

SIDIBlog^{quaderni di}

il blog della Società italiana di Diritto internazionale
e di Diritto dell'Unione europea

Volumi 4/5 • 2017-2018

ISSN 2465-0927

Il caso *Taricco* e i controlimiti • Immigrazione e asilo
Interventi di Diritto internazionale pubblico
Interventi di Diritto dell'Unione europea

editoriale scientifica

Direttore

Pasquale De Sena

Comitato scientifico ed editoriale

Giacomo Biagioni

Giuseppe Bianco

Federico Casolari

Francesco Costamagna

Filippo Croci

Pasquale De Sena

Ester di Napoli

Ornella Feraci

Mauro Gatti

Lorenzo Gradoni

Nicole Lazzerini

Olivia Lopes Pegna

Diego Mauri

Alice Ollino

Giuseppe Pascale

Luca Pasquet

Cesare Pitea

Alice Riccardi

Pierfrancesco Rossi

Andrea Spagnolo

Enza Tramontana,

Seline Trevisanut

Susanna Villani

Daniela Vitiello

Direttore

Pasquale De Sena

Comitato scientifico ed editoriale

*Giacomo Biagioni, Giuseppe Bianco,
Federico Casolari, Francesco Costamagna,
Filippo Croci, Pasquale De Sena,
Ester di Napoli, Ornella Feraci,
Mauro Gatti, Lorenzo Gradoni,
Nicole Lazzerini, Olivia Lopes Pegna,
Diego Mauri, Giuseppe Pascale,
Alice Ollino, Luca Pasquet, Cesare Pitea,
Alice Riccardi, Pierfrancesco Rossi,
Andrea Spagnolo, Enza Tramontana,
Seline Trevisanut, Susanna Villani,
Daniela Vitiello.*

SOMMARIO

Dibattiti

1. Il caso Taricco e i controlimiti

- 5 LORENZO GRADONI | Il dialogo tra Corti, per finta
36 DANIELE GALLO | La primazia del primato sull'efficacia
 (diretta?) del diritto UE nella vicenda *Taricco*
48 LUCIA SERENA ROSSI | Come risolvere la «questione
 Taricco»... senza far leva sull'art. 4, par. 2, TUE
58 LORENZO GRADONI | Incontro al limite

2. Immigrazione e asilo

- 90 GRAZIELLA ROMEO | «Don't Ask Why»: l'immigrazione
 dell'era (caotica) di Trump
97 GIULIA RAIMONDO | Visti umanitari: il caso *X e X contro*
 Belgio
118 PASQUALE DE SENA, FRANCESCA DE VITTOR | La
 “minaccia” italiana di “bloccare” gli sbarchi di migranti
 e il diritto internazionale
124 GABRIELLA CARELLA | Il sonno della ragione genera
 politiche migratorie
142 DANIELA VITIELLO | Il diritto di cercare asilo ai tempi
 dell'Aquarius
159 MARCELLO DI FILIPPO | Unione europea e flussi
 migratori, o del tramonto dello spirito comunitario:
 considerazioni a margine del Consiglio europeo del 28-
 29 giugno 2018

- 168 GRACY PELACANI | Il Tribunal Supremo condanna il Governo spagnolo per l'inadempimento dei suoi obblighi di ricollocazione, ma è bene non farsi illusioni
- 178 ANDREA SPAGNOLO | Di intese segrete e alibi parlamentari: tra la decisione del TAR sull'accordo col Niger e il *Global Compact* sulle migrazioni

Interventi

1. Diritto internazionale pubblico

- 194 PIERFRANCESCO BRECCIA | Limiti alla libertà degli Stati di accesso allo spazio: il caso della Corea del Nord
- 200 LEONARDO BORLINI | La "minaccia" nordcoreana e la risposta del Consiglio di sicurezza: impotenza o inefficacia?
- 210 MIRKO SOSSAI | L'adozione del Trattato sul disarmo nucleare tra entusiasmo, perplessità e aperta opposizione
- 220 ANNA DI LIETO | La questione delle *Chagos* all'esame della Corte internazionale di giustizia
- 227 DANIELE AMOROSO | *Inutiliter data?* La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza italiana
- 239 GIULIA BORGNA | Cala il sipario della Corte europea sulle violenze al G8 (ma non sulla tortura in Italia). Brevi spunti a margine dei casi *Azzolina* e *Blair*
- 251 VITO TODESCHINI | The Right to Life in Armed Conflict: Reflections on the Human Rights Committee's Draft General Comment 36
- 259 EMANUELE SOMMARIO | Stato d'emergenza in Turchia: prime risposte della Corte europea dei diritti umani
- 271 LUDOVICA CHIUSSI | *Jesner et al. v. Arab Banck, PLC:*

4 Quaderni di SIDIBlog 4-5 (2017-2018)

- Closing the Door to Litigation against Foreign Corporations under the Alien Tort Statute?
- 278 DIEGO MAURI | «Laws... of Humanity?». Un resoconto (critico) del primo Gruppo di esperti sulle armi autonome
- 290 LUIGI DANIELE | Criminalizzazione delle lotte per la legalità internazionale: il caso del movimento «Boicottaggio, disinvestimento e sanzioni» (anche alla luce della recente risoluzione 2334 del Consiglio di sicurezza)
- 310 GIOVANNA ADINOLFI | Le misure USA per la protezione dei mercati nazionali dell'acciaio e dell'alluminio: un nuovo capitolo della crisi dell'Organizzazione mondiale del commercio?
- 328 CHIARA MACCHI | «Foreign direct liability claims» in Europa: sviluppi recenti e sfide future
- 338 MARIO GERVAZI | Prime riflessioni sulla dichiarazione statunitense di denuncia dell'Accordo di Parigi sul cambiamento climatico

Diritto dell'Unione europea

- 351 CARLO TOVO | Il Consiglio europeo in tempo di crisi: dall'involuzione istituzionale all'unità nella frammentazione
- 370 ALESSANDRO ROSANÒ | *The Battle of Evermore*, ovvero considerazione sui meccanismi attivabili dall'Unione europea per la tutela dello Stato di diritto
- 384 FRANCESCO PALLANTE | Diritti e bilancio: quale equilibrio? Un commento alla sentenza 275/2016 della Corte costituzionale
- 396 MAURO GATTI | La politica commerciale dopo il parere 2/15: verso accordi "EU-only" senza ISDS/ICS?

- 408 FRANCESCO MUNARI, CHIARA CELLERINO | EU Law is Alive and Healthy: the *Achmea* Case and a Happy Goodbye to Intra-EU Bilateral Investment Treaties
- 419 GIOVANNI ZACCARONI | *Ultra vires review* e applicazione orizzontale del principio di non discriminazione sulla base dell'età: una riflessione (a freddo) su *Dansk Industri*
- 430 GIULIA ROSSOLILLO | Corte di giustizia, matrimonio tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il caso *Coman*
- 442 DANIELA MARRANI | Dati personali e cybersicurezza: la decisione *Breyer* della Corte di giustizia
- 455 LUCA CALZOLARI | Preliminary Comments on the *Google* Case: Bridging the Transatlantic Digital Divide by Widening the Antitrust One
- 474 AMEDEO ARENA | Il requisito della cittadinanza italiana nell'accesso ai concorsi pubblici: brevi spunti di riforma alla luce della recente giurisprudenza
- 485 DANIELE DOMENICUCCI | *Alea iacta est*: il Tribunale condanna l'Unione europea a risarcire i danni causati dalla violazione del diritto alla durata ragionevole del processo

DIBATTITI

Il caso *Taricco* e i controlimiti

LORENZO GRADONI Il dialogo tra Corti, per finta

DANIELE GALLO La primazia del primato
sull'efficacia (diretta?) del
diritto UE nella vicenda
Taricco

LUCIA SERENA ROSSI Come risolvere la «questione
Taricco»... senza far leva
sull'art. 4, par. 2, TUE

LORENZO GRADONI Incontro al limite

Il dialogo tra Corti, per finta

LORENZO GRADONI (*)

Il 23 novembre 2016 (ma il deposito dell'ordinanza risale a pochi giorni fa) la Corte costituzionale ha deciso di rivolgere una domanda pregiudiziale alla Corte di Giustizia dell'Unione europea. Non è la prima volta; questa, però, è speciale. Chi conosce il caso – che è una prosecuzione del noto *affaire Taricco*, ma anche la stessa ordinanza di rimessione ha già ricevuto attenzione (v. [qui](#), [qui](#), [qui](#) e ancora [qui](#), [qui](#), [qui](#) e [qui](#)) – può saltare al capoverso successivo. Per gli altri, ecco un rapido riassunto. Tutto ha inizio con le scorrerie di «una banda nel campo del commercio di champagne» (la [definizione](#) è dell'AG Kokott) che, secondo gli inquirenti, realizza plusvalenze milionarie frodando il fisco, ai danni non solo della comunità nazionale ma anche di un più vasto ente, l'Unione europea. La banda dello champagne costituisce società di comodo per eludere l'IVA, imposta dalla cui riscossione l'Unione trae direttamente una parte importante delle proprie risorse finanziarie. Le attività illecite della banda – e di quante altre? molte, pare... – hanno inizio nel 2005, per puro caso l'anno in cui il Parlamento licenzia la [legge](#) detta “*ex-Cirielli*”, che, per i reati del tipo indicato, restringe il termine entro cui il differimento della prescrizione può spingersi, portandolo da

(*) Max Planck Institute for International, European and Regulatory Procedural Law, Lussemburgo.

6 Dibattiti

metà a un quarto del termine ordinario. Nove anni dopo, sui membri della banda, non ancora rinviati a giudizio e pronti a brindare, si abbatte la scure della Corte di giustizia dell'Unione europea, chiamata in causa a titolo pregiudiziale dal Tribunale di Cuneo. Il giudice piemontese, non potendo incidere sulle cause strutturali di un esito cui non vuole rassegnarsi, fa quel che può: si accanisce contro il frammento di *ex-Cirielli* che è causa prossima dell'ingiustizia e ne denuncia numerosi profili di incompatibilità con il diritto dell'Unione, tutti abbastanza fantasiosi, in verità. L'AG Kokott cura un empatico *restyling* della domanda, riducendola in sostanza a un unico quesito: è la prescrizione breve compatibile con l'articolo 325 del TFUE, che obbliga gli Stati membri a combattere la frode e altre attività illegali che ledono gli interessi finanziari dell'Unione con misure dissuasive e non meno incisive di quelle prese a tutela dei propri interessi finanziari contro illeciti analoghi? Per l'AG, assolutamente no. La [Corte](#) offre una motivazione più sfumata, la conclusione è la stessa, o almeno così sembra: il Tribunale di Cuneo disapplichì la norma che limita il differimento della prescrizione. Fatto. Altri giudici italiani, tra cui una sezione della [Corte di cassazione](#), rifiutano invece di dar seguito a un'ingiunzione contraria al principio di legalità (art. 25, co. 2, Cost.), che la Corte costituzionale intende esteso a tutti gli aspetti della punibilità, termini di prescrizione inclusi. Contro il tentativo del giudice europeo di imporre un'applicazione retroattiva del diritto penale *in malam partem*, la Consulta è invitata, anche con una certa veemenza, a erigere i controlimiti. Con l'[ordinanza n. 24](#), depositata in cancelleria il 26 gennaio 2017, il giudice costituzionale smorza i toni ma, con fermezza, chiede al giudice europeo: posso, giusto?

Una lesione degli interessi finanziari dell'Unione, grave, protratta e forse destinata a perpetuarsi; la decisione del giudice europeo di rispondere incidendo il delicato tessuto del diritto penale; la replica della Consulta, che imprime alla prassi

dei controlimiti una direzione inedita: questi i presupposti di un conflitto... ah no, *pardon*, un dialogo.

Di dialogo tra Corti si parla molto, soprattutto in Europa. Il dialogo, però, non c'è mai stato. È solo una metafora, certo, ma ciò non toglie che la trasposizione di sequenze di arresti in forma dialogica produrrebbe effetti comici. Soliloqui intervallati da pause innaturalmente lunghe (ma molto più brevi di quelle vere), allusioni delicate, talvolta cifrate, precedute da scacchistiche meditazioni, messaggi dell'imperatore incrociati. Possibile messinscena: due o più uomini (no, niente *she*) seduti, postura rigida, entrambi ortogonali alla ribalta, ritagliati nel buio da una luce intensa, solennemente inespressivi. Sullo sfondo, colto da una luce più calda, un inquieto nugolo di interpreti *au courant*, immersi ora nel silenzioso ascolto degli arresti, ora in vorticose conversazioni sui medesimi. Il dialogo non si svolge tra le sfingi in toga parallelamente assise sul proscenio; è tra le voci che emergono e si intrecciano alle loro spalle, nei gesti di empatia, nelle espressioni corruciate, nel giubilo, nello scandalo, nei lambiccamenti. Il dialogo è nel commento. Quel che segue, invece, è un commento in forma di dialogo. Un dialogo tra Corti, non un simposio dottrinario. Lo scopo che si prefigge è conoscitivo. Ho esitato prima di convincermi che questa forma espressiva non convenzionale (nemmeno per un blog) mi avrebbe permesso di dire di più.

Nell'immaginarie *pièce* appena evocata, di tanto in tanto un membro del coro se ne stacca per insediarsi rigido in prossimità della ribalta. Qui, invece, le luci sul coro si spengono, le sedie sul proscenio si scostano per affrontarsi, una scrivania interviene a separarle. Illuminazione e postura si rilassano, i paramenti giudiziari scompaiono. Luce naturale. Un ufficio. Da un lato siede la Corte di giustizia dell'Unione europea (CG), dall'altro la Corte costituzionale italiana (CC). Due Corti, ma niente desinenze femminili nel dialogo, se non altro perché

8 Dibattiti

sono 42 su 52 gli scranni occupati da giureconsulti di sesso maschile. Due uomini in completo grigio, quasi coetanei. L'italiano, un po' più giovane, è da poco atterrato nell'aeroporto di Findel a bordo di un Bombardier Q400 Luxair, un apparecchio a elica che mantiene un'altitudine ideale per ammirare l'arcipelago toscano, poco dopo la virata sopra Fiumicino. È arrivato in auto blu (in realtà nera), l'ospite, in un paesaggio macchiato di ghiaccio: prima di scomparire in un garage, l'auto si è lasciata a destra una balena bianca dagli imponenti fanoni (la filarmonica). Il dialogo che segue è finto, naturalmente, ma, almeno, c'è stato.

Una nota al testo. Le battute di uno dei protagonisti, CC, possono contenere frasi o brani tratti dall'ordinanza n. 24, talvolta lievemente adattati. In tal caso la battuta è segnalata da "CC", in grassetto. Mentre il viaggio in Lussemburgo è un'ovvia allegoria del rinvio pregiudiziale, il dialogo si svolge *prima* della redazione dell'ordinanza. CC ha in tasca solo qualche appunto. L'idea che il mio commento sia consegnato alle battute di CG è tutt'altro che insensata, ma è inesatta. Uno dei vantaggi di questa forma espressiva è la scomparsa dell'autore monologante. È lecito attribuirmi l'invenzione dei personaggi, non le loro parole. Si recita!

CC È un piacere rivederti.

GC Entro certi *limiti*, il piacere è anche mio.

CC Avevo urgenza di parlarti.

GC Mi è stato riferito. Ti ascolto.

CC (*con evidente nervosismo*) Si è allo stato generato un grave stato di incertezza sul significato da attribuire al diritto dell'Unione...

GC Suvvia, l'incertezza è endemica, suppongo tu sappia quanti fascicoli si depositano ogni giorno sulle mie sponde (*scorre in sovraimpressione la scritta* "Oltre 400 rinvii pregiudiziali ogni anno")

- CC L'incertezza di cui parlo pesa su processi penali pendenti. I tribunali nazionali sono in subbuglio. A cosa si deve questa squisita accoglienza? Puoi forse imputarmi più di un'infinitesima parte della tua casistica? Siamo al terzo colloquio in oltre mezzo secolo di coabitazione.
- CG Anni di dotte disquisizioni sul tuo status di giudice *a quo*, finché non ti sei risolto a farmi visita. Ne fui felice, allora, ma ora? Non capisco perché tu sia qui, o meglio, lo intuisco e non mi piace per niente.
- CC Te l'ho detto, un grave stato di incertezza...
- CG Quale incertezza! Io ho parlato. È tutto scritto in *Taricco*.
- CC (*si mostra perplesso*)
- CG Va bene, d'accordo, *Taricco* letta assieme a [Melloni](#). E poi, perdonami, anche la vostra Cassazione, ormai, segue *Taricco* (*finge di non sapere: le ordinanze della Cassazione, III sez. pen., e della [Corte d'appello di Milano](#) giacciono sulla scrivania, annotate*).
- CC Ti sbagli. L'indirizzo della Cassazione è cambiato. E non è il solo giudice ribelle al tuo volere, se lo abbiamo rettamente inteso, questo volere...
- CG Non capite quel che ho voluto dire in *Taricco*?
- CC La situazione è più complessa. I giudici che sollecitano il mio intervento credono di aver capito benissimo e mi invitano, ehm, a opporti i *controlimiti*. A difesa del supremo principio di legalità penale. Sono io a nutrire gravi dubbi sul senso della tua pronuncia.
- CG Okay, ti spiego in due parole...
- CC Non fraintendermi. Non sono qui per sbatterti in faccia un "Prego!?", sai, come si dice quando hai udito l'ingiuria ma inviti l'interlocutore a ripeterla per innalzare il livello dello scontro. Voglio solo invitarti a riflettere su *Taricco*.

10 Dibattiti

- CG Riflettere? Non ne sento la necessità.
- CC Decidi dopo avermi ascoltato. Un testo, specialmente se complesso, e la sentenza *Taricco* senza dubbio lo è, non è mai *trasparente* agli occhi del suo stesso autore. Sono certo che la mia interrogazione ti aiuterà a coglierne le opacità e a delucidarle, nell'interesse di tutti.
- CG Va bene, mi esporrò alla tua maieutica. Prima dimmi dei guai in vista.
- CC Come ti ho detto, i giudici che premono alle mie spalle invocano una soluzione radicale: controlimiti a difesa del *nostro* principio di legalità. È mia convinzione, tuttavia, che muovano da un falso presupposto, da una lettura di *Taricco* non abbastanza fine e se tu lo confermi, io potrò sedare la rivolta evitando altri traumi.
- CG Che diavolo vogliono fare? Disapplicare *Taricco*? E tu, da che parte stai?
- CC No, guarda, *chez nous* si disapplica il diritto interno in conflitto con il diritto dell'Unione, non il diritto dell'Unione, che è sacrosanto...
- CG Credi che non lo sappia? È che adoro il verbo "disapplicare", mi ci sono affezionato, se non ti dispiace.
- CC Ah, in tal caso... dicevo, comunque, che il diritto dell'Unione – come sai meglio di me – è sacrosanto tranne quando collide con principi per noi irrinunciabili. Nel raro – che dico! – *rarissimo* caso in cui accada, tocca a me stabilire se è o no legittima la nostra legge di ratifica ed esecuzione del Trattato di Lisbona, nella parte in cui recepisce la norma europea incriminata, come eventualmente da te interpretata...
- CG Lo so, calmati, so come funziona da voi. Spiegami meglio perché sei qui. Capisci? Il fatto stesso che tu sia *qui*, in un caso del genere, non mi rassicura.
- CC Volevo appunto ricordarti, anche per contribuire a rilassare l'atmosfera, che io, in definitiva, metto a

confronto solo norme interne, nient'altro. La validità del diritto dell'Unione non è mai in questione, insomma, ogni ordinamento è sovrano nella propria sfera.

CG Sovrano?

CC Certo, per quanto ci riguarda, si parla di una sovranità limitata. O autolimitata...

CG Sovranità!

CC D'accordo, perdonami, naturalmente intendo l'identità nazionale insita nella struttura fondamentale, politica e costituzionale della Repubblica italiana. Cito a memoria l'articolo 4, paragrafo 2, del TUE.

CG Un'identità che io, ovviamente, rispetto.

CC È un inizio. (*sibilando, inudibile*) Sei tenuto a farlo...

CG Che rispetto entro certi limiti, voglio dire.

CC Difficile definirli in astratto, questi limiti...

CG ... eppure bisogna tracciarli, in qualche modo. L'Unione se ne occupa tutti i giorni, nelle sue varie sedi. Cerchiamo di capirle, queste identità, di metterle in comunicazione, di trasformarle. È compito anche mio, forse soprattutto mio.

CC Ecco, appunto, magari anch'io posso dare un contributo. Insomma, è persino doveroso che mi si...

CG (*inarca un sopracciglio*)

CC ... non credi anche tu che alle giurisdizioni supreme degli Stati membri spetti un ruolo cruciale in questa materia? Non suggerisco che tu debba limitarti a recepire le nostre determinazioni; converrai, tuttavia, che non può esserci identità senza un ampio margine di autodeterminazione.

CG In principio sono d'accordo e, infatti, sorveglio con benevolo sguardo il modo in cui tutti quanti voi vi autodeterminate. Il punto però è: fin a dove...

CC Lasciami finire: la legittimazione e *la forza stessa dell'unità* in seno ad un ordinamento caratterizzato dal

12 Dibattiti

pluralismo nascono dalla sua capacità di includere il tasso di diversità minimo, ma necessario per preservare l'identità nazionale della struttura fondamentale di ogni Stato membro.

CG Apprezzo la tua eloquenza e, una volta di più, concordo sul principio ma...

CC ... *quis iudicabit?*

CG Mi togli le parole di bocca. Qui ci vuole un po' di concretezza: chi ha il potere di stabilire i parametri di questo pluralismo in cui tutti, senza eccezione alcuna, proviamo a riconoscerci? Chi è meglio in grado di sciogliere le tensioni tra unità e diversità? A chi spetta assicurare che la costruzione europea sia arricchita e non minata dalle identità nazionali? Chi, se non...

CC Non nominare invano colui che decide sullo stato di ecc. ecc.! Ora sono io a complimentarmi per l'eloquenza ma lasciamo stare Schmitt e sforziamoci di essere ancor più concreti. Siamo *pratici*. È appena il caso di dire che nessuno intende sottrarti il compito di definire il campo di applicazione del diritto dell'Unione; non si può tuttavia ulteriormente gravarti dell'onere di valutare nel dettaglio se esso sia compatibile con l'identità costituzionale di ciascun Stato membro. Insomma, nei casi in cui l'esito della valutazione non è di immediata evidenza, mi sembra ragionevole che tu provveda a stabilire il significato della normativa dell'Unione, rimettendo a noi – cioè alle autorità nazionali, a me! – la verifica ultima circa l'osservanza dei principi supremi dell'ordinamento nazionale.

CG In pratica, vuoi decidere tu.

CC Non metterla in questi termini. In fondo non siamo noi a decidere. (*strizza l'occhio*) Sono le norme a farlo, per noi. Nel nostro ordinamento si è consolidata – te lo assicuro io – una consuetudine costituzionale che ci vincola a

riempire la nostra “diversità” di contenuti anche non autoctoni, la tradizione europea di tutela dei diritti fondamentali, il diritto internazionale, e così via; insomma, nessun rischio di derive particolaristiche. Sono qui per proporti una divisione dei compiti di conservazione e sviluppo di questo grande patrimonio comune.

- CG Spiacente, ma non c'è narcotico normativista che possa distogliere le mie pupille dall'unica prospettiva che conta, quella della competenza.
- CC Oserei dire che sono io il custode dei principi fondamentali del *mio* ordinamento. E, se permetti, quei principi hanno qualcosa a che fare con l'identità nazionale di cui parla il Trattato.
- CG Ho capito, ti sei schierato dalla parte dei giudici ribelli. Credi che non abbia notato il tuo tentativo di cambiare discorso, poco fa? Stai con loro, contro di me.
- CC Sì, sto con loro, penso che abbiano ragione, riguardo alla sostanza. Ma ciò non implica che io sono contro di te.
- CG (*espressione interrogativa*)
- CC So che non è facile intuire quel che ho in mente. Lascia che spieghi. Vengo in pace.
- CG Vieni in pace e... concordi con chi anela i controlimiti!
- CC (*arrossendo*) In un certo senso sì, ma, ripeto, lascia che spieghi...
- CG No, aspetta... (*perdendo le staffe*) che senso ha discutere di controlimiti, *qui*? Falli scattare, una buona volta, se trovi il coraggio, ma a casa tua, non qui. Posso forse impedirtelo? Se lo fai, io posso solo attendere – (*sottovoce*) senza entusiasmo... – che la Commissione mi restituisca il pallino, attivando un procedimento di infrazione a vostro carico. In tal caso, potrai senz'altro contare sulla mia imparzialità!
- CC Non accadrà, non ce ne sarà bisogno, lascia che...

14 Dibattiti

- CG Ma certo che non ce ne sarà bisogno, sai, i controlimiti sono come l'amore della celebre definizione lacaniana, «l'amour, c'est donner ce qu'on n'a pas à quelqu'un qui n'en veut pas». Io di sicuro non ne voglio sapere, di controlimiti e tu nemmeno. Non li hai mai usati. È un bluff.
- CC Ti sbagli, è una carta che ho già messo sul tavolo. Già nel [1982](#)...
- CG Sono documentato. Dei vostri rapporti con il Vaticano poco mi cale.
- CC [238](#)! Ti dice qualcosa questo numero? 22 ottobre 2014. Anche quello un bluff?
- GC Mi riferisco ai *nostri* rapporti. Non mi impressiona la tua capacità di contrapposti a una Corte che tratta un pugno di cause all'anno, che peraltro quasi mai vi hanno riguardato. Quelli là non fanno il bilanciamento, ti rendi conto? Sono fuori dal giro. Ricordi cosa ha scritto quel famoso professore newyorchese cresciuto in Nuova Zelanda? Che se non esistesse, la World Court, nessuno si prenderebbe il disturbo di crearla, oggi.
- CC (*a mezza voce*) Questo lo si potrebbe dire anche di te, temo.
- GC Prego?
- CC No, nulla! Discorrevo tra me e me. Pensavo a quante corti internazionali risiederebbero in questo ipotetico limbo. Quante di loro non esisterebbero, se non esistessero già? Dà da pensare, no?
- GC Mi includi tra color che stan sospesi, suppongo...
- CC Come potrei!
- GC ... magari nell'attesa che si abbattano su di me i controlimiti... vuoi mandarmi all'inferno?
- CC Non sia mai.
- GC Menti.
- CC Come ti pare.

- GC Del resto, hai ragione. Mi sono fatto troppi nemici, non potrei ricominciare da zero. Ma che importa? Guarda quanta vita scorre attraverso di me, quante cose turbinano attorno a me. (*sorride*) È la “forza propria” del diritto dell’Unione. Anche tu hai contribuito alla sua... *accumulazione primitiva*. E ora? Vuoi intaccare la mia autorità?
- CC No, voglio parlarti di controlimiti in un modo nuovo.
- CG (*ostentando noia*) Non si è già detto e pensato tutto, sul tema?
- CC Non sono qui per intrattenerti. Quel che sto per dirti ti suonerà familiare.
- CG Niente di nuovo, dunque. Almeno veniamo dunque.
- CC Sono qui allo scopo di fare evolvere i rapporti tra ordinamenti in una direzione da molti auspicata e *soprattutto* già iscritta nel diritto dell’Unione, al livello più alto. Ma ciò che è *in nuce* nei Trattati non può tradursi in atto senza il tuo sigillo.
- CG Le tue lusinghe mi insospettiscono.
- CC Se sono venuto a Canossa a discutere di controlimiti è perché (*gesto ampio del braccio*) i controlimiti *sono qui*.
- CG (*si acciglia*)
- CC I controlimiti sono nel TUE. Nella clausola sulle identità nazionali. Sono stati europeizzati. È venuto il momento di riconoscerlo. E non c’è solo la clausola sulle identità...
- CG (*segni di inquietudine*)
- CC ... c’è anche la clausola sul livello di protezione, nella Carta sui diritti fondamentali. Quello che io difendo è un livello di tutela più elevato e il diritto dell’Unione stesso ti vieta di rintuzzarlo. Così è, anche se non ti pare.
- CG (*scuote il capo in modo quasi impercettibile*)
- CC Capisci? Se accedi a questa prospettiva, il conflitto svanisce. L’europeizzazione dei controlimiti è la *fine* dei controlimiti!

16 Dibattiti

CG (*labbra serrate*)

CC Se mi autorizzi a leggere la sentenza *Taricco* in questa chiave, cioè come pronuncia i cui effetti sono costitutivamente limitati in ragione dell'esigenza di rispettare i *nostri* principi fondamentali, cesserebbe ogni ragione di contrasto e la questione di legittimità costituzionale sarebbe respinta. Forse, a ben vedere, *Taricco* stessa rispecchia questa consapevolezza del limite...

CG Ne parliamo dopo. Prima bisogna intendersi sui fondamentali.

CC Concordo, rimaniamo concentrati sul rapporto tra ordinamenti. Perché, sai, il primato del diritto dell'Unione – per come lo vedo io – non esprime una mera articolazione tecnica del sistema delle fonti nazionali e sovranazionali; esso riflette piuttosto il convincimento che l'obiettivo dell'unità, nell'ambito di un ordinamento che assicura la pace e la giustizia tra le Nazioni, giustifica una rinuncia a spazi di sovranità, persino se definiti da norme costituzionali. Questi spazi devono tuttavia conservarsi, in qualche misura, lo pretende lo stesso diritto dell'Unione! Altrimenti...

CG Altrimenti cosa?

CC Aspetta... fammi leggere... (*fruga in una tasca*) su questo ho un appunto.

CG (*afferra una tastiera wireless*) Sentiamo.

CC «Altrimenti i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente a dissolvere il fondamento costituzionale stesso dal quale hanno tratto origine per volontà degli Stati membri».

CG (*digita freneticamente*) Una frase difficile.

CC Lo credo bene. Vuole esprimere la ragione *essenziale e definitiva* per accogliere la soluzione che propongo.

CG Pensi di inserirla nell'ordinanza di rimessione?

- CC Potrebbe esserne la chiave di volta.
- CG Come la tradurresti in inglese?
- CC (*sguardo basso, espressione concentrata*)
- CG Aspetta. (*Alza la cornetta*) Sì, pronto. Come tradurresti in inglese «i Trattati europei mirerebbero contraddittoriamente...», ti ho appena mandato una *mail* col testo... okay, capisco... così, all'impronta, sì... (*scosta la cornetta e scandisce a voce alta*) «the European Treaties... would contradictorily aim... at shattering... the very constitutional foundations on which they were built... by virtue of the Member States' will». Può andare?
- CC Credo di sì. C'è l'esigenza di interpretare i Trattati europei in modo non contraddittorio, cui tengo molto... la volontà degli Stati è messa bene in evidenza... eviterei però quel "foundations" al plurale.
- CG Non suona meglio?
- CC Forse, ma non rispecchia l'intendimento che è sempre stato alla base della mia azione, sin da quando rinvenni nell'articolo 11 della Costituzione italiana la chiave di volta dell'ordinamento europeo. Facciamo "foundation", al singolare, se non ti dispiace.
- CG Potrebbe dispiacermi questo spunto degno di un monismo a trazione interna.
- CC Nessun monismo – te lo assicuro – la mia fede pluralista è incrollabile. Ma cos'è il pluralismo, se non un imprevedibile gioco di monadi cangianti?
- CG E la volontà degli Stati membri di cui parli? Intendi riferiti a una volontà comune, una *Vereinbarung* capace di blindare il diritto superstatale contro le incursioni di singoli sovrani impazienti, oppure alludi alle volontà dei *singoli* Stati membri, che non blindano nulla, anzi aprono altrettanti canali di *sfondamento* del diritto dell'Unione, a propria misura, e in corrispondenza del

18 Dibattiti

fondamento costituzionale che ciascuna di quelle volontà attiva, nella tua prospettiva l'articolo 11...

- CC Lo ammetto, mi riconosco in un'impostazione volontaristica vecchio stile ma rifuggo la plumbea cappa della *Vereinbarung*. Gli internazionalisti tardo-ottocenteschi ne avevano bisogno per scacciare una comprensibile ansia del fondamento. Oggi è diverso. Il nostro *Rechtsbewusstsein* si è profondamente evoluto: pensiamo con audacia le infinite combinazioni dell'interlegalità, assistiamo impassibili – in realtà vagamente eccitati – all'*enchevêtrement des espaces juridiques*, i nostri volti illuminati da imponderabili quantistici contrappunti normativi...
- CG Non ti sapevo immerso in queste contemporanee stravaganze! Non prendertela, scherzo (*affettuosa stretta all'avambraccio*).
- CC (*lieve imbarazzo*) L'idea potrà forse apparirti contraddittoria, ma io credo in un diritto dell'Unione sorretto da una pluralità di fondamenti – (*ridendo*) tanti fondamento! – convergenti ma irriducibili a una qualsivoglia unità: *e pluribus plures*.
- CG Interessante. Eppure, caro mio, non c'è posa avanguardistica che possa celare la *tua* ansia fondazionalista. Che peraltro sublima un istinto prevaricatore.
- CC Non ti offenderai se ti faccio notare che sei tu, di solito, a passar per prevaricatore.
- CG Naturale. Nell'immaginazione comune io incombo su di voi, proprio come l'ordinamento generale è visto a strapiombo su quelli particolari; e perché – mi chiedo – non si potrebbe vedermi in basso, appeso, divorato dall'angoscia di esser lasciato precipitare? *Metaphors we live by... or by which we die*.
- CC Anche tu sfogli Lakoff? Ora però ascolta: gli

ordinamenti nazionali *fondano* quello dell'Unione. In questo senso, stanno in basso. È questo *fatto*, questa realtà storica *innegabile*, a ispirare la metafora spaziale, non il contrario.

CG Ancora con questo fondamento! Posso permettermi una confidenza? Mi preme molto.

CC Sono qui per questo.

CG Grazie. Risiedo da decenni in questo piccolo Paese incastrato tra Belgio, Francia e Germania. Eppure, per quanto io sia talvolta costretto a fingere, non condivido con i continentali quest'ansia del fondamento, o non la condivido più, dopo tutto quel che ho visto e vissuto.

CC Ma anche *tu* evochi il fondamento, nella tua giurisprudenza...

CG Certo, perché no, trasmette un'immagine di solidità, serve per tirarsi un po' su... ascolta (*cerca la concentrazione quindi declama*): «Il diritto nato dal trattato, che ha una fonte autonoma, per sua natura non può trovare un limite in qualsivoglia noma di diritto nazionale senza perdere il proprio (*voce rotta dalla commozione*) carattere comunitario e senza che sia posto in discussione il fondamento giuridico della stessa Comunità».

CC [*Internationale Handelsgesellschaft*](#).

CG *Bien sûr*.

CC Piangi...

CG Perdonami... mi succede quando penso alla Comunità.

CC (*intenerito*) Avresti potuto citare [*Costa*](#).

CG Preferisco la sorellina tedesca.

CC *Wieso?* Se è lecito chiedere.

CG *Internationale* dice “norma di diritto nazionale”, un'espressione che comprende tutte le norme, incluse quelle costituzionali, mentre *Costa* parla di “provvedimenti”, ma è vero che la versione francese era

20 Dibattiti

già stupendamente onnicomprensiva.

CC Comunque sia, i discorsi che fai sul fondamento, a giudizio di molti, ricordano quella tela di Magritte, *Il Castello dei Pirenei*, un enorme masso sospeso nel vuoto...

CG Lo sai anche tu che è la “forza propria” a sostenerlo! (*ride pensando a [Granital](#)*).

CC Appunto, la forza propria... proprio non si sa cosa sia!

CG Guarda che è proprio la forza propria il punto essenziale.

CC Non prendermi in giro.

CG Al contrario, è importante, se vuoi *davvero* capirmi. Come ti dicevo, da tempo ho smesso di interrogarmi sulla radice metafisica del diritto dell’Unione. Attendo invece alla sua crescita, a mettere ordine nel groviglio dei suoi rami, a spingere la sua chioma verso l’alto, cercando di conservarne le armoniose proporzioni – insomma – mi appago della sua rigogliosa *dimensione empirica*. Eh sì, sono molto “inglese” (*sorride*).

CC Andiamo!

CG Sì, è così. Mi affascina la superficie mobile della regola di riconoscimento hartiana che, come sai, è consuetudine alimentata dalla prassi dei funzionari, in primo luogo noi – sì, tu ed io e tutti quelli come te – i giudici supremi. Finché la nostra comunità resta unita, cioè impegnata in uno stesso gioco, non c’è ragione di farsi impensierire, o peggio paralizzare, dalle fratture interordinamentali che ci separano e che sono più teoriche che reali.

CC Non ti sembra di esagerare?

CG No. Nella prassi di cui parlo cooperazione e conflitto, *anche radicale*, coesistono. La regola di riconoscimento può essere aperta, contraddittoria, aporetica, inafferrabile. La *nostra* regola di riconoscimento, senza dubbio, lo è. La tua dottrina dei controlimiti ne è un

chiaro sintomo. E io – bada bene – la *accetto*! Ne sei stupito?

CC Si vede?

CG La *accetto* esattamente come *tu* accetti che io non perda occasione per riaffermare un'inflexibile dottrina del primato.

CC Ma io non la *accetto* per niente!

CG Sì, invece, perlomeno nel senso che accetti che io la tenga ferma. Non puoi *dirlo*, che la accetti, esattamente come io non posso *dire* che *accetto* la dottrina dei controlimiti. Entrambi le accettiamo *in pratica*, costituendo così una regola di riconoscimento – una, la nostra – che è contraddittoria ma comune.

CC Quindi, affare fatto? Ti mostrerai acquiescente?

CG Eh no!

CC Come no?

CG L'acquiescenza non c'entra. È in gioco qualcosa di più profondo (*scandisce lentamente, in inglese*): E.C.D.M.

CC (*sguardo interrogativo, lievemente allarmato*)

CG E.C.D.M. sta per *European Constitutional Dark Matter*. Mai sentita?

CC No. È un modo bizzarro di riferirsi alla costituzione materiale?

CG Non proprio, ma non sei fuori bersaglio. Potrebbe trattarsi, in effetti, del suo plesso più oscuro: Mortati più il Polanyi di *The Tacit Dimension*. L'acquiescenza però non c'entra; è fuorviante, se si vuole cogliere la dimensione *non verbale* della regola di riconoscimento. L'acquiescenza è schiava del verbo, è solo un silenzio che lo rispecchia! Quel che ho in mente, quando alludo alla dimensione tacita *nella quale vorrei ci ritrovassimo*, è quel che noi facciamo, magari *nonostante* quel che diciamo. Vuoi un esempio?

CC (*sardonico*) Sì, ti prego, è indispensabile.

22 Dibattiti

- CG Ti ricordi lo scherzetto che il tuo governo mi ha fatto nel caso [Gauweiler](#)?
- CC Sì, certo, ti ha invitato a *non* esaminare la questione pregiudiziale, perché la Corte costituzionale tedesca aveva dichiarato che in ogni caso avrebbe fatto di testa sua.
- CG E io, come ho risposto?
- CC Con invidiabile aplomb... ricordo una convenzionale disamina della tua giurisprudenza sull'utilità del quesito, non priva di un'oggettiva sfumatura ironica, date le circostanze...
- CG Non una parola sul primato del Diritto dell'Unione.
- CC Già.
- CG E la [replica](#) del Bundesverfassungsgericht?
- CC Non ha apprezzato. Te ne ha dette di tutti i colori...
- CG ... eppure, nonostante ciò che dice...
- CC ... *ci sta*.
- CG Vedi? Ora prendiamo il caso di un giudice costituzionale meno scontroso, ma non per questo meno importuno, come vedremo.
- CC Immagino tu ti riferisca al Tribunale costituzionale spagnolo. Sappi che io mi appresto a calcare le sue orme, almeno in parte...
- CG (*teatrale singulto*) Ahimè!
- CC (*sobbalza*) Non spaventarmi...
- CG Il Tribunal constitucional mi chiese se poteva accantonare una decisione-quadro sul mandato di arresto europeo per lasciar spazio a una norma interna di rango costituzionale. Tutto ciò in base all'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali, quindi *facendo leva sul diritto dell'Unione*, accidenti!
- CC Circostanza che ti costrinse a riaffermare il primato... del primato, contro certe tendenziose letture dell'ultima frase dell'articolo 53... tendenziose per te, io le

condivido.

- CG Peggio per te. Sai, non mi piacque affatto insistere sul primato, con quella durezza, poi. Preferirei che lo deste per scontato il primato, *almeno nel perimetro del diritto dell'Unione...* a casa vostra, invece, sul rapporto tra ordinamenti, raccontatevela pure come vi pare!
- CC Temo che sia tu a raccontartela sul primato del diritto dell'Unione.
- CG Ciò che io dico sul diritto dell'Unione, è il diritto dell'Unione. Punto.
- CC Non credo. Ti prego di ricordare che mi manda uno degli *Herren der Verträge*.
- CG Sì, certo, ti manda Picone...
- CC Il tuo sarcasmo è fuori luogo. Da te mi aspetterei una serena presa di coscienza. Ormai è chiaro che il primato dell'Unione non è più quello che ti ostini a credere. La disposizione sul primato iscritta nello sfortunato Trattato-costituzione si è volatilizzata – puf! – il primato è sparito con l'inno, la bandiera e l'icona della legge. Al suo posto è emerso l'obbligo di rispettare le identità nazionali. Non c'è solo l'articolo 53...
- CG Ah, è così che tu interpreti quel che accadde tra il naufragio del Trattato-costituzione e la sua algida reincarnazione sulle rive del Tago...
- CC (*cenno di assenso*)
- CG Io no! La mia interpretazione di quella vicenda storica è molto diversa, opposta direi.
- CC Sentiamo.
- CG A parte il fatto che il primato sopravvive in una dichiarazione...
- CC ... segno inequivocabile della sua messa in sordina, appunto.
- CG Concordo. E proprio per questo sostengo che l'evizione del primato corrisponde a una rimozione...

24 Dibattiti

- CC (*divertito*) Certo, cos'altro potrebbe essere?
- CG Intendo rimozione in senso psicanalitico. Il primato è l'oggetto scabroso attorno al quale gravita tutto l'ordinamento, che nella prassi è *uno*. (*sottovoce, inudibile*) Finché dura. (*riprende a voce alta*) Simmetricamente, la clausola sulle identità nazionali, messa sul piedistallo del Trattato, visibile, apparentemente *centrale*, è invece destinata a rimanere del tutto marginale nella vita dell'ordinamento.
- CC Questa poi!
- CG Ti dirò di più: è *il simbolo stesso* dell'affievolirsi delle vostre pretese sovrane. (*grave*) Nulla è come sembra.
- CC Queste provocazioni non ti aiutano a persuadermi.
- CG Vuoi una *dimostrazione*?
- CC Impossibile.
- CG (*sorride*) Forse hai ragione... lascia almeno che ti indichi un segno del fatto che ciò che sostengo è vero. Leggi questo brano dell'ordinanza di rimessione della Cassazione (*gli porge un foglio, pag. 50, evidenziato nella parte bassa*).
- CC Non è meglio tornare al caso *Melloni*? Stiamo divagando, si sta facendo tardi.
- CG Stiamo *ancora* parlando di quel caso, ben presto te ne renderai conto. Leggi, leggi...
- CC «Non potrebbe fondatamente obiettarsi che l'art. 4.2 TUE...»...
- CG ... cioè la clausola sulle identità nazionali che tu voluttuosamente accarezzi, prosegui...
- CC ... in pratica non si può sostenere che la clausola sulle identità nazionali «avrebbe "comunitarizzato" i controlimiti, incorporandoli nel diritto eurounitario, e trasformandoli da controlimiti *esterni* in semplici limiti *interni* all'ordinamento dell'UE», bla bla, «una tale interpretazione, infatti, snaturerebbe la funzione stessa

dei controlimiti, neutralizzandone i contenuti, in quanto la gestione ed il rispetto dei controlimiti sarebbe affidato all'ordinamento... "eurounitario", nei cui confronti essi vengono opposti...»

CG Vedi? La Cassazione *teme* che la clausola sulle identità nazionali mi autorizzi a prendere in gestione i controlimiti. E ne ha ben donde, sia perché la clausola si trova nel *mio* Trattato, sia perché il mio abbraccio interpretativo soffocherebbe la rivendicazione di autonomia che è consustanziale alla prassi dei controlimiti. Non mi stupisce che a Piazza Cavour vogliano esorcizzare questa prospettiva; il punto è come... (*sogghigna*) leggi l'ultima frase del brano.

CC Se così fosse, se cioè i controlimiti fossero europeizzati in virtù dell'articolo 4, paragrafo 2, TUE, «la norma del Trattato sarebbe costituzionalmente illegittima per contrasto con il metaprincipio supremo della intangibilità dei principi supremi». Senti, non sono parole mie...

CG (*sorride*) Dimmi, in quale spazio giuridico alloggierebbe questo, ehm, metaprincipio?

CC Spiritoso... nel *nostro ordinamento*, naturalmente; ma insisto: non sono parole mie. Il metaprincipio è un'escrescenza superflua, i principi supremi sono già abbastanza "meta-", per i miei gusti. La mia impostazione, rispetto a questo specifico problema, è completamente diversa da quella della Cassazione. Avrai capito, ormai, che io desidero l'europeizzazione dei controlimiti, non la temo affatto!

CG Il tuo gambetto.

CC Non ti considero un avversario.

CG Male!

CC ...la desidero, dicevo, a patto che spetti a me definire il contenuto dell'identità costituzionale che tu sei *tenuto* a

26 Dibattiti

rispettare. Ed è quel che farò nella mia ordinanza.

CG E se ometti qualcosa? Se ho un dubbio sul significato delle tue parole? Come mi comporto? Faccio un rinvio pregiudiziale al contrario?

CC (*ridendo*) Forse bisognerebbe prevederlo nella prossima revisione dei Trattati!

CG Scherzi a parte, il caso *Melloni* non contiene, secondo te, un prezioso insegnamento, proprio su questo punto?

CC Non mi pare che la clausola sulle identità nazionali vi abbia giocato un ruolo...

CG Appunto! Ancora una volta, attenzione alla dimensione tacita della prassi... ti risulta che il cortesissimo Tribunal constitucional se ne sia avvalso?

CC No.

CG E io, l'ho forse evocata?

CC No. Così facendo, secondo alcuni, hai lasciato una porta aperta...

CG Io direi piuttosto... (*urlo soffocato*) *non aprite quella porta!*

CC (*si ritrae spaventato*)

CG Dietro quella porta trovereste, non la pace dei controlimiti, ma l'*atroce esperimento* che l'AG Bot ha compiuto, proprio nelle [conclusioni](#) sul caso *Melloni*, a titolo dimostrativo, mi piace pensare...

CC (*rabbrivido*) Sii più chiaro...

CG Ci occuperemmo noi di definire – o di ridefinire – la vostra identità, principi fondamentali inclusi. Non vi prenderemmo certo in parola! Se necessario, metteremo i poteri nazionali uno contro l'altro, i giudici supremi contro i governi, i parlamenti contro l'opinione pubblica, per scoprire – e imporvi – la vostra *vera* identità (*sogghigna*). Poco importa quel che asserisce il giudice costituzionale spagnolo, quel che conta è lo spirito che pervade *il Regno di Spagna*, come ci ha

insegnato il nostro caro *Doktor* Bot...

CC Ti spingeresti a tanto?

CG L'ho forse fatto, nel caso *Melloni*? Non vorrei essere costretto da una tua improvvida iniziativa.

CC Nel caso *Melloni* non serviva. Qui è diverso, perché *tu* hai recintato il terreno dell'articolo 53. Quale altra possibilità abbiamo, se vogliamo difendere i nostri principi supremi?

CG Rifletti sull'epilogo del caso spagnolo. Cosa accadde?

CC Il giudice costituzionale spagnolo ha *di fatto* accettato il tuo verdetto.

CG Dici bene, *di fatto*, vedo che cominciamo a capirci, la dimensione tacita... perché a parole, invece, il Tribunal ha confermato la supremazia del diritto costituzionale, indirizzandomi giusto un'attestazione di stima, nel quadro di un'artificiosa interpretazione conforme a un *pot-pourri* di fonti extrastatali: la mia sentenza gli sarebbe stata «*de gran utilidad*»!

CC Che lezione dovrei trarne: che non mi resta che piegarmi al tuo volere?

CG Non chiedo questo. Il gesto del Tribunal constitucional mostra che un aggiustamento è possibile senza soppressione del conflitto. Io ho riaffermato il primato – ripeto: *malgré moi* – il mio interlocutore s'è rifiutato di darmi ragione, io, da parte mia, ho accuratamente evitato qualsiasi ingerenza nella definizione dei *suoi* principi fondamentali... *et voilà*, il diritto dell'Unione ha prevalso.

CC Il conflitto ti piace solo se vinci.

CG Ti sbagli. Sono pronto ad accettare la sconfitta, se di sconfitta si può parlare; quel che non accetto è *la fine del conflitto*. Che è ciò che tu proponi, quando pretendi di incardinare la logica dei controlimiti – cioè la *tua* logica – nel Trattato.

28 Dibattiti

- CC Significa semplicemente dare corpo a disposizioni pattizie che l'Unione deve rispettare.
- CG Ancora... certo che siamo tenuti a osservarle, ma non secondo l'interpretazione che ne dai tu! La Corte di cassazione (*brandisce il testo dell'ordinanza*) scrive di una «fisiologica *actio finium regundorum*» che tu saresti chiamata a compiere. Fisiologica? Cosa significa? È un tentativo di neutralizzare il conflitto con argomenti pseudoscientifici? E poi, nel diritto internazionale – che di confini se ne intende – una frontiera contesa non si traccia unilateralmente.
- CC Non sono parole mie...
- CG E le tue intenzioni? Non sono forse le stesse?
- CC Voglio solo contribuire a gettare le fondamenta di un pluralismo ben ordinato. Certamente meno conflittuale di quello che tu sembri prediligere.
- CG Il pluralismo è conflitto. Sentiamo... dove collochi la sede normativa del *tuo* pluralismo?
- CC Nella clausola sulle identità nazionali, anzitutto.
- CG Lo sospettavo. Per me, invece, sta *nella prassi consistente nel tenersi, tutti quanti, a debita distanza da quella disposizione*, dal suo sottofondo limaccioso, ripugnante e al tempo stesso assai più interessante della scialba formuletta che gli fa da coperchio. Se preferisci un'altra immagine, la clausola sulle identità nazionali è come la *no man's land* del 38° parallelo coreano: io non la invado, a patto che voi non tentiate di occuparla.
- CC E.C.D.M.?
- CG Sì, questa prassi non verbale è parte della E.C.D.M., la materia costituzionale oscura di cui parlavamo poco fa. È in questo strato profondo della normatività che il conflitto si sviluppa, si risolve, si *rigenera*. Ti inquieta, lo so, e il tuo istinto è di sopprimerlo. In questo modo, però, rischi di compromettere la vitalità

dell'ordinamento. La tua è una pulsione di morte: il pluralismo ben ordinato è solo un bel fossile. Io mi opporrò, rilanciando così il conflitto. Tu innalza pure i controlimiti! Come vedi, sono pronto a incassare il colpo, un accomodamento si troverà...

CC Non saltare alle conclusioni.

CG È tardi, ormai.

CC Chiedo solo che tu mi riconosca una sfera di autonomia minima. Voglio solo poter difendere, *senza traumi*, una manciata di principi irrinunciabili. È chieder troppo?

CG I principi, in quanto tali, non mi disturbano. Il problema è: a quante e quali cose danno copertura? Quante infrazioni del diritto dell'Unione si potranno giustificare nel loro nome?

CC Non essere pessimista. Tanto per cominciare, ti assicuro che rispetterò la *pre-emption* del diritto dell'Unione. *Melloni* smentisce la lettura dell'articolo 53 che io prediligo, lo sai. Tuttavia, ci ho riflettuto a lungo e credo che nell'ordinanza sceglierò una strategia di aggiramento...

CG Vedi? Questa è la regola di riconoscimento hartiana in atto! Scusami, prosegui...

CC Dicevo che su *Melloni* sarei per un *distinguishing*.

CG Sentiamo.

CC Il caso di cui discutiamo si distingue *nettamente*...

CG Non esageriamo!

CC Mi interrompi troppo spesso. Dicevo che la differenza mi pare evidente, nel senso che in *Melloni*, la prevalenza dello standard nazionale avrebbe comportato la rottura dell'unità del diritto dell'Unione in una materia basata sulla reciproca fiducia in un assetto normativo uniforme. Viceversa, il primato del diritto dell'Unione non è posto in discussione nel caso di cui parliamo, perché non è in questione la regola enunciata dalla sentenza *Taricco*, ma

30 Dibattiti

solo l'esistenza di un impedimento di ordine costituzionale alla sua applicazione diretta da parte del giudice. Questo impedimento, a ben vedere, non dipende dalla contrapposizione di una norma nazionale alle regole dell'Unione ma solo dalla circostanza, esterna all'ordinamento europeo, che la prescrizione in Italia appartiene al diritto penale sostanziale, e soggiace perciò al principio di legalità in materia penale. Sarebbe perciò proporzionato che l'Unione rispetti il più elevato livello di protezione accordato dalla Costituzione italiana agli imputati, visto che con ciò non viene sacrificato il primato del suo diritto.

CG Non sono sicuro di seguirti, forse è colpa della stanchezza. Rifletterò con calma sul testo che mi manderai. Per ora mi limito a due osservazioni.

CC (*posa la penna su un taccuino*)

CG Primo. Se la disposizione di cui *Taricco* imporrebbe la disapplicazione impedisce l'attuazione di una norma del Trattato, come si può negare l'esistenza di una contrapposizione? Secondo. Se tale contrapposizione è prodotta dal tuo modo di concepire il principio di legalità, non vedo a cosa possa servirti sostenere che tale concezione sarebbe «una circostanza esterna all'ordinamento europeo», dal momento che ostacolerebbe l'attuazione del Trattato... forse però ho capito male.

CC Forse... resto convinto che ci siano importanti differenze tra *Melloni* e il caso che mi accingo a sottoporre.

CG Concordo. Per esempio, nel caso di oggi è evidente che non è in gioco – ti cito – «una materia basata sulla reciproca fiducia in un assetto normativo uniforme». È però in causa la fiducia dell'Unione nel fatto che gli Stati membri, seppure con mezzi diversi, rispettino gli impegni che hanno contratto sottoscrivendo il Trattato,

no? Ci sono *distinctions without a difference*, ma anche *differences which do not warrant a distinction*.

CC Resto della mia idea, ma non voglio insistere oltre. (*sbircia il telefonino*) Tra meno di un'ora parte il mio aereo. Vogliamo chiudere con due parole su *Taricco*?

CG Spara.

CC Non è una decisione equilibrata.

CG Io ritengo che lo sia, benché crei un disequilibrio...

CC Cioè?

CG Sì, un disequilibrio, il cui scopo è sbloccare uno stallo insostenibile. La tessera *Taricco*, male che vada – e io non prevedevo che andasse bene... – fa cadere la tessera dei controlimiti che, a sua volta, colpisce la tessera del Guardiano dei Trattati, che di fronte a una simile sfida potrebbe uscire dal suo torpore, sai, il poliziotto dell'austerità non ci tiene a far passare l'Unione per un soggetto avido di tributi... e poi, *soprattutto*, c'è la tessera del legislatore italiano, dal quale mi aspetterei un intervento che vada oltre la manipolazione dei termini di prescrizione.

CC Nell'ordinanza riconosceremo... anche su questo ho un appunto... riconosceremo (*legge*) «la responsabilità della Repubblica italiana per aver omesso di approntare un efficace rimedio contro le gravi frodi fiscali in danno degli interessi finanziari dell'Unione», eccetera, «e in particolare per avere compresso temporalmente l'effetto degli atti interruttivi della prescrizione».

CG Bene. C'è altro?

CC Sì. *Taricco* è indigeribile. Crea aree di indeterminatezza nel campo del diritto penale. Ne soffre non solo il principio di legalità, ma anche quello della separazione dei poteri. Con quella sentenza, in pratica, hai chiesto al giudice di compiere valutazioni di sistema, scelte di politica criminale, insomma di sostituirsi al legislatore. È

32 Dibattiti

inammissibile!

CG Capisco...

CC Tieni presente che questa considerazione non rispecchia un'idiosincrasia del nostro ordinamento, ma un'esigenza comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri, presente anche nel sistema di tutela della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e che come tale incarna un principio generale di diritto dell'Unione.

CG Citami i punti della sentenza che ti preoccupano, per piacere.

CC Mi riferisco essenzialmente al punto 47, dove – per esempio – circoscrivi la disapplicazione ai casi riguardanti «una frode grave». Come si può far dipendere la punibilità dall'applicazione di un parametro così vago?

CG Mi spiace aver creato l'equivoco. Il requisito della gravità è soddisfatto tutte le volte che i fatti scoperti dalle indagini sono ritenuti di rilevanza penale. In altre parole: la frode non è punibile-se-grave; è grave-se-punibile. Mi pare che così il problema scompaia. Se c'è bisogno, chiarirò.

CC E il brano dove affermi che la norma da te censurata va disapplicata solo se il giudice si convince che ostacola l'azione penale «in un numero considerevole di casi»?

CG Ho commesso un errore di comunicazione, lo ammetto.

CC Tutto qui?

CG Proprio così. Il Tribunale di Cuneo aveva già accertato che tener ferma la *ex-Cirielli* avrebbe reso l'impunità per quel tipo di reati «non un'evenienza rara, ma la norma», e ciò in rapporto all'intero territorio nazionale! È possibile contestarlo? Non credo. Tutto il mondo ne parla. In pratica, quindi, la norma nazionale cade *sempre*. Il giudice non ha alcun potere discrezionale. Non si sostituisce al legislatore; più che altro resta in

attesa che quest'ultimo intervenga organicamente nella materia e nel frattempo seppellisce quell'insidioso capestro.

- CC Ma non vedi – più in generale – come la tua lettura dell'articolo 325 del TFUE rischia di tramutare il giudice in legislatore? Secondo te quella disposizione esprime un obbligo chiaro e incondizionato, ma si tratta pur sempre un obbligo di risultato, mentre il percorso che il giudice penale è tenuto a seguire in vista dello scopo non è indicato. In questo modo si potrebbe permettere al potere giudiziario di disfarsi, in linea potenziale, di qualsivoglia elemento normativo che attiene alla punibilità o al processo, purché esso sia ritenuto di ostacolo alla repressione del reato.
- CG No, questo non puoi dirlo. Non vale nemmeno «in linea potenziale». Non dimenticare che io garantisco il rispetto dei diritti umani in tutta la sfera di applicazione del diritto dell'Unione.
- CC Non ho ragione di dubitarne, ti chiedo scusa per l'irruenza. Ti confesso, tuttavia, che mi inquieta profondamente la torsione prodotta da *Taricco*: un tempo l'effetto diretto ti serviva per conferire diritti e poteri agli individui, oggi lo usi per dargli la caccia...
- CG (*ride*) Credi che mi piaccia? Non mi piace per niente. Il caso è eccezionale. E poi, se ti preme la sorte degli individui, prova a vederla così: la mia iniziativa ha lo scopo di proteggere l'interesse collettivo, che, per così dire, è anche un interesse diffuso, cioè l'interesse individuale di molti...
- CC Ragionando così rischi di uscire dall'alveo della tradizione liberale, mentre – permettimi un colpo di coda – il principio di legalità che io difendo la illustra!
- GC È bene che tu sappia che io non ho nulla contro il tuo principio di legalità extralarge. Tienitelo stretto, ma fai

34 Dibattiti

in modo che l'Italia rispetti i patti, agisci – e invita ad agire – su altre leve. Vedi, io non mi metto in mezzo tra te e la tua Carta, mentre tu pretendi di dettarmi l'interpretazione della clausola sulle identità nazionali, che si trova nel *mio* Trattato.

CC Le nostre posizioni non sono simmetriche: il tuo Trattato non esisterebbe senza la mia Carta... okay, lasciamo perdere, prendo atto che sul piano della teoria le nostre traiettorie divergono.

CG Saggia risoluzione.

CC Non puoi negare che un principio di legalità esteso a ogni aspetto della punibilità sia una conquista di civiltà. Se il processo di integrazione europea degrada le conquiste nazionali in tema di libertà fondamentali, si allontana dal suo percorso di unificazione nel segno dei diritti umani.

CG Vuoi salutarmi con questo simpatico ammonimento?

CC È mio compito riaffermare i principi dello stato liberale di diritto.

CG È anche il mio. Temo però di non condividere del tutto il tuo concetto di “stato liberale di diritto”. E i cittadini che vedono andare in fumo un processo dopo l'altro, che assistono al triste spettacolo di una giustizia impotente, non avrebbero secondo te qualcosa da obiettare?

CC Vi sono principi irrinunciabili, la cui riaffermazione non può dipendere dalle circostanze del caso concreto, né da valutazioni riguardanti supposte inefficienze del sistema di amministrazione della giustizia.

CG Lo *script* che struttura i tuoi pensieri ha per protagonista un individuo disarmato al cospetto di uno Stato onnipotente e pronto a opprimerlo...

CC Ancora Lakoff?

CG ... sì, l'immagine di quello sconcolato eroe determina in buona parte le tue conclusioni. La banda dello

champagne se la ride e con lei molti altri tipi poco raccomandabili.

CC Precediamo gli altri sulla via della civiltà.

CG La cultura politica liberale è anche arte di governo, ricerca di difficili equilibri tra interessi individuali e collettivi. Non perdere di vista l'effettività. Senza una cornice di effettività, i principi che difendi rischiano di divenire anch'essi illusori o, peggio, incomprensibili. Questa è la chiave per comprendere *Taricco*, oltre ai non trascurabili interessi finanziari dell'Unione, naturalmente. Non si campa strimpellando *Van Gend en Loos*.

CC (*guarda preoccupato l'ora*)

CG Devi andare. Spero che le mie indicazioni possano esserti, ehm, *de gran utilidad*.

CC Non cederò, se è questo che vuoi sapere.

CG Lo dirai nell'ordinanza? Formulerai un'esplicita minaccia di controlimiti?

CC Mi avvalgo della facoltà di non rispondere. (*sorride*)
Avrai presto mie nuove.

CG Sono curioso di leggerti. Grazie della visita.

CC Su una rivista spagnola, dopo il caso *Melloni*, di te hanno scritto che sei empatico come una patata.

CG (*ride*) Lo so. E anche la tua opinione?

CC No. Ci conosciamo da sempre. Ti ricordi cosa combinammo quarant'anni fa intorno a un barattolo di carne in scatola? Non sei cambiato.

CG Grazie. Nemmeno tu... quindi tieniti stretti i controlimiti, quelli originali.

CC Vedremo, ora devo scappare.

8 febbraio 2017

La primazia del primato sull'efficacia (diretta?) del diritto UE nella vicenda *Taricco*

DANIELE GALLO (*)

1. In questo *post* (che sviluppa alcune osservazioni svolte [qui](#)) mi limiterò a ragionare su un profilo problematico della notissima vicenda *Taricco* (vedi [qui](#) per il testo della sentenza, del 2015, della Corte di giustizia): la (supposta) efficacia diretta dell'articolo [325 TFUE](#) (per un commento ricostruttivo sull'[ordinanza n. 24/2017](#) della Corte costituzionale vedi [Gradoni](#), in questo blog; recentemente, sempre sull'ordinanza, per alcune osservazioni di stampo costituzionalistico vedi [Faraguna](#), [Pollicino e Bassini](#), [Repetto](#) e [Tega](#); nella prospettiva penalistica [Cupelli](#) e [Manes](#); dal punto di vista del diritto UE vedi [Amalfitano](#)).

A titolo preliminare, osservo che il tema del riconoscimento dell'efficacia diretta di una norma UE, visto in rapporto al principio del primato, pur rilevando, certamente, ai fini dei controlimiti, essendo il presupposto dell'obbligo di disapplicazione, solleva diverse criticità, anche a prescindere dall'invocazione, o meno, da parte della Corte costituzionale, della clausola sui principi costituzionali supremi. Peraltro,

(*) LUISS Guido Carli.

Taricco 2015 pone il serio dubbio – in linea con una certa lettura di parte della giurisprudenza pregressa della Corte di giustizia – che l’effetto diretto di una norma UE non sia *per se* condizione per la disapplicazione della normativa nazionale (vedi *infra*, § 4).

2. Le brevi riflessioni che seguono muovono dalla convinzione che le rassicuranti, panglossiane categorie presenti in buona parte della letteratura, quali “ordinamento composito”, “tutela multilivello” e “circolazione dei diritti” (in parte, anche “dialogo tra corti”), seppure alte, altissime, sono, a mio modo di vedere, vaghe e, in quanto vaghe, rischiano di non essere particolarmente utili. Sono, peraltro, oggi e sempre più frequentemente, messe a dura prova (si pensi a [Melloni](#) di qualche anno fa, al Tribunale costituzionale tedesco sull’[OMT](#), alla Corte costituzionale danese che respinge la dottrina [Mangold](#) in [Dansk](#); recentemente, vedi [questo commento](#)). Una sorte simile sta toccando al cosmopolitismo giuridico, caro a molti, a iniziare dalla [Delmas Marty](#): di cosmopolita, oggi, anche sul piano del diritto, non mi pare ci sia molto.

3. Una prima osservazione di ordine generale: in dottrina è stato affermato che non varrebbe la pena applicare i controlimiti o la clausola dell’identità costituzionale/nazionale *ex* [articolo 4.2 TUE](#) (concetti, a mio avviso, in buona sostanza, sovrapponibili; *contra*, nella ragguardevole letteratura costituzionalistica, vedi [Guastafarro](#)), perché, in fin dei conti, a monte, c’è, per un verso, la poco edificante legge *ex* [Cirielli](#) e, per l’altro, un (odioso) inadempimento dello Stato italiano, incapace di reprimere frodi lesive degli interessi finanziari nazionali e, in misura minore, europei ([Mastroianni](#), pp. 2 e 19; vedi anche [Viganò](#), pp. 4-9). L’applicazione del controlimite andrebbe, cioè, a “salvare” lo Stato inadempiente. Di aulico

38 Dibattiti

non c'è, in effetti, nulla. All'estremo opposto, è stato sostenuto che *Taricco* “si muoverebbe interamente in quella prospettiva economico-finanziaria che i popoli europei, in maggioranza, trovano sempre più indigesta” (Luciani, [qui](#), p. 83, nota 76).

Al riguardo, pur capendo che dietro l'effetto collaterale di non punire degli evasori si situa, ovviamente, la riserva di legge in materia penale, l'irretroattività *in malam partem*, mi chiedo se il controlimite sia un concetto/uno strumento statico oppure se, come credo, non sia naturalmente portato ad assumere contorni (i rarissimi casi nei quali potrebbe trovare attuazione) diversi a seconda della fattispecie coinvolta, per evitare una preoccupante eterogenesi dei fini. Il controlimite, insomma, ha un lato oscuro, intervenendo, nel caso di specie, al servizio di un principio (ci dicono i penalisti e i costituzionalisti) costitutivo del nostro ordinamento (prescrizione sostanziale *dentro* la riserva di legge) che si declina, collateralmente, nella vicenda *Taricco*, nel “graziare” il malfattore e nel punire la collettività. Con ciò non intendo affermare – sia chiaro – che la contestualizzazione, sul duplice piano economico e politico, della vicenda *Taricco* (e delle conseguenze che la non disapplicazione del diritto nazionale produrrebbe per lo Stato italiano e l'Unione, dal punto di vista della salvaguardia dei rispettivi interessi finanziari) giustifichi *in re ipsa* l'approccio adottato dalla Corte di giustizia nella sua sentenza del 2015 e che l'invocazione del controlimite debba essere, a monte, esclusa. Penso, tuttavia, che ragionare degli effetti derivanti dall'attuazione del controlimite non sia un elemento di per sé trascurabile, anche ai fini della formulazione, da parte della Corte costituzionale, del suo rinvio pregiudiziale, in chiave più o meno dialogante (vedi i §§ 5-7).

4. Ad essere *naturalmente* mutevole non è, peraltro, solamente il controlimite. Un discorso concettualmente analogo

può essere fatto, specularmente (cioè, nell'ambito del diritto UE), per l'effetto diretto, visto in combinazione con il primato. Con ciò si vuole sottolineare che l'effetto diretto non è da intendersi in senso *originalista*. È, infatti, un principio dinamico, flessibile, evolutivo, polisemico ed è qui che la Corte di giustizia, in *Taricco*, a mio modesto giudizio, sbaglia laddove apoditticamente considera l'articolo 325 TFUE norma idonea a imporre la disapplicazione del diritto nazionale (punto 58). Un minimalismo argomentativo incomprensibile, a mio avviso, che i giudici UE ripropongono, purtroppo, in una varietà di ambiti, oramai da molti anni, e che si pone in conflitto con le finalità ultime che dovrebbero perseguire le sentenze pregiudiziali interpretative. Attraverso il rinvio pregiudiziale si richiede, infatti, alla Corte di giustizia di svolgere il suo ruolo *costituzionale* con effetto *erga omnes*, allo scopo di interpretare (possibilmente, in maniera adeguata) il diritto UE. Non di pronunciarsi sulla compatibilità di una norma nazionale con l'ordinamento UE – anche se, in pratica, ciò avviene, nonostante il modesto *self restraint* della Corte di giustizia nella formulazione dei dispositivi delle sentenze emanate ai sensi dell'articolo [267 TFUE](#).

Con riferimento alla vicenda *Taricco*, in particolare, quindi, in relazione al tema dell'effetto diretto e non solo, la sentenza della Corte di giustizia è debole e, in qualche passaggio, indifendibile (vedi anche, con tenore diverso, [Amalfitano](#) e Cannizzaro, [qui](#), pp. 45-47). E con ciò chiarisco, come anticipato nella breve premessa iniziale, che il ragionamento sull'effetto diretto e sulla natura giuridica della norma UE, da un lato, è essenziale, dal punto di vista del rapporto tra diritto UE e principi fondamentali di uno Stato membro, perché è il riconoscimento dell'immediatezza dell'articolo 325 TFUE ad aver attivato l'obbligo di disapplicazione e quindi la necessità del controlimite; dall'altro, non è *necessariamente* e di per sé collegato al tema dei controlimiti. Le questioni che una tale

40 Dibattiti

problematica solleva valgono in generale, sul piano della sistematica relativa a portata e contenuto dell'effetto diretto, dunque dell'ordinamento UE (che ne è, in qualche modo, il prodotto, non viceversa, come osservato da Weiler [qui](#), p. 94, e, ancora più esplicitamente, [qui](#), p. 11), anche a prescindere dall'operatività dei controlimiti. In questo senso, sono questioni, tipicamente comunitaristiche, che interessano, pertanto, innanzitutto, lo studioso del diritto UE.

La Corte di giustizia non fa alcun cenno ai classici (ma progressivamente sempre più *démodés*, come chiarito da [Prechal](#), pp. 1059-1064) presupposti della precisione e dell'incondizionatezza (sui quali vedi [Adam e Tizzano](#), *qui*, pp. 173-174) ed *en passant* sembra ritenere che l'articolo 325 TFUE sia direttamente efficace, anche se non lo afferma espressamente. Ora, direi che è comprensibile, dal punto di vista della Corte di giustizia, non ragionare sugli elementi costitutivi dell'effetto diretto perché l'articolo 325 TFUE, se più o meno preciso (e anche su questo fronte esistono forti dubbi), non contiene certamente un obbligo incondizionato. Ma allora una norma UE è direttamente efficace anche quando non è incondizionata? Oppure, una norma UE produce la disapplicazione anche quando non è direttamente efficace? O ancora, una norma UE direttamente efficace significa semplicemente che può essere applicata dal giudice nel caso di specie? Se è così, è questo forse quel che significa "incondizionatezza"?

In questo contesto, l'articolo 325 TFUE potrebbe essere considerato direttamente efficace nella misura in cui opera come parametro di legittimità, con effetto esclusivo/oppositivo, anziché sostitutivo.

La Corte di giustizia, peraltro, in parecchie sue pronunce, ha consentito che l'effetto diretto potesse estendersi al punto da fungere quale parametro di legittimità anche quando il margine di discrezionalità lasciato allo Stato era

particolarmente ampio ([Verbond](#), [Kraaijeveld](#), [WWF](#)). Proprio come nel caso *Taricco*, dove nessun cenno è svolto al significato da dare a locuzioni quali “frode grave” e “numero considerevole di casi” (vedi [Daniele](#), p. 45). Tuttavia, l’applicazione di questa giurisprudenza alla vicenda *Taricco* si scontra con l’indiscutibile unicità del caso di specie: dal punto di vista del diritto penale, perlomeno negli ordinamenti di *civil law*, i rischi della violazione del principio di separazione dei poteri, con l’eccessiva discrezionalità lasciata ai “[giudici legislatori](#)” di memoria cappellettiana che ne consegue (e qui il collegamento effettuato da Luciani, sopra citato, pp. 70-71, tra articolo 1 e articolo 11 della Costituzione, è molto suggestivo), i rischi cioè di un’applicazione della legge incerta e a geometria variabile per l’individuo, sono certamente seri e gli effetti potenzialmente drammatici.

Ora, dando per buono che si tratti di efficacia diretta, *Taricco* presenta un’ulteriore peculiarità: in gioco mi sembra vi sia una forma (molto) *sui generis* di efficacia diretta verticale invertita. Invertita perché l’individuo non è titolare di una posizione giuridica soggettiva da far valere contro lo Stato; al contrario, è l’autorità nazionale che, sulla base della sentenza *Taricco* 2015, deve agire, disapplicando la normativa nazionale, e, così facendo, incide sulla situazione giuridica individuale. Molto *sui generis*, però, perché, in primo luogo, il diritto UE non impone un obbligo sull’individuo, dal momento che quel che produce è la lesione di un suo diritto, che è cosa, evidentemente, diversa; in secondo luogo, perché lo Stato, destinatario di un obbligo, non esercita un diritto, potendo ottenere un vantaggio solo qualora rispetti l’obbligo (di risultato) di cui all’articolo 325 TFUE e, nel caso di specie, a condizione che provveda a disapplicare la normativa italiana. Anche sotto questo profilo, *Taricco* lascia troppo sullo sfondo tematiche che avrebbero richiesto un’analisi più accurata.

Non penso, in ogni caso, che il punto dirimente sia che la

42 Dibattiti

Corte di giustizia, in *Taricco*, contraddica se stessa laddove associa l'effetto diretto (se di questo si tratta) a una norma non invocabile dal singolo intenzionato ad azionare un diritto da essa riconosciuto, cioè l'articolo 325 TFUE (Bin, [qui](#)). Di per sé, non è questa una circostanza straordinaria. Questa stessa dottrina, tuttavia, coglie nel segno quando rileva le specificità del caso di specie ([Lucchini](#), ad esempio, concerne una decisione della Commissione in materia di aiuti, rivolta direttamente alle imprese; vedi, ancora, Bin, [qui](#), p. 295): l'efficacia diretta verticale invertita dell'articolo 325 TFUE, nella sua (plastica ed espansiva) dimensione descritta brevemente sopra, non è affatto cosa scontata quando l'ambito è quello penalistico. Credo, infatti, che sia la prima volta (vedi già Amalfitano, sopra citata, p. 9) che una tale dimensione dell'efficacia diretta sia collegata a una norma penale. Insomma, il caso *Taricco* non va confuso con le altre sentenze dove l'infiltrazione del diritto UE comportava, direttamente o indirettamente, il conferimento di una posizione di vantaggio in capo al singolo. Ed è intorno a questo assioma, obbligo/svantaggio/lesione di un diritto, che ruotano le problematiche principali (al di là di *Taricco* vedi anche, in termini più generali, [Manes](#), [qui](#), p. 173).

In breve, la Corte di giustizia avrebbe potuto cogliere l'occasione, in *Taricco*, per definire portata e limiti dell'evoluzione post [Van Gend en Loos](#), in relazione a una vicenda dove il singolo, lungi dall'essere colui che la norma UE tutela, è oggetto di "nuovi" obblighi, di origine processuale e sostanziale, peraltro non prevedibili (vedi, ampiamente, l'ordinanza della Corte costituzionale 24/2017, oltre alla (quasi) totalità della dottrina penalistica che si è occupata di *Taricco*). Ciò non è stato fatto, con la conseguenza che i giudici UE hanno relegato, nel campo delle ipotesi, quel che, invece, andava esplicitato.

L'incertezza del diritto prodotta da *Taricco* è palese e

questo vale, più in generale, per la perimetrazione e comprensione, sistemica, del contenuto dell'efficacia diretta. Come in molte altre pronunce, la Corte fa e disfà l'effetto diretto (vedi le riflessioni svolte da [Bobek](#), [De Witte](#), [Prechal](#), pp. 97-106 e, per un'analisi centrata sul rapporto tra effetto diretto e rinvio pregiudiziale, vedi [Repetto](#)), apparentemente senza alcun solido criterio ermeneutico. Mi pare che il *twist* effettuato, silenziosamente, dalla Corte di giustizia, nella sua giurisprudenza, non possa essere sottovalutato: ad oggi, al centro dell'efficacia diretta (e della sua ambiguità), intesa in senso ampio, mi sembra non vi sia tanto il conferimento di un diritto, quanto l'imposizione di un obbligo (vedi anche [Edward](#) e [Robin-Olivier](#)). Da qui l'affermazione di un rapporto di forza tra primato ed efficacia diretta, dove il primo tende a ridimensionare il ruolo che la seconda ha nell'ambito della relazione tra ordinamento UE e ordinamenti nazionali.

5. Quanto alla Corte costituzionale, mi pare che, nella sua ordinanza di gennaio scorso, non tenga conto dei profili controversi concernenti l'efficacia del diritto UE.

Avrebbe dovuto? A mio avviso, sicuramente avrebbe potuto; bene, forse, avrebbe fatto a cogliere al meglio le fragilità argomentative della Corte di giustizia, i silenzi, i ragionamenti *en passant*, la leggerezza complessiva della pronuncia, ponendo dunque, in questo modo, se stessa (anche) al di fuori di un ragionamento che pare considerare il controlimite quale unica risorsa/unico strumento giuridico di reazione all'ordinamento UE. Peraltro, una formulazione parzialmente diversa del rinvio pregiudiziale avrebbe potuto portare la Corte costituzionale a dialogare, sul serio, con la Corte di Lussemburgo, mettendo all'attenzione di quest'ultima dubbi sulla sua sentenza del 2015 i quali, se fugati, potrebbero contribuire (forse) a disinnescare l'arma del controlimite. Nel peggiore dei casi, una risposta su questi dubbi potrebbe, se non

44 Dibattiti

disinnescare il controlimite, almeno contribuire a chiarire una serie di aspetti che si pongono al centro del processo d'integrazione (giuridica) europea, aspetti che, perlomeno per il comunitarista, sono *costituzionali*. Non poca cosa, pertanto. A questo proposito, c'è da chiedersi se, a monte, il problema non sia che i giudici nazionali ([Corte di Cassazione](#) e [Corte di Appello di Milano](#)), invece di rivolgersi alla Corte costituzionale, nell'ottica *Granital* e quindi invece di ragionare direttamente in termini di controlimiti, avrebbero potuto (dovuto, quanto alla Corte di Cassazione) rivolgersi *loro* – in doppia pregiudizialità – ai giudici UE così da scongiurare il più possibile il prodursi dello scenario attuale (vedi la proposta già svolta da Daniele, sopra citato, pp. 45-46). Forse non sarebbe cambiato nulla; è una possibilità. Forse, invece, la Corte di giustizia avrebbe potuto interpretare meglio se stessa ed eventualmente, in punta di penna e senza il cono di luce alto su di lei (a seguito di un così poco dialogante rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale), effettuare un piccolo (o grande?) passo indietro rispetto alla sua sentenza del 2015.

6. La sentenza *Taricco* della Corte di giustizia non va criticata solamente in merito all'insoddisfacente ragionamento ivi formulato riguardante la portata dell'articolo 325 TFUE e, più in generale, gli effetti del diritto UE sulla sfera giuridica dei singoli. Esistono altre criticità. Criticità su cui la Corte costituzionale avrebbe potuto e, forse, dovuto fare (maggiormente) perno al fine di effettuare – in linea con quanto si è scritto poco sopra – un rinvio pregiudiziale, meno incentrato sul controlimite, e cioè soprattutto centrato su quella che dovrebbe essere la funzione del rinvio: non chiedere l'autorizzazione alla Corte di giustizia ad applicare un controlimite; al contrario, chiedere che il diritto UE venga interpretato, giurisprudenza compresa. Mi limito solamente a menzionare alcuni punti: possibile applicazione dell'[articolo 49](#)

della Carta; limitazione degli effetti temporali (*ex nunc*) della sentenza della Corte di giustizia del 2015; rapporto con l'[articolo 7](#) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e con la giurisprudenza relativa; portata dei principi dell'effettività e dell'equivalenza e loro impatto sull'obbligo di disapplicazione.

Con ciò intendo dire che, senza voler negare l'importanza che riveste l'articolo 4.2 TUE in chiave di possibile risoluzione delle antinomie, vie ermeneutiche ulteriori, forse meno accidentate, per impostare il rinvio pregiudiziale, esistevano. Vie, peraltro, che potrebbero ancora essere, verosimilmente, autonomamente percorse dalla Corte di giustizia, a condizione però che essa torni, in qualche modo, sui suoi passi. L'ordinanza della Corte costituzionale, tutta modulata sulla necessità di applicare il controlimite, non è certamente il miglior *assist* per farlo; tuttavia, i giudici UE potrebbero sorprenderci (in meglio, questa volta) e disinnescare loro stessi l'arma del controlimite.

7. In conclusione, proprio perché siamo in una fase critica del processo d'integrazione europea, mi pare che la Corte di giustizia debba ispirarsi il più possibile a quel che il diritto UE era alle origini, alla sua originalità e autonomia. Originalità e autonomia significano centralità dell'individuo-soggetto di diritto (sul punto vedi Tesauro, [qui](#), pp. 165-182). La Corte, potrebbe, quindi, fare due cose. Primo: offrire una più adeguata ricostruzione dogmatica dell'istituto dell'effetto diretto, anche e soprattutto in rapporto al primato (vedi, con riferimento alla dottrina italiana, i contributi di Luzzatto, Nascimbene e Tesauro in [Nascimbene](#)). In rapporto al primato e, in particolare, in rapporto alla cannibalizzazione che il primato esercita nei confronti dell'effetto diretto, effetto che, in *Taricco* e non solo, a differenza di quanto accadeva in epoca passata, ha contorni vaghi e, forse proprio per questo, non è

46 Dibattiti

più centrale nel ragionamento della Corte di giustizia. Un ragionamento che, come in *Taricco*, appunto, ruota *in toto* intorno al prisma della disapplicazione. Insomma, il minimalismo nell'indagine sull'effetto diretto è un male e lede la certezza del diritto: è necessario che i giudici UE illustrino come, perché e fino a che punto l'effetto diretto, come pare, non sia associato solamente alla creazione di un diritto, nell'ottica precettiva alla *Van Gend en Loos* (sul significato di "precettivo" vedi [Villani](#), p. 236). Va, quindi, necessariamente chiarito se e in che termini per effetto diretto s'intenda giustiziabilità, laddove giustiziabilità significa, a sua volta, possibile applicazione di una norma UE (operante anche quale parametro di legittimità), da parte del giudice, nel caso di specie, a prescindere dal conferimento di un diritto individuale. In quest'ottica, con *Taricco 2015* la Corte di giustizia sembra aver raggiunto l'apice dell'incertezza. La speranza è che *Taricco 2017* segni un passo diverso.

Secondo: prima di incidere direttamente sulla sfera giuridica dei singoli, ledendone garanzie e diritti, azionando il primato del diritto UE, bene farebbe la Corte di Lussemburgo ad ascoltare di più le corti nazionali. Insomma, l'attivismo *senza se e senza ma* nell'applicazione del primato – non il primato in sé per sé, chiaramente – è un male. Nel contempo, le corti nazionali, a loro volta, a mio parere, prima di invocare il controlimite (o il suo più *prima facie* rassicurante ma, in verità, potenzialmente dirompente, *counterpart* europeo, l'articolo 4.2 TUE, che lo introietta sul piano del diritto UE), dovrebbero pensarci a fondo, considerandolo, quindi, sul serio, quale *extrema ratio*. Cosa che, a mio avviso, non è avvenuta nell'ordinanza 24/2017. Se poi la Corte di giustizia reitererà tale e quale l'impostazione – poco condivisibile – già prospettata in *Taricco 2015*, allora, non dovremo sorprenderci se la reazione della Corte costituzionale si sostanzierà nell'applicazione del controlimite, con buona pace, purtroppo,

Il caso *Taricco* e i controlimiti 47

di [Simmenthal](#), [Pringle](#), [Melloni](#), [Gauweiler](#). Ma solo allora.

25 febbraio 2017

Come risolvere la “questione Taricco” senza far leva sull’art. 4, par. 2, TUE

LUCIA SERENA ROSSI (*)

1. *Una possibile soluzione per Taricco II*

Dato che su [Taricco I](#) (causa C-105/14) e sul conseguente [invito](#) della Corte costituzionale italiana alla Corte di giustizia dell’Unione europea (CGUE) di pronunciarsi nuovamente sono ormai stati scritti moltissimi commenti (*ex multis*, [Gallo](#), [Amalfitano](#), [Bin](#), [Sarmiento](#), [Streinbeis](#), [Faraguna](#), [Bassini and Pollicino](#), [Repetto](#), [Gradoni](#), [Tega](#) e [Sarmiento](#)), in un recente [post](#) avevo provato ad immaginare direttamente un possibile dispositivo della futura sentenza *Taricco II*.

Proseguo il discorso su questo blog per chiarire, in risposta alla domanda di alcuni Colleghi, perché non avevo fatto riferimento all’art. 4, par. 2, TUE ed al concetto di identità nazionale degli Stati membri, a cui invece si richiama l’ordinanza di rinvio della Corte costituzionale.

Nel post sopra citato avevo cercato di immaginare una soluzione che non compromettesse i principi strutturali supremi su cui si fonda l’Unione, per un caso che pone un

(*) Corte di giustizia dell’UE; Università di Bologna.

problema serio e concreto. Una soluzione, cioè, che trovasse un punto di incontro fra le Corti, senza che nessuna delle due dovesse rinunciare a quanto di essenziale è per ciascuna implicato in questa vicenda, vale a dire i principi di autonomia e primato per la Corte di Lussemburgo e i diritti fondamentali legati al processo penale per la Consulta.

Riassumendo quanto scritto in quella sede, ecco dunque i punti attraverso i quali potrebbe svolgersi il ragionamento della futura sentenza *Taricco II* (ovvero un ipotetico dispositivo):

1. La dottrina degli effetti diretti del Trattato è nata in collegamento ai benefici che ne derivano per i cittadini, come era in *Van Gend*.
2. Mentre però per le direttive non attuate è stato chiarito che tali effetti possono essere fatti valere dagli individui contro gli Stati (*SACE*), ma non viceversa (*Ratti*), non è escluso che talune norme dei Trattati possano creare obblighi anche per gli individui. Tuttavia, poiché l'art. 325 TFUE si rivolge chiaramente agli Stati, il riconoscimento di effetti diretti che pregiudichino le posizioni degli individui deve essere valutato attentamente, esaminando tutti i principi fondamentali in gioco.
3. Innanzitutto va riconosciuto che quelli di autonomia, primato e dell'effetto diretto sono i più alti principi strutturali dell'ordinamento giuridico dell'Unione. Sono principi costituzionali supremi, correlati all'esistenza stessa di quest'ordinamento. Di conseguenza, i giudici degli Stati membri hanno il dovere di disapplicare le norme nazionali in contrasto con quelle dell'Unione.
4. Tuttavia, come è stato affermato dalla stessa Corte in *Taricco I* (punto 53), nel fare questo i giudici devono verificare il rispetto dei diritti fondamentali. I diritti fondamentali sono infatti, come specifica l'art. 6 TUE,

50 Dibattiti

anche principi fondamentali dell'ordinamento dell'UE, che risultano chiaramente accessibili ai giudici nazionali tramite la [Carta](#) dei diritti fondamentali.

5. Nel caso di specie, spetta dunque al giudice nazionale verificare innanzitutto se l'estensione del periodo di prescrizione costituisce un diritto che può essere definito come fondamentale in quello specifico ordinamento, anche alla luce del diritto dell'Unione europea, della Carta dei diritti fondamentali e della giurisprudenza della CGUE.
6. Qualunque attenuazione degli effetti diretti dell'art. 325 TFUE risultasse indispensabile per tutelare i diritti fondamentali dovrebbe limitarsi alla sfera penale, ma non potrebbe tuttavia estendersi agli effetti civili ed amministrativi.
7. Rimane comunque in capo agli Stati membri l'obbligo di combattere e prevenire attività illegali ai danni del bilancio dell'Unione, nel rispetto dei principi di equivalenza, efficacia e dissuasività delle sanzioni. E rimane in capo alla Commissione l'obbligo di monitorare e far rispettare questi obblighi con tutti i mezzi in suo possesso, incluso il giudizio di infrazione.

Seguendo un simile ragionamento, la Corte di giustizia potrebbe innanzitutto ribadire l'importanza di alcuni principi strutturali supremi dell'ordinamento dell'Unione, quelli cioè che ne costituiscono il fondamento stesso (autonomia, primato, effetto diretto), chiarendo in via generale la loro prevalenza in caso di contrasto fra ordinamenti. Questo non le impedirebbe tuttavia di trovare per il caso concreto una soluzione "interna" all'ordinamento dell'Unione, dando spazio ai diritti fondamentali, non come controlimiti "esterni" (provenienti dalle Costituzioni degli Stati membri), ma come principi dell'ordinamento europeo.

È importante rilevare che la Corte potrebbe adottare una *Taricco II* in tal senso senza contraddire quanto affermato in *Taricco I*. Infatti essa potrebbe riallacciarsi al punto 53 della precedente sentenza, in cui ha affermato che: «occorre aggiungere che se il giudice nazionale dovesse decidere di disapplicare le disposizioni nazionali di cui trattasi, egli dovrà allo stesso tempo assicurarsi che i diritti fondamentali degli interessati siano rispettati. Questi ultimi, infatti, potrebbero vedersi infliggere sanzioni alle quali, con ogni probabilità, sarebbero sfuggiti in caso di applicazione delle suddette disposizioni di diritto nazionale». La stessa sentenza, del resto, nell'esprimere dubbi sul fatto che la disapplicazione della legge italiana possa costituire una violazione dell'art. 49 della Carta, lo fa «con riserva di verifica da parte del giudice nazionale» (*ibid.*, punto 55).

Una seconda possibilità per la Corte di giustizia sarebbe applicare essa stessa la Carta, sostenendo che il primo giudice di rinvio non aveva spiegato in maniera sufficientemente chiara l'incidenza sui diritti fondamentali dell'imputato. Essa potrebbe, cioè, decidere che, alla luce dei maggiori chiarimenti forniti nell'ordinanza della Corte costituzionale, un'applicazione diretta al caso concreto dell'art. 325 TFUE contrasterebbe con l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali.

In ogni caso, l'applicazione dei diritti fondamentali come limite all'efficacia dell'art. 325 TFUE non dovrebbe estendersi oltre quanto strettamente necessario per tutelare i diritti in campo penal-processualistici del signor Taricco, fermo restando non solo il diritto, ma anche il dovere dello Stato italiano di procedere nei suoi confronti con ogni altro tipo di sanzione. È poi evidente che, per evitare casi come questo, la Commissione dovrebbe meglio vigilare a che gli Stati membri non adottino o mantengano leggi contrarie al diritto dell'Unione.

2. Malintesi ed eccessive aspettative sull'art. 4, par. 2, e necessità di un suo inquadramento sistematico alla luce del Trattato UE

Le soluzioni sopra ipotizzate non menzionano l'art. 4, par. 2, TUE, che afferma il rispetto dell'identità nazionale degli Stati membri. Tale disposizione, che non è stata peraltro richiamata nemmeno dalla CGUE in *Taricco I*, è stata invece evocata – per la verità abbastanza timidamente – dalla Corte costituzionale nella sua ordinanza di rinvio, come possibile fonte di principi atti a risolvere il caso.

Credo però che risolvere *Taricco* senza fare riferimento all'art. 4, par. 2, sia non solo più semplice, ma anche più corretto dal punto di vista giuridico. L'art. 4, par. 2, norma introdotta dal Trattato di Lisbona, rischia di dare luogo a malintesi e sopravvalutazioni, che possono essere evitati solo inquadrando tale norma alla luce del Trattato UE nel suo complesso.

Proprio alla luce del caso *Taricco*, ed in relazione al più generale problema dei “controlimiti” costituzionali, mi sembra importante innanzitutto chiarire il rapporto fra questa norma e l'art. 6, par. 3, TUE. Vi è una sovrapposizione fra loro, nel senso che i principi strutturali dell'ordinamento nazionale comprendono anche i diritti fondamentali o invece esse si riferiscono ad ipotesi diverse? A mio avviso si tratta di norme complementari, che coesistono a livello di principi generali nel Trattato UE e che si applicano a situazioni distinte.

L'art. 6, par. 3, TUE fa riferimento ai diritti fondamentali, che fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali, come risultanti, fra le altre fonti, dalle «tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri». Si tratta di una formula antica, dapprima elaborata dalla Corte di giustizia e poi accolta all'interno dei Trattati con il Trattato di Maastricht, per la cui interpretazione è possibile attingere alla

giurisprudenza della Corte stessa, ed oggi anche alla Carta dei diritti fondamentali. Le «tradizioni costituzionali comuni» costituiscono un concetto “comunitarizzato”, che trae ispirazione dai valori nazionali, ma non ne rappresenta la somma o il minimo comune denominatore. Ben lungi dal costituire un atto di sottomissione agli ordinamenti giuridici nazionali, esso esprime un rispetto per questi ultimi fondato però sull'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'UE. I diritti fondamentali sono principi generali di quest'ultimo e, pur traendo ispirazione dalle costituzioni nazionali, appartengono a quest'ultimo.

Nel rapporto fra ordinamenti, i diritti fondamentali possono ormai in buona parte rappresentare, grazie alla Carta dei diritti fondamentali, dei “controlimiti condivisi”, che concorrono a formare, assieme agli altri valori di cui all'art. 2 TUE, il nucleo di quel concetto di “identità europea” evocato dai preamboli del TUE e della Carta. Certo rimane il problema di stabilire una gerarchia fra questi ultimi ed il primato, che la Corte ha risolto (in [Melloni](#)) nettamente a favore di quest'ultimo, peraltro in sintonia con quanto afferma la Carta stessa, ma che rimarrà oggetto di un bilanciamento caso per caso. Per i “controlimiti” connessi ai diritti fondamentali, l'art. 6, par. 3, TUE e la Carta dei diritti fondamentali offrono comunque un terreno di confronto fra le Corti consolidato.

L'art. 4, par. 2, invece, si riferisce all'identità nazionale di ciascuno Stato membro, «insita nella [...sua] struttura fondamentale, politica e costituzionale», compreso il sistema delle autonomie locali e regionali e alle funzioni essenziali dello Stato, in particolare le funzioni di salvaguardia dell'integrità territoriale, di mantenimento dell'ordine pubblico e di tutela della sicurezza nazionale.

Dunque sostanzialmente è riferito ai principi di organizzazione dello Stato, nei suoi vari livelli e competenze (tema molto caro alla Corte costituzionale tedesca: v.

54 Dibattiti

[Tomuschat](#)). Se letto alla luce dell'art. 6, par. 3, TUE, l'art. 4, par. 2, non sembra invece coprire anche i diritti fondamentali previsti dagli ordinamenti costituzionali degli Stati membri.

La Corte non ha ancora elaborato una dottrina compiuta sull'art. 4, par. 2, TUE, ma ha pronunciato una decina di sentenze, in relazione a Stati membri che invocavano, in campi assai diversi fra loro, il rispetto di principi connessi alla loro identità nazionale (v. [Burgogue-Larsen](#) e [Di Federico](#)). Nessuno di questi principi era però relativo al rispetto dei diritti fondamentali; anzi, in taluni casi il principio era invocato dagli Stati proprio per giustificare una deroga a tali diritti (v. ad esempio [Sayn](#) e [Bogendorff](#)).

In casi come *Taricco*, in cui sono in gioco i diritti fondamentali, sembra dunque più opportuno fare riferimento all'art. 6, par. 3, TUE piuttosto che all'art. 4, par. 2, TUE. Certo, si potrebbe eccepire che la prescrizione attiene ai principi strutturali che regolano il processo in Italia, ma non credo che, a differenza dei diritti fondamentali, una particolare durata del termine prescrittivo (fra l'altro più volte modificata) possa essere definita come un elemento essenziale dell'identità nazionale italiana.

In questa prospettiva, l'art. 4, par. 2, assume una nuova configurazione, assai ridimensionata rispetto alle aspettative che la sua inserzione nel Trattato di Lisbona aveva creato.

Innanzitutto, se i diritti fondamentali restano fuori dal suo campo di applicazione, l'art. 4, par. 2, non può essere visto come norma che assommi in sé, giustificandoli, tutti i possibili controlimiti statali. In altre parole, l'identità nazionale cui tale norma si riferisce non coincide con quel concetto più ampio e omnicomprensivo di "identité constitutionnelle" che, sviluppato inizialmente dalla Corte costituzionale francese, è poi divenuto, nella giurisprudenza di tante altre Corti costituzionali, la formula sintetica che indica tutti i possibili controlimiti degli Stati membri.

Inoltre, in relazione ai controlimiti diversi dai diritti fondamentali, spetterà alla Corte di giustizia precisare sostanza e limiti dell'art. 4, par. 2, TUE. Non si deve però ritenere che l'art. 4, par. 2, costituisca una porta spalancata per gli altri controlimiti. Occorre infatti sottolineare la sua necessaria complementarità con gli ulteriori principi affermati dello stesso articolo, che ne limitano gli effetti. Fra l'altro, a differenza dell'art. 6 par. 3, l'art. 4, par. 2, non può essere ricondotto ai valori fondamentali dell'Unione europea affermati dall'art. 2 TUE ed offre pertanto agli Stati membri – ed ai loro controlimiti costituzionali – una sponda assai meno ferma e sicuramente più condizionata al rispetto dei principi fondamentali dell'Unione europea.

Se la Corte non lo farà con la sentenza *Taricco II*, le basi per un chiarimento interpretativo dell'art. 4, par. 2, potrebbero essere poste con una giurisprudenza che si consolidasse attorno al rispetto della *rule of law*. È infatti verosimile che gli Stati accusati di violarla cercheranno di invocare la propria identità costituzionale. La Corte potrebbe allora chiarire che il concetto di identità costituzionale di cui all'art. 4, par. 2, non giustifica qualunque eccezione alle regole, in quanto incontra dei limiti nei principi di leale cooperazione e di uguaglianza degli Stati membri davanti ai Trattati (quest'ultimo sancito dallo stesso art. 4, par. 2, TUE).

La funzione dell'art. 4, par. 2, in definitiva, è quella non di giustificare tutti i controlimiti nazionali, ma di costituire un limite per la legislazione derivata delle istituzioni dell'Unione. Un limite la cui valutazione è però in ultima analisi rimessa alla CGUE – e non alle Corti costituzionali nazionali –, che ne bilancerà l'applicazione con i principi fondamentali dell'Unione europea.

3. Il bilanciamento fra primato e diritti fondamentali: recuperare

56 Dibattiti

il metodo delle “esigenze imperative”

Il rapporto fra Corti è cristallizzato in una situazione in cui la Corte di giustizia da un lato e le Corti costituzionali dall'altro si ergono, *superiorem non recognoscentes*, a baluardo dei principi supremi dei rispettivi ordinamenti, salvo poi accettare ragionevoli compromessi nella prassi quotidiana. Difficilmente sarà la futura sentenza Taricco II a risolvere definitivamente il problema dei rapporti fra ordinamenti, ponendo fine alle teorizzazioni parallele – e mai del tutto convergenti – della Corte di giustizia e delle Corti costituzionali o supreme degli Stati membri.

Naturalmente, se lo scontro fra ordinamenti avviene sui massimi sistemi le posizioni si irrigidiscono e diventa difficile trovare soluzioni di compromesso. Ma la Consulta non sta chiedendo alla CGUE di rinunciare al primato, né sta orgogliosamente rivendicando un'applicazione generale e astratta dei controlli nazionali. Sta chiedendo alla Corte di giustizia di trovare una soluzione ragionevole per casi concreti che sollevano un serio problema costituzionale.

Come si è detto sopra, il rapporto fra diritti fondamentali e primato si dovrebbe risolvere con un bilanciamento che la CGUE effettua caso per caso, muovendosi fra valori che sono – e nella misura in cui lo sono – tutti interni all'ordinamento dell'Unione. In questo bilanciamento la Corte può anche utilmente giovare della sensibilità dei giudici nazionali per valutare il concreto impatto di una norma dell'Unione sui diritti individuali.

Alla fine degli anni Settanta (*Cassis de Dijon*), sviluppando la teoria delle esigenze imperative, la Corte aveva mostrato che è possibile utilizzare criteri di ragionevolezza nell'esaminare, alla luce del principio di proporzionalità, possibili deroghe alle regole comuni in nome di importanti esigenze evocate dagli Stati membri, senza per questo mettere in discussione il

principio del primato. Occorrerebbe tornare a quel metodo pragmatico, che ha talvolta consentito di considerare come “interesse comune” – e dunque degno di tutela a livello generale – quelle esigenze importanti nel nome delle quali uno Stato membro chiedeva di derogare alle regole comuni.

L'*affaire Taricco* costituisce perciò un'ottima opportunità per un dialogo costruttivo fra le Corti. Quel dialogo la cui necessità è stata peraltro [riaffermata](#) dalla stessa Corte di giustizia in occasione dei 60 anni dalla firma del Trattato di Roma.

17 maggio 2017

Incontro al limite

LORENZO GRADONI (*)

Questo è, grossomodo, il seguito de [Il dialogo tra Corti, per finta](#) (*supra*, p. 5 ss.). «CC» sta sempre per «Corte costituzionale», «CG» per «Corte di Giustizia dell'Unione europea». La prima battuta è tratta da *Il mercante di Venezia* (atto II, scena VII) ed è l'elogio («From the four corners of the earth they come, to kiss this shrine, this mortal-breathing saint») che Porzia riceve da uno dei suoi pretendenti.

Entra, raggianti.

Dalla parte opposta del proscenio, immersa nell'oscurità, giunge un dolente sussurro.

CG Il mondo intero la desidera... vengono dai quattro canti della terra per baciare questo reliquiario vivente, costei che respira come una mortale, ed è già santa...

CC Visto?

Il buio, diradandosi appena, scopre una scrivania pesante e antica (ma dall'aspetto metallico). L'uomo che vi è seduto, in qualche modo, le assomiglia, al punto di confondersi. Con passo

(*) Max Planck Institute for International, European and Regulatory Procedural Law, Lussemburgo.

danzante, l'ospite si accomoda a pochi metri da lui.

- CG Bel costume.
- CC Dai, per tirarti su il morale ti faccio il gioco dei tre scrigni.
- CG Non cerco moglie.
- CC Questo è un gioco diverso... certo, ci sono i soliti scrigni: uno d'oro, uno d'argento...
- CG E uno di piombo. Io scelgo quello.
- CC Senza leggere quel che c'è scritto sopra?
- CG Non importa. Che vile piombo sia. (*reagendo alla delusione dell'altro*) Va bene, leggiamo... ma io ho già deciso: per me, è piombo.
- CC (*porge lo scrigno d'oro*) Non indovinelli recan incisi, i coperchi, ma cifre. A niun tuttavia cifrato giungerà il messaggio!
- CG Suppongo che «11» stia per controlimiti.
- CC Non lo affermo né lo nego; ti concedo, invece, un indizio: «Non è tutto oro quello che splende». E ringrazia il Bardo!
- CG (*accarezza lo scrigno, indugia, quindi lo scosta con il dorso della mano*) Dentro c'è l'atroce cranio, suppongo, l'orrore del pluralismo radicale.
- CC No comment. Prendi quest'altro, allora, prima però ammira l'intarsio: 53, 4.2.
- CG Uh, che mistero!
- CC L'indizio, qui, è nel conio. Lo scrigno è d'argento, come il proiettile, il *silver bullet*, lo spari e passa la paura.
- CG Di che?
- CC Del pluralismo radicale, no?
- CG (*si rigira lo scrigno tra le mani*) Strano... nella didascalia il «4.2» si vede a malapena. Perché?
- CC Guarda un po'!... Non saprei... però, pensandoci meglio, credo di aver udito apprendisti lavorar di

60 Dibattiti

smeriglio attorno alla scatola, ch  io avevo chiesto a Mastro Polo di incidere netta la cifra... uhm... se ci penso ancor meglio, ecco... mi pare di aver udito, da qualcuno, anch'egli affaccendato attorno all'astuccio, l'esoterico concetto che in *Omega* tocca vedere pure l'alfa. Questo sembrerebbe confermare la tua *teoria*, secondo cui 4.2   numero abominevole...

All'improvviso, una mano spunta dal buio che avvolge la scrivania e ghermisce lo scrigno d'argento. Lo scrivano, nonostante l'aria torpida, afferra fulmineo l'avambraccio e lo stringe con forza, finch  lo scrigno non ricade sul tavolo, aprendosi. Ne escono un piccolo robot (giace disarticolato come un burattino) e una pergamena, che lo scrivano percorre con sguardo rapido.

CG (sbuffando) Lo sapevo.

CC (spaventato) Quella cosa... chi diavolo era?

CG Boh!

CC Bot?!

CG No, ho detto solo... (alza le spalle) boh...

CC Meno male... comunque, mi pare che la scatola d'argento non t'invogli.

CG Come potrebbe.

CC Eccoti, allora, quella di piombo (fruga in tasca)... hai esaurito le tue possibilit , mio caro (sonda un'altra tasca e un'altra ancora)... siamo ormai all'epilogo (armeggia nella bisaccia)... ma dove accidenti ho ficcato il tuo scrigno prediletto?

CG Deve esserti scivolato di dosso, forse a causa dei volteggi. Vedi?   rotolato sotto la mia scrivania... tieni.

CC Per fortuna. Grazie... questo perch  non   il mio!

CG Cosa te lo fa pensare?

CC Il coperchio   liscio... non reca incisioni, nessun indizio!

- CG Un indizio?
CC Al solito, era una cifra: 6.3.
CG Altro insondabile enigma.
CC (*manipola lo scrigno con circospezione*) Com'è levigato... e com'è strano questo suo esser liscio! Poiché non vedo né sento alcuna scanalatura, nemmeno saprei come aprirlo, il tuo plumbeo forziere (*fa per restituirlo*).
CG (*lo respinge*) Eh no, questo ti tocca!
CC Se insisti...

Lo scrigno, da un'invisibile fenditura, sputa un plico di carta a modulo continuo, traforata ai lati. Il plico è fitto di caratteri grigio pallido, impressi da una stampante ad aghi. Mentre il buio cala sul palcoscenico, una luce fioca raggiunge, dal basso, il volto dell'ospite. Che comincia a leggere.

- CC *Nella causa C-42/17... bla-bla... la Corte... Grande Sezione... sentite le [conclusioni](#) dell'Avv... non le voglio più sentire!... allora... la Corte a pronunciato la seguente [sentenza](#)... un momento... vediamo quanto è lunga... no, per carità, non voglio scoprire il finale!... Voglio solo sapere quanti paragrafi... sessantaquattro, due meno di [Taricco](#), speriamo non sia la fotocopia... vediamo... *Contesto normativo... Procedimento principale... ne so qualcosa, passiamo oltre... Considerazioni preliminari... ecco qui!... punto 28, qui si entra nel vivo: Spetta pertanto alla Corte precisare, tenuto conto degli interrogativi che non erano stati portati a sua conoscenza nella causa all'origine della sentenza Taricco, l'interpretazione dell'articolo 325... Fatti nuovi, argomenti nuovi o non prevedibili!... È così che si attutisce il tonfo di un *revirement*!... Ottimo!... Ed ecco subito un indizio concordante... punto 32... già a metà strada: *Gli Stati membri sono tenuti a procedere al***

*recupero delle somme sottratte al bilancio dell'Unione in conseguenza di frodi... Molto bene, vuol dire che gli esattori dell'Unione possono forse placarsi anche senza malfattori in ceppi... un approccio meno sacrificale al culto delle risorse proprie augura bene... d'altra parte, che se ne fa l'Unione di un *pound of flesh*?... Non sto nella pelle, vediamo... punto 39: *Spetta ai giudici nazionali competenti dare piena efficacia... bla-bla... e disapplicare disposizioni interne, in particolare riguardanti la prescrizione, che ostino all'applicazione di sanzioni effettive e dissuasive...* Ma come!... ancora aria di *Taricco*!... Aria di guai!... Ah no, ecco, questo è un altro tassello essenziale del *mio* mosaico... punto 41: *Spetta in prima battuta al legislatore nazionale stabilire norme sulla prescrizione che consentano di ottemperare agli obblighi derivanti dall'articolo 325 TFUE...* Proprio così! Separazione dei poteri, riserva di legge, questa sì che è musica per le mie orecchie... ma che significa «in prima battuta»? Che cosa accade se il Parlamento non fa il suo dovere?... Vediamo... Nulla, non si dice nulla sul caso di un legislatore inerte... mi pare invece di avvertire un omaggio a quello solerte: *A tale riguardo occorre ricordare che il fatto che un legislatore nazionale proroghi un termine di prescrizione con applicazione immediata, anche con riferimento a fatti addebitati che non sono ancora prescritti, non lede, in linea generale, il principio di legalità dei reati e delle pene...* Mumble-mumble... E se la proroga è conseguenza di una decisione giudiziaria?... Cosa vuol dire, poi, «in linea generale»?... E questo principio di legalità non-leso-in-linea-generale, donde viene?... Di certo non somiglia al mio... il discorso piglia una brutta piega!... No, aspetta, ecco! Questo, credo, è lo spartiacque che agognavo... punto 43: *Occorre aggiungere che il settore della tutela degli interessi**

finanziari dell'Unione attraverso la previsione di sanzioni penali rientra nella competenza concorrente dell'Unione e degli Stati membri... E ora, ci scommetto, si dirà che all'epoca dei fatti non c'era ancora stata l'armonizzazione e quindi... insomma... qui aleggia una fragranza Distinguishing Melloni... splendido... e infatti... punto 45... niente armonizzazione, quindi... è fatta!... La Repubblica italiana era libera, a tale data, di prevedere che, nel suo ordinamento giuridico, detto regime ricadesse nel diritto penale sostanziale e fosse a questo titolo soggetto... eh già!... al principio di legalità dei reati e delle pene! Q.E.D.! C.V.D.! P.Q.M!

Risale con lo sguardo all'ultimo brano.

Tsè!... «A tale data»!... perché mai precisarlo? La nostra libertà ha subito forse una contrazione, nel frattempo? Non mi pare che si possano dedurre restrizioni dalla direttiva PIF della scorsa estate. Certo, la direttiva affronta il tema della prescrizione, ma la legge italiana è già in linea con i criteri minimi... che evidentemente non scontano l'inefficienza della macchina repressiva... e se anche il requisito generale dell'efficacia sanzionatoria dovesse risultare disatteso, proprio a causa di tale inefficienza, non vedo come, a questo punto, il giudice nazionale possa sentirsi autorizzato a disapplicare *in malam partem*... il match è vinto, i principi son salvi!... C'è scritto anche qui, al punto 46: *Dal canto loro, i giudici nazionali competenti, quando devono decidere se disapplicare... bla-bla... sono tenuti ad assicurarsi che i diritti fondamentali degli imputati siano rispettati...* Ci mancherebbe! Un attimo, però, quali diritti fondamentali, i nostri o quelli dell'Unione? La nostra tradizione costituzionale o quelle

comuni? Non che queste escludano quella ma... si possono far valere principi non comuni, anche a scapito d'interessi comuni? Se sì, fino a che punto? Qual è il vero significato dall'articolo 6, paragrafo 3 TUE, l'ormai antica formula sulle scaturigini dei «principi generali»? Rientrano tra i principi comuni anche quelli non comuni, perché messi in comune nell'Unione? Comunque sia, dovrebbe essere l'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione a sciogliere il nodo... I diritti garantiti dalle costituzioni nazionali sono sacrosanti, perlomeno quando non si è ancora entrati nel cono d'ombra dell'armonizzazione... o no? Articolo 6, paragrafo 3... articolo 53... mancano poche battute al termine del testo e ancora non s'è scorto il lume di una disposizione-chiave, non una! E ora... cos'è questo cupo rintocco? Punto 47... *A tale riguardo...* «A tale riguardo»!... Quante volte lo stesso attacco... per attaccare insieme cose che insieme non stanno... a tale riguardo, a tale riguardo... con questa maledetta formula...

Guarda in direzione dell'interlocutore, il quale, immerso nel buio, non dà segni di vita. Sembra tuttavia udirsi, di là, un soffice rumore di ferraglia.

... infinite pagine riempiresti, con questa formula, se fossi costretto a sentenziare dall'Overlook Hotel (*riso nervoso*)... 47... brutto numero!... Ma che dico? Devo distogliere la mente dal dubbio, tutto è limpido, nonostante questi caliginosi meandri... I diritti fondamentali di cui parliamo sono quelli scolpiti nella Costituzione... «*scolpiti*», come mi piace, questa parola... tac-tac-tac... P-R-E... tac-tac-tac-tac... S-C-R-I... tac-tac-tac... Z-I-O... tac-tac... N-E:

PRESCRIZIONE, voilà, scolpita in Costituzione! Così va meglio... E poi, perché avrei dovuto impensierirmi?... Al punto 47 si dice che, *a tale rigua... vabbè... resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali... Nazionali!... a patto che... Ma come sarebbe a dire «a patto che»!... Con cosa si dovrebbe venire a patti se in ballo ci sono i diritti fondamentali!... E se l'armonizzazione non ostruisce il passo!... Devo mantenere la calma... leggiamo: *A patto che tale applicazione non comprometta il primato, l'unità o l'effettività del diritto dell'Unione.**

Si porta le mani alle tempie.

Questa è [Melloni](#)! Risiamo a *Melloni*... anche se vedo che per delicatezza si menziona solo [Åkerberg Fransson](#), sì, certo... il punto di *Fransson* dove si cita *Melloni*... *Melloni* che si mette a fare l'accento svedese!... ma cosa c'entra *Melloni*, qui? Non s'era detto che, in assenza di armonizzazione... Perché non ci stacciamo da *Melloni*?

Percorre con sguardo sconcolato la vasta estensione (così gli appare nonostante il testo sia quasi al termine) dei punti successivi.

A tale riguardo... ancora!... si deve ricordare l'importanza, tanto nell'ordinamento giuridico dell'Unione quanto negli ordinamenti giuridici nazionali, che riveste il principio di legalità dei reati e delle pene... il quale... appartiene alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri... E le tradizioni fuori dal comune, come la mia?... Non se ne parla!.. Si ricama invece sulla nota giurisprudenza strasburghese... e così via, fino al

66 Dibattiti

punto...

Cerca con gli occhi, sfinito.

... punto 57... estenuante! Anelo la fine, che dista solo un pugno di righe, e non so ancora cosa attendermi.

Legge trattenendo il fiato, finché:

Fermi tutti! Il punto 58 rinvia al 45, quello sull'assenza di armonizzazione. Torna il sereno!... *A tale riguardo... vabbè... i requisiti di prevedibilità, determinatezza e irretroattività inerenti al principio di legalità si applicano, nell'ordinamento giuridico italiano, anche al regime di prescrizione... «Si applicano», ma cos'è questo, un constativo? E che me ne faccio? Forse l'operatore deontico è implicito... si vuol dire che si possono applicare, che ciò è consentito dal diritto dell'Unione, anche a scapito... Ma certo, è così!... punto 59: *Spetta al giudice nazionale verificare se la condizione richiesta dalla sentenza Taricco... quella del numero considerevole di casi di frode grave... bla-bla... conduca a una situazione di incertezza nell'ordinamento giuridico italiano quanto alla determinazione del regime di prescrizione applicabile, incertezza che contrasterebbe con il principio di determinatezza... E se crea incertezza... allora il giudice nazionale non sarebbe tenuto a disapplicare le disposizioni del codice penale... Sì! Sì!... Non siamo tenuti a disapplicare!... Non dobbiamo...! Ma questo è un revirement bello e buono!... Certo, io avrei detto, non che non siamo tenuti a disapplicare ma che siamo tenuti a non disapplicare... ma va bene lo stesso, ci penso io a dettare la linea! Che nessuno disapplichi!... Un momento però... io l'ordine l'ho già diramato... la**

«formula *Taricco*» sparge incertezza, punto e basta, questo io l'ho già chiarito una volta per tutte!... Perché, dunque, si chiede ancora che i «giudici nazionali» accertino se v'è incertezza?... Ho la sgradevole sensazione che il mio interlocutore occhieggi oltre la mia spalla, come in cerca di un personaggio più interessante, questo cosiddetto «giudice nazionale»!... Dal quale forse spera una sediziosa negazione dell'evidenza... o della mia autorità!... Ma no, no!... Ho solo i nervi a pezzi... a causa di questa lettura così... non saprei come definirla... eppure, infine, così dolce! Comunque, a ben pensarci, anch'io sono un giudice nazionale! Che diamine, sono il più importante...

Ritrova la calma.

Il punto 60, sulla irretroattività, è ancora più netto: in Italia abbiamo il diritto... io direi piuttosto il dovere... di impedire che si assoggetti l'imputato... *a un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato*. Qui l'incertezza non c'entra più. Se la proroga del termine di prescrizione interviene a reato consumato, il «regime di punibilità», per definizione, si aggrava e il requisito dell'irretroattività è disatteso, matematico! Non vorrei sbagliarmi... mi sembra, però, che questo argomento abbia... come si dice... natura assorbente. Se il problema è l'irretroattività, i faticosi discorsi sulla determinatezza, la «formula *Taricco*», l'incerta incertezza... diventano cincischiati. E ora, il dispositivo!

Chiude gli occhi alla ricerca della massima concentrazione. Li riapre: dodici righe, dodici movimenti delle pupille a tergicristallo.

68 Dibattiti

Fatto!

Pausa.

Incredibile... è identico, in pratica, al dispositivo di *Taricco*... diavole, mi dà ancora i brividi... C'è, però, una nuova subordinata in coda, l'emblema stesso della sterzata. Si disapplichi... per dirlo in due parole... *a meno che una disapplicazione siffatta comporti una violazione del principio di legalità dei reati e delle pene a causa dell'insufficiente determinatezza della legge applicabile, o dell'applicazione retroattiva di una normativa che impone un regime di punibilità più severo di quello vigente al momento della commissione del reato.* Una violazione del principio di legalità... ma quale? Il nostro, di sicuro... Anche quello europeo?... Basta... poco importa!

Afferra il telefono. Mulinare di polpastrelli. S'interrompe, distratto da un cinguettio. Poi da un altro.

DShoot @DShoot · 5 Dic 2017
And rectify they did.
#amen #wiseCJEU

Grimm @Grimm · 8 h
CJEU defuses Taricco's bomb
#endofsaga

I polpastrelli riprendono a vorticare. Un clic.

Corte cost @Consulta · 14 Dic 2017
Principio di legalità: violazione infrange nello stesso

Il caso *Taricco* e i controlimiti 69

tempo garanzie presidiate dalla Costituzione e codificate dalla Carta dei diritti UE

[#269](#) #MAS #MB #Taricco2 #valorizzareildialogo #24

Costa78 @Costa78 · 2 min

In risposta a @Consulta

Urca! Ma cosa c'entrava con Ceramica Sant'Agostino spa?

[#269](#) #notaufficialeasentenza

Mile87 @Mile87 · 2 min

In risposta a @Consulta

La decisione non era stata presa il 7 novembre?

[#269](#) #timeloops

Corte cost @Consulta · 4 min

In risposta a @Costa, @Mile87

Deposito in cancelleria posteriore. Precisazione non trasmoda in ultronea esegesi.

[#269](#) #dialogo

BVerfG @BVerfG · 5 min

In risposta a @Consulta

Buongiorno! Da quando sei su Twitter?

El Constitucional @TribuConsti · 5 min

In risposta a @BVerfG, @Consulta

Era hora! Ormai c'è pure @Conseil_constit

Cour de justice UE @CourEUPresse · 7 min

In risposta a @Consulta, @BVerfG e 26 altri

@Consulta: infrante garanzie codificate nella Carta dei diritti UE. Mica vero.

70 Dibattiti

Letto l'ultimo tweet, volge lo sguardo in direzione della massa oscura (la scrivania più lo scrivano), che è di nuovo lambita dalla luce, senza che ciò contribuisca a definirne la sagoma, che anzi appare sempre più sfuggente.

CC Come sarebbe a dire!

CG Temo di non essere stato abbastanza chiaro.

CC Al contrario! Questa volta, cristallino.

CG Non prendermi in giro. Ho assistito al tuo tormento.

CC Spiavi? Che palpiti, che confusione e infine... che gioia! Disapplicare la prescrizione breve ripugnerebbe non solo alla Costituzione ma anche alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Io questo ho capito.

CG E lo hai tuitato.

CC Tuitto in buona fede: ho scritto quel che ho visto.

CG Quel che hai *voluto* vedere.

CC Dimmelo tu qual è la verità, allora. Concedimi l'interpretazione autentica... perché se ripenso a quegli ultimi paragrafi, al loro strano andamento, accidenti, sudo freddo...

CG Mi spiace, non posso aiutarti. Dubito di saperne più di te.

CC Hai cominciato tu con quel bullistico «mica vero» tuitato *erga omnes*.

CG Hai ragione, perdonami. (*digita*) Ecco. Così va meglio?

Cour de justice UE @CourEUPresse · 11 min

In risposta a @Consulta, @BVerfG e 26 altri

@Consulta: infrante anche garanzie codificate nella Carta dei diritti UE. Sarà vero?

#corrigendum

CC Dimmelo: è vero o no?

CG Qualunque risposta... non importa quale... esigerebbe,

ahimè, estese premesse. Mi sforzerò, tuttavia, di andare diritto al punto. Quindi: se dovessi mettere in musica la tua magnifica ordinanza, la [n. 24](#), quale forma le daresti?

CC E lo chiami andare diritti al punto?

CG (*incurante dell'obiezione*) Quella di uno splendido concerto grosso!

CC Lo prendo come un complimento.

CG (*come tra sé e sé*) Una partitura dove tutto quanto è ordinato a comporre mirabili armonie. L'articolo 11 della Costituzione, anzitutto.

CC Naturale.

CG Quindi... vado a memoria... l'articolo 2 TUE, cioè i «valori comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo»... Pluralismo! La parola che prepara il trionfale ingresso del motivo sull'identità nazionale, che schiude...

Si avverte un inquietante cigolio: una porta che si apre, forse, più probabilmente una botola.

CC Chi è!... Cos'è!

CG Boh!

CC Bot?!

CG No, no, ho detto solo... (*alza le spalle*) boh...

CC Meno male. Scusa l'interruzione...

CG Stavo per dire dell'articolo 4, paragrafo 2 del mio Trattato, quello dell'identità nazionale «insita»... insita! Insita dove, scusa?

CC Uff... (*recita*) «Nella struttura fondamentale, politica e costituzionale...».

CG La struttura fondamentale... certo... la struttura è fondamentale! C'è struttura, nella tua composizione, tutto è chiaro e conseguente: dall'identità nazionale si torna all'articolo 11...

72 Dibattiti

- CC Naturale.
- CG E come romba questo basso continuo di diritto interno, un suono primordiale, avvolgente, così pieno di senso! E che emozioni in quel finale nel segno delle tradizioni costituzionali comuni! Da applauso.
- CC (*schermendosi*) Grazie.
- CG 11, 2, 4.2, ancora 11, 6.3, quindi 53...
- CC Dai i numeri?
- CG No, sei tu che dai i numeri, li citi tutti, gli articoli-chiave, segni tutti i punti di riferimento, del tuo sistema e anche del mio.
- CC Tu, invece, nemmeno uno, né del mio... e si capisce!... ma neanche del tuo!
- CG Mi fa piacere che si noti il mio studiato riserbo.
- CC Sei riuscito a darmi ragione senza citare nemmeno un articolo dei Trattati... dei «tuoi Trattati», come ti piace dire.
- CG I «miei Trattati»!... Come hai detto, l'altra volta? Che ti mandava un *Herr der Verträge*! Sai cosa ti dico? Che i Trattati ve li potete tenere, fateci quel che volete, scrutatene le disposizioni, soppesate le parole cucite e ricucite da questi... Lorsignori dei Trattati!... Mentre io scivolo negli interstizi della loro asettica prosa... (*sibila, quasi inudibile*) ci avevate promesso una Costituzione!... mi perdo nei più sordidi anfratti della sostanza normativa e lì, lontano da esegetici lampioni, coltivo la mia costituzione, alla faccia di Lorsignori! Tenetevi pure i Trattati, che io ho da prendermi cura di una costituzione, che è di competenza solo mia.
- CC Sii ragionevole, ti prego.
- CG Sempre a chiedere come s'interpreta questa o quella disposizione dei Trattati, se osta o non osta! E io, con tutta la pazienza, rispondo. Se però desiderate che mi esprima sui massimi sistemi... per così dire... non

speriate che mi adegui a un qualche schema preconfezionato... i tuoi scrigni!... Io so sempre quale scegliere, cioè ne scelgo uno mio! A tale riguardo... ehm... cosa ne pensi della *mia* musica, tu che ami il Settecento?

CC Che è difficile da seguire.

CG (*sussurrando*) Ich fühle Luft von anderem Planeten...

CC Schönberg?

CG Non hai forse avvertito, alla lettura, un che di amorfo e fluttuante? Niente gerarchie tonali, niente coordinate fisse o facilmente reperibili... cosa c'è di più amorfo e fluttuante della formula secondo cui gli standard nazionali in materia di diritti fondamentali si possono far valere, ma... solo se non compromettono il primato, l'unità o l'effettività del diritto dell'Unione! E se si è convinti della giustezza di questa sintesi – e io lo sono – viene naturale tenersi alla larga dal Circolo delle Grandi Disposizioni, 4.2, 6.3, 53, ecc., e di preferirgli obliqui riferimenti alla mia stessa giurisprudenza, «per analogia»...

CC Alla rottura con la tonalità va sempre dappresso la nostalgia della tonalità. Di qui, forse, la mestizia delle tue note e la necessità di recuperare una qualche forma di ordine. Mi pare che tu la stia trovando nella serialità. Attenzione, però, con queste frasi che si ripetono ossessivamente rischi di farti pigliare per un bot.

CG Yves? Macché, a lui piace un sacco la tua musica! Avete eseguito un perfetto contrappunto.

CC Non hai capito. Intendo un bot, non Yves, un robot! Quelle “cose” che a differenza di noi non sanno trascrivere parole deformi, psichedeliche.

CG Capisco. (*scimmiottando un automa parlante*) A-tal-riguardo-a-tal-riguardo-a-tal-ri...spetta-al-giudice-nazionale-spett...osta-non-osta-osta-non-osta-osta...

74 Dibattiti

- CC Ecco, appunto, la Carta dei diritti fondamentali osta o non osta alla disapplicazione delle norme sulla prescrizione?
- CG No, direi di no, in linea generale. Te ne sei accorto anche tu. Ho scritto che il giudice nazionale *non è tenuto* a disapplicare, non che *è tenuto a non* disapplicare. Questo precetto può aggiungerlo tu, se ti va. Per me, la disapplicazione non è un problema, in linea di principio... e comunque non amo le... farei meglio a dire che non amo più... le asserzioni perentorie. Né vedo perché dovrei privarmi della possibilità di modulare i miei parametri di giudizio al solo vero scopo impartitomi, che è quello di assicurare «il rispetto del diritto»... le droit, sans phrase... in pratica la giustizia. Soit-il dit entre nous!
- CC Perché insistere tanto sulle tradizioni costituzionali comuni, se in ballo c'era una tradizione costituzionale particolare, quella che io difendo?
- CG Non saprei, forse perché...
- CC Forse? Vuoi dire che non hai contezza delle tue intenzioni?
- CG Precisamente! Chi, d'altra parte, può vantare una perfetta padronanza delle proprie? Tu, forse? Il testo che hai letto scaturisce da me, certo, ma quali sono i miei confini? E quante altre cose, se davvero sono altre da me, contribuiscono a intessere quella partitura? Sono troppe le circostanze che ignoro. Io so solo che le vigenti regole mi imputano questo testo (*agita il plico di carta traforata*)... non posso farci nulla... e so che mi troverò, come te, come tanti altri, a rileggerlo con un senso di estraneità e di stupore. Posta questa essenziale premessa...
- CC Continua, ti prego. Stavi dicendo: «Forse perché...»
- CG Forse, eh sì, forse perché la tutela di tradizioni

costituzionali particolari è essa stessa una tradizione comune. Il pluralismo può, senza paradosso, essere norma comune, mentre non credo lo sia il presunto tendere a livelli sempre più elevati di tutela dei diritti umani, che, per quanto possa proporsi come aperto e inesauribile, resta intimamente anti-pluralista. Esistono concezioni diverse, equilibri difformi, tutto qui: una tradizione comune impone di rispettarli. L'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali, dove stabilisce la relativa intangibilità degli standard di protezione nazionali, rispecchia, forse, proprio una tradizione comune... sì, proprio nel senso... o in un senso non molto diverso da quello che l'articolo 6, paragrafo 3 TUE attribuirebbe al concetto... ma chissà... anche per questo motivo ho preferito, in un caso simile, glissare su entrambe le disposizioni. Per non parlare dell'articolo 4, paragrafo 2 TUE... insomma, ho cercato sonorità inconsuete, sfuggenti... sfuggenti anche per me, sia chiaro.

CC A me pare, invece, che ci siano i presupposti per scandire i principi di una teoria generale, imperniata sul concetto di armonizzazione. Sin dove questa si estende, gli standard nazionali di tutela soccombono allo standard comune, se compromettono «il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione». In una parola: *Melloni*. Se l'armonizzazione, invece, non c'è, i principi nazionali si possono far valere anche a scapito di un'immediata affermazione degli interessi comuni, come nel caso delle frodi fiscali a danno dell'Unione. In una parola: *Taricco II*. Persino uno Stato "reo confesso", come la Repubblica di cui sono organo, potrebbe farsene vindice dinanzi all'Unione, in ragione della fondamentale importanza di tali principi. Lo insegna la storia di questo caso che volge ormai al termine. Aggiungo, se ce n'è

76 Dibattiti

bisogno, che tutto ciò non ha nulla a che fare con i controlimiti, poiché è il diritto dell'Unione stesso a sancire la prevalenza dei principi nazionali, principi che, per definizione, acquistano il loro contenuto in sede nazionale e s'impongono come tali all'Unione. Il concetto di europeizzazione dei controlimiti sarà improprio, ma rende perfettamente l'idea: la norma che garantisce il pluralismo è europea, ma essa non è altro che *forma*, una forma capace di accogliere contenuti definiti dalle massime autorità nazionali, da me, per esempio. Controlimiti, addio!

- CG Di tutto ciò abbiamo già discusso in un recente [passato](#).
- CC Mi sembra di poter dire che sono emersi fatti nuovi... dal *tuo* scrigno di piombo.
- CG Non ne sarei così sicuro. Ci sono alcuni aspetti della tua teoria che, come sai, non condivido. Tanto per cominciare, io, a differenza di te, non sono contro i controlimiti. D'altro canto, mi pare che tu sia un po' troppo... se permetti il gioco di parole... *contro i limiti*, per quanto riguarda la definizione di ciò che io sarei giuridicamente *costretto* ad accettare contro gli interessi dell'Unione. E per questo che, discretamente, avverso l'idea dell'europeizzazione dei controlimiti e quindi mi schiero, anche, ma ancor più discretamente, contro chi è contro i controlimiti...
- CC Scusami se t'interrompo. Io definisco la mia posizione sia contro i controlimiti sia contro i limiti. Dei controlimiti non temo la "teoria"... ci mancherebbe! Temo piuttosto le conseguenze di una loro possibile attuazione. Quanto ai limiti, non vedo come tu possa arrogarti il compito di definirli.
- CG Lungi da me l'intenzione di farlo! La cosa che desidero meno al mondo è vedermi costretto a impadronirmi di "controlimiti europeizzati" in risposta alle vostre pretese

di gestirli dentro il *mio* spazio giuridico. A tale riguardo, ti svelo, con vincolo di riservatezza, che all'eccellente Yves Bot ho affidato l'incarico di compiere esperimenti dimostrativi delle possibili conseguenze della cosiddetta europeizzazione dei controlimiti. Le sue conclusioni sono concepite per fungere da deterrente, chiaro? Quanto a me... a me preme soltanto che tu, e quelli come te, non vi metti in testa di comportarvi, con le disposizioni del trattato che solleticano i vostri particolarismi, come gli Stati Uniti facevano con la «Riserva Connally»... insomma che non vi passi per la mente di servirvi di qualcosa che assomigli, anche solo lontanamente, a una *self-judging clause*!

CC Spiegati meglio.

CG È proprio vero: «il diritto è un labirinto di strade: vieni da una parte e ti sai orientare; giungi allo stesso punto da un'altra parte, e non ti raccapizzi più».

CC Non metterti a filosofeggiare, mi serve solo qualche ragguaglio.

CG È una vecchia storia. Nel 1946, quando noi non eravamo ancora al mondo, gli Stati Uniti accettarono la giurisdizione della Corte internazionale di giustizia con una [riserva](#) tuttora celebre. Prende il nome da Tom Connally, il senatore texano che ne caldeggiò l'uso a tutela, lui credeva, dell'interesse nazionale. La riserva escludeva la competenza della Corte per qualsiasi controversia concernente... vado a memoria... «matters which are essentially within the domestic jurisdiction of the United States of America, as determined by the United States of America», cosicché gli Stati Uniti potevano farci ricadere quel che gli pareva, nella riserva, strappando al giudice lo scettro della Kompetenz-Kompetenz, almeno in teoria. Non era un'idea originale, quella del senatore Connally. Con le *self-judging clauses*

un gigante come Hersch Lauterpacht si accapigliava già negli anni Trenta. Lui le chiamava «automatiche», anche, ed era convinto che fossero invalide, perché in contraddizione con il concetto stesso di *vinculum juris*. Le *self-judging clauses* non sono scomparse, al contrario: una delle più note si può leggere nell'articolo XXI del GATT. L'ordinamento internazionale, però, bene o male, ha appreso ad addomesticarle... forse sarebbe meglio dire che è venuto a patti con loro, da un lato accordando agli Stati un largo margine di apprezzamento, dall'altro riservando al giudice internazionale un potere di controllo, non molto incisivo, forse, ma nemmeno puramente notarile. Qualche anno fa, la stessa Corte internazionale di giustizia [ha stabilito](#) che il principio di buona fede, che deve sempre informare l'interpretazione degli obblighi internazionali, esige, tra l'altro, che sussista un nesso obiettivo... può esser tenue, sì, ma deve essere riscontrabile sul piano *oggettivo*... un nesso, dicevo, tra i fatti in causa e la nozione che sostanzia la clausola, che si tratti di «domestic jurisdiction», come nel caso della Riserva Connally, o di sicurezza nazionale, di identità nazionale o di standard nazionali di tutela dei diritti umani... e poco importa quanto vago e astratto è il concetto in questione, il punto cruciale è un altro. È l'esigenza, direi esistenziale, di riconoscere al giudice internazionale – a un giudice come me! – il potere di giudicare, o una piccola fetta di quel potere. Io non pretendo niente di più, quando mi accosto... se proprio non posso evitare di farlo!... a quelle clausole dei Trattati che, sebbene non siano letteralmente *self-judging*, si prestano a usi analoghi. La verità è che sono incapace di opporre, a te e a quelli come te, alla vostra esuberanza, nient'altro che un silenzioso appello alla buona fede.

- CC Silenzioso?
- CG Silenzioso, sì. Credi forse che io possa permettermi di esplicitare un simile argomento? Mi si accosterebbe a una giurisdizione internazionale ancora in lotta con i demoni del periodo interbellico... e, in effetti, io mi sento un po' così, ma non per questo voglio contribuire alla diminuzione della mia autorità. Mi riduco quindi a giocare di sponda, a confondere un po' le carte... sappi però che tutto il mio agire gravita attorno al principio di buona fede, o meglio all'esigenza di conservare il mio potere di giudicare della *vostra* buona fede!
- CC In buona fede, suppongo!
- CG Contaci.
- CC Questo parametro della buona fede, più che segreto, mi sembra evanescente. Come può costituire, per me, un limite, voglio dire, quel limite che sono tenuto a saggiare prima di ricorrere all'*extrema ratio* dei controlimiti?
- CG Un limite c'è.
- CC Indicamelo.
- CG Non posso, non sono in grado di mostrartelo. Posso solo accompagnarti incontro al limite.
- CC Preferirei non seguirti per sentieri che rischiano di non portare da nessuna parte.
- CG E se io ti dimostrassi che il limite esiste?
- CC Sarei con te.
- CG Allora si va. Si va in Bulgaria.
- CC Bulgaria?
- CG Ricordi quando, nel 1957, un aereo della compagnia El Al precipitò mentre si trovava nello spazio aereo bulgaro? Suppongo di no... eravamo appena nati. Gli Stati Uniti [citarono](#) la Repubblica Popolare di Bulgaria dinanzi alla Corte internazionale di giustizia, imputandole l'abbattimento del jet, a bordo del quale

viaggiavano alcuni cittadini americani. La Riserva Connally era ancora in vigore e i bulgari, con successo, la ritorsero contro l'autore. Chi introduce una riserva, infatti, deve aspettarsi che l'avversario se ne avvalga a titolo di reciprocità: può farlo! La Corte non ebbe modo di pronunciarsi, perché gli americani, di fronte all'obiezione bulgara, preferirono battere in ritirata, sperimentando così il *côté* autolesionistico delle *self-judging clauses*. Fu un trauma. [Arthur Larson](#), a un incontro dell'American Bar Association, nel chiedere con forza l'abolizione della riserva scomodò Robert Frost: «Before I built a wall I'd ask to know / What I was walling in or walling out». Ecco, se il potere di tracciare il limite, che alcuni di voi sentono di possedere, inebria, i versi di Frost possono restituire sobrietà. È un potere che vi appartiene quasi per intero, lo ammetto senza pena, ma cosa accadrebbe se alcuni di voi, o molti, lo usassero senza coscienza del limite?

- CC Capisco. Di me puoi fidarti. Non ti seguo, però, quando sostieni che quel potere ci appartiene *quasi* per intero: il tuo apologo bulgaro nulla dice sui limiti formali cui sarebbe soggetto.
- CG Ho in serbo un secondo apologo bulgaro, per questo. (*con tono allusivo*) È una vicenda che ci riguarda più da vicino.
- CC Mi pare, in effetti, che nel tuo sconcertante ma, ehm, dolcissimo verdetto... a un certo punto... sì, ora ricordo: menziona, sempre per analogia, una tua sentenza relativa a un caso... [Ognyanov](#), forse
- CG Precisamente. A interpellarmi fu il Sofiyski gradski sad. Ma non è quello il caso che mi preme discutere con te. Ce n'è un altro sotto lo stesso nome. È un caso inverosimile... strambo persino, ma istruttivo. No, il dolcissimo verdetto non lo cita. Credimi, sarebbe stato

inopportuno, del tutto fuori luogo!

CC Ci avrei scommesso.

CG Devi sapere che c'è un altro caso [Ognyanov](#), parallelo al precedente...

CC Si sa! *Jura novit curia!*

CG Io direi piuttosto: *jura abscondit curia*.

CC Burlone.

CG Guarda che dico sul serio! Comunque, torniamo al nostro *Ognyanov minor*. Un bel giorno, il Tribunale di Sofia si fa vivo per interrogarmi sulla compatibilità del rinvio pregiudiziale... intendo la procedura in quanto tale!... con il diritto a un giudice imparziale e con la presunzione di innocenza.

CC E tu?

CG Al che, naturalmente, io strabuzzo gli occhi. È come chiedersi se l'articolo 267 TFUE può convivere con gli articoli 47 e 48 della Carta dei diritti fondamentali.

CC In che senso?

CG Nel senso che il giudice nazionale non potrebbe formulare la domanda pregiudiziale senza farsi, prima, un'idea dei fatti in causa, del diritto applicabile...

CC ... e questa idea che si formerebbe anzitempo nella mente del giudice, provvisoria ma fissata nell'ordinanza di rinvio, potrebbe portare a una lesione dei diritti dell'imputato.

CG Proprio così. L'ordinanza potrebbe rispecchiare un pregiudizio.

CC Tutto ciò è assurdo... il rinvio pregiudiziale incompatibile con le garanzie del processo penale!

CG Sì, ma quali? L'aspetto più intrigante della vicenda è proprio questo. Il Tribunale di Sofia ha insinuato che fosse possibile far valere, per i diritti protetti dagli articoli 47 e 48 della Carta, uno standard di tutela nazionale ancor più garantista! Uno standard, tra l'altro,

82 Dibattiti

incorporato in una norma nazionale che, al giudice che si azzarda a interrogarmi, impone di declinare la propria competenza.

CC Che follia! Avresti potuto ribattere che, siccome uno standard comune di protezione dei diritti fondamentali è già incorporato nelle disposizioni pertinenti del regolamento di procedura, oltre che nell'articolo 267 TFUE, è impossibile far valere uno standard di tutela nazionale più elevato. Insomma, avresti potuto risolvere il caso applicando la mia teoria dell'armonizzazione come spartiacque.

CG Sarebbe stata una soluzione artificiosa, poco credibile... e anche troppo esplicita, per i miei gusti. Il regolamento di procedura non è paragonabile alla normativa sul mandato di arresto europeo. Si potrebbe seriamente sostenere che, nel redigere le disposizioni del regolamento... intendo, quelle sul rinvio pregiudiziale... ci assillava, come nel caso del mandato d'arresto, il problema della tutela dei diritti fondamentali?

CC In effetti, no. E tu, allora, come hai replicato?

CG Non lo sai?

CC Lo so, lo so: *jura novit curia!* Voglio però udirlo da te. Mi interessano le tue autoanalisi.

CG Sai, quando si tratta di difendere il rinvio pregiudiziale, il mio rinvio pregiudiziale... chiusi la partita in poche mosse, senza nascondere l'indignazione: «occorre anzitutto rilevare che è *inaccettabile* l'assunto su cui poggia tale questione, secondo il quale la normativa nazionale oggetto del procedimento principale garantirebbe al singolo una maggiore tutela del proprio diritto di adire un giudice imparziale...».

CC Dunque?

CG Se ci pensi bene, ciò equivale a negare agli Stati membri

il potere di *definire* i concetti di imparzialità o di presunzione di innocenza in funzione di tradizioni o scelte nazionali. Significa pure... ed è questo, anzi, il punto cruciale... che uno standard *oggettivo*, quindi sottratto ai potenziali arbitrii del *self-judgment*, sussiste anche *al di fuori* dell'area coperta dall'armonizzazione, per usare i termini della tua teoria, lo faccio a malincuore, ma se è utile per capirci...

CC Continua.

CG Questo standard oggettivo è senza dubbio tenue, impalpabile, non definibile in modo compiuto... ma esiste! Non è casuale che a metterlo in luce sia un evento estremo – le singolari delicatezze garantistiche del Sofiyski gradski sad... – un po' come le straordinarie collisioni prodotte da un acceleratore di particelle rivelano nuove proprietà della materia, che restano tuttavia invisibili, intangibili... io non posso mostrarti il limite; sono però in grado di dimostrarlo, per mezzo di un caso che non poteva suscitare clamore alcuno, tanto appare innocuo, che laggiù, in una regione recondita dello spazio giuridico, esiste, questo limite... e non lo decidi tu.

CC Aspetta un attimo... quando tu, come hai appena fatto, affermi che la mia versione del *nullum crimen* è spendibile nello spazio giuridico europeo, semplicemente ti conformi a ciò che *io* ho detto.

CG Eh no, è vero l'opposto. Se è così, è perché lo dico io.

CC Ma se tu lo dici, è perché lo dico *io*.

CG Condizione necessaria, forse, ma non sufficiente!

CC Questo lo dici tu!

CG Appunto! Lo dico io!

CC Ma io non intendevo...

CG Che ti piaccia o no, l'ultima parola spetta a me, per quanto flebile e discreta, anche nelle aree non ancora

84 Dibattiti

coperte dell'armonizzazione. L'articolo 53 della Carta dei diritti fondamentali, nel salvaguardare le specificità nazionali, si riferisce ai rispettivi *ambiti di applicazione*, del diritto dell'Unione e degli Stati membri, non alla presenza o all'assenza di discipline armonizzate. Io naturalmente non ho urgenza di chiarire fino in fondo il rapporto che sussiste tra questi due concetti, i quali, però, questo è chiaro, non coincidono. La mia ultima parola, su tutto ciò, potrebbe essere stata proprio la «formula *Melloni*»: nell'elusivo spazio che la formula disegna tra autonomia nazionale, unità del diritto dell'Unione, primato ed effettività – no, non riusciresti a situarlo con precisione, questo spazio, e nemmeno io! – io mi riservo di intervenire, in punta di piedi, magari, ma senza limiti prestabiliti. Quanto alla clausola sulle identità nazionali, che dire... (*declama stancamente*) «su ciò, di cui non si può parlare, si deve tacere».

La botola torna a cigolare.

CC (*si irrigidisce, in ascolto*) Ma il filosofo aggiungeva, o meglio, anzitutto affermava: «Quanto può dirsi, si può dir chiaro».

CG Si può, mica si deve!

CC Va bene, ho capito, ma tu *dovresti...* se posso darti un consiglio.

Guardando verso l'interlocutore, si rende conto di scorgerlo con sempre più difficoltà. Intuisce, ma è solo un'intuizione vaga, superfici sconnesse, lamine... una strana macchina? Nello stesso tempo avverte una brezza umida o un respiro.

CG Dovrei esser più chiaro? No, non credo. Come ogni corte costituzionale che si rispetti io coltivo l'ambiguità,

calcolo i silenzi, presidio misteri, piccoli e grandi, che affondano le loro radici nel plesso più oscuro...

CC Questo me l'hai già detto la scorsa volta.

CG In altre parole, io agisco... in nome della pace, o comunque della tenuta del sistema... quale Primo Custode delle «Constitutional Abeyances». Questo concetto, sublime, è spiegato in un aureo volumetto, *The Silence of Constitutions*. Ricorda: *jura abscondit curia!*

CC Ma tu non sei una corte costituzionale!

CG (*scherzando*) Come osi!

CC Ti saluto.

Scatta in piedi. Guadagna lesto l'uscita.

CG Dove vai, non ho finito... ascoltami ancora un istante, ti prego.

Crede di essere rimasto solo. L'ospite indugia sulla soglia, in ascolto, senza farsi notare.

Volevo dirti che così come rinunzio ai Trattati di Lorisgnori, per tenermi stretta la mia Costituzione, allo stesso modo mi sbarazzo, con profondo senso di liberazione, dell'impegnativa qualifica che mi conferite... corte costituzionale!... certo, solo a titolo onorifico... oppure mi negate... o revocate, secondo l'occasione... ma che me ne importa!... E se io fossi qualcosa *di più* di una corte costituzionale, qualcosa di più alto, distante e indecifrabile... Ich fühle Luft von anderem Planeten! Ma io, in fondo, che ne so.

Sipario.

Nota al testo – Presumo che questo scritto si collochi ai confini, se

non oltre i limiti, del (novissimo!) genere «prodotto della ricerca», anche se, per la verità, una piccola ricerca, dietro, c'è. Ho avuto la fortuna di svolgerne gran parte come ospite del Dipartimento di Giurisprudenza dell'Università di Torino. Oltre che dalle idee circolate durante un seminario torinese organizzato da Francesco Costamagna e Andrea Spagnolo, e dagli scambi di opinioni con gli amici e colleghi del Dipartimento, ho tratto spunto, in particolare, da A. Bernardi, *I controlimiti. Primato delle norme europee e difesa dei principi costituzionali*, Jovene, Napoli, 2017; A. Bernardi, C. Cupelli (a cura di) *Il caso Taricco e il dialogo tra le Corti. L'ordinanza 24/2017 della Corte costituzionale*, Jovene, Napoli, 2017; R. Caponi, *La tutela dell'identità nazionale degli Stati membri dell'UE nel dialogo delle corti: addio ai «controlimiti»?», in Diritto dell'Unione europea*, 2011, p. 915 ss.; B. Guastaferrò, *Legalità sovranazionale e legalità costituzionale. Tensioni costitutive e giunture ordinamentali*, Giappichelli, Torino, 2013; N. Krisch, *Who is Afraid of Radical Pluralism? Legal Order and Political Stability in the Postnational Space*, in *Ratio Juris*, 2011, p. 386 ss.; Y. Shany, *Towards a General Margin of Appreciation Doctrine in International Law*, in *European Journal of International Law*, 2005, p. 907 ss.; M. Starita, *L'identità costituzionale degli Stati membri dell'Unione europea nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto e questioni pubbliche*, 2015, p. 249 ss. Sulle *self-judging clauses*: S. Schill, R. Brieze, *"If the State Considers": Self-Judging Clauses in International Dispute Settlement*, in *Max Planck Yearbook of United Nations Law*, 2009, p. 61 ss. Per un Lauterpacht "anni Trenta": H. Lauterpacht, *The Pact of Paris and the Budapest Articles of Interpretation*, in *Transactions of the Grotius Society*, 1934, p. 178 ss. Sempre su Lauterpacht, si può vedere M. Koskenniemi, *Il mite civilizzatore delle nazioni. Ascesa e caduta del diritto internazionale 1870-1960*, Laterza, Roma-Bari 2012, pp. 451, 462. Sul gambetto bulgaro: L. Gross, *Bulgaria Invokes the Connally Amendment*, in *American Journal of International Law*, 1962, p. 357 ss. *Coup de cœur*: M. Foley, *The Silence of Constitutions. Gaps, 'Abeyances' and Political*

Temperament in the Maintenance of Government [1989], Routledge, London, 2013. Poco dopo aver letto la sentenza del 5 dicembre 2017 ho cominciato a pensare che la Corte UE e la Consulta, nel comporre le loro partiture, seguissero principi incommensurabili e che ciò potesse fornirmi una chiave d'accesso utile (benché in apparenza meno razionale) al significato dei rispettivi testi. Non riesco a togliermelo dalla mente. Ci ho provato: niente. Una conversazione con Alberto Oddenino mi ha condotto, dapprima, a Hindemith. Irritato dalle [Norton Lectures](#) di Leonard Bernstein, ho infine compiuto una scelta più convenzionale, anche se saldamente nel campo della musica "degenerata": era, forse, l'unico modo per farmi piacere la sentenza della Corte UE, per accostarmi con empatia a un testo a prima vista così arido, sino a sentirlo (chi l'avrebbe mai detto) come «[aria da altri pianeti](#)». Il *Melloni* con accento svedese proviene da una segnalazione di Alberto Miglio. Sul margine di apprezzamento, la pulce nell'orecchio me l'ha messa Luca Pasquet. La Corte costituzionale, nella già celebre sentenza n. 269/2017, al punto 5.2, afferma quanto segue: «Sicché può darsi il caso che la violazione di un diritto della persona infranga, ad un tempo, sia le garanzie presidiate dalla Costituzione italiana, sia quelle codificate dalla Carta dei diritti dell'Unione, come è accaduto da ultimo in riferimento al principio di legalità dei reati e delle pene (Corte di giustizia dell'Unione europea, grande sezione, sentenza 5 dicembre 2017, nella causa C-42/17, M.A.S, M.B.)». Questo è il brano cui si allude nella parte sullo scambio di tweets. La Corte costituzionale entra in scena nei panni di Porzia per colpa mia, certo, ma anche di [Carlo Sotis](#). Per Wittgenstein, non il diritto ma il linguaggio è «un labirinto di strade». Infine, non mi risulta che la Consulta possieda un account Twitter.

29 gennaio 2018

Immigrazione e asilo

GRAZIELLA ROMEO «Don't Ask Why»:
l'immigrazione dell'era
(caotica) di Trump

GIULIA RAIMONDO Visti umanitari: il caso *X e X contro Belgio*

PASQUALE DE SENA, La "minaccia" italiana di
FRANCESCA DE VITTOR "bloccare" gli sbarchi di
migranti e il diritto
internazionale

GABRIELLA CARELLA Il sonno della ragione
genera politiche migratorie

DANIELA VITIELLO Il diritto di cercare asilo ai
tempi dell'*Aquarius*

MARCELLO DI FILIPPO Unione europea e flussi
migratori, o del tramonto
dello spirito comunitario:
considerazioni a margine
del Consiglio europeo del
28-29 giugno 2018

Il Tribunal Supremo
condanna il Governo
spagnolo per
GRACY PELACANI l'inadempimento dei suoi
obblighi di ricollocazione,
ma è bene non farsi
illusioni

Di intese segrete e alibi
parlamentari: tra la
decisione del TAR
ANDREA SPAGNOLO sull'accordo col Niger e il
Global Compact sulle
migrazioni

«Don't ask why»: l'immigrazione nell'era (caotica) di Trump

GRAZIELLA ROMEO(*)

Quando il Presidente Trump ha emanato l'[Executive Order](#) n. 13769 sulla limitazione dei flussi migratori qualche commentatore ha immaginato si trattasse di una scelta poco meditata, da inquadarsi nel caos politico dei primi giorni della nuova presidenza (v. [Wallace-Well](#)). Invece, l'*Order* che impedisce l'ingresso ai cittadini di sette paesi islamici per 90 giorni e blocca l'accoglienza dei rifugiati siriani a tempo indeterminato (mentre di 120 giorni è limite per i rifugiati in genere) esprime chiaramente la linea di fondo della politica immigratoria di Trump. Quest'ultima è peraltro confermata dall'emanazione, il 6 marzo scorso, di un nuovo [Executive Order](#) che prolunga la durata del primo *immigration ban* ed espunge l'Iraq dalla lista dei paesi i cui cittadini sono indesiderati, in ragione dell'[asserito](#) recente impegno iracheno nel contrastare l'immigrazione clandestina in uscita.

Alla luce dei due *orders* si sarebbe tentati di sintetizzare la politica immigratoria di Trump nella scelta di operare una

(*) Università Bocconi, Milano.

selezione all'ingresso non solo del tipo di immigrazione (economica, non dettata dalla disperazione per le condizioni socio-politiche del paese di provenienza), ma anche, e assai meno ragionevolmente, della nazionalità o dell'area geografica di origine, soprattutto in ragione dell'ossessione per la sicurezza nazionale. A ben vedere, questa conclusione è semplicistica nel senso che la decisione presidenziale appare irragionevole perché non inquadrabile in un'autentica strategia di gestione dell'immigrazione.

Le motivazioni del Presidente neoeletto, in particolare la [retorica securitaria](#) e la paura del terrorismo jihadista, sono piuttosto deboli se messe alla prova di almeno due argomenti. In primo luogo, nella lista dei sei paesi (Iran, Libya, Somalia, Sudan, Syria and Yemen) non rientra l'Arabia Saudita, che pure è lo Stato di provenienza della metà dei terroristi dell'11 settembre; di contro, l'elenco comprende luoghi dai quali non sono mai provenuti individui che abbiano commesso attentati sul territorio americano. In secondo luogo, gli ultimi episodi di terrorismo paiono suggerire che concentrarsi prioritariamente sulla derivazione esterna della minaccia terroristica è solo parzialmente utile, posta la frequenza con cui sono stati rilevati azioni terroristiche ovvero atti preparatori di attentati jihadisti da parte di individui che possedevano la [cittadinanza americana](#), formalmente integrati nella comunità politica. È ormai chiaro, insomma, che il fenomeno terroristico è assai più complesso di come lo immaginava Bush durante il suo primo mandato ([Hastings Dunn](#), p. 15 ss.) e richiede una strategia che agisca su più fronti, non surrogabile da una politica immigratoria selettivamente restrittiva.

Se la retorica nazionalista e securitaria, per un verso, non trova appiglio nei dati di realtà, per l'altro è tradotta in una scelta politica che riflette un modo di interpretare la minaccia

92 Dibattiti

terroristica ampiamente smentito dalle indagini più accorte.

I due *orders* tradiscono insomma la vera natura della decisione della nuova Presidenza, che mira essenzialmente alla riduzione progressiva dei flussi migratori in termini assoluti, specialmente di quelli più onerosi dal punto di vista dell'accoglienza e cioè dei rifugiati. Non vi è infatti prova di una connessione diretta tra il blocco dell'immigrazione e la riduzione della minaccia alla sicurezza nazionale.

Il divieto colpisce anche coloro che, possedendo le caratteristiche descritte nell'*Executive Order* n. 13769, si trovino negli Stati Uniti con un visto temporaneo per ragioni di studio o di lavoro (secondo l'[Institute of International Education](#), 17354 studenti provenienti dai sette paesi musulmani citati sono attualmente iscritti nelle Università americane: v. [Singhvi, Parlapiano](#)). A queste persone sarebbe impedito con effetto immediato l'ingresso negli Stati Uniti e, dunque, di rientrarvi qualora lasciassero il territorio americano durante la vigenza del provvedimento presidenziale.

L'applicazione del primo *Executive Order* è stata sospesa, su tutto il territorio nazionale, da una serie di pronunce di corti federali (da Seattle a New York), intervenute in alcuni casi su impulso di Stati riluttanti ad applicare il provvedimento presidenziale (così per Washington e per Minnesota) ovvero di privati. Le decisioni hanno fatto salva la condizione di chi fosse già in possesso di un visto temporaneo e di coloro che si trovassero in transito negli Stati Uniti al momento dell'entrata in vigore del provvedimento. In questo modo, i giudici hanno posto fine alla detenzione di decine di immigrati negli aeroporti di New York e Los Angeles (v. [Robbins, Dickerson](#)).

Si tratta, in tutti i casi, di provvedimenti cautelari

succintamente motivati e, in dettaglio, di *temporary restraining orders*, ovvero di ordinanze con cui le corti preservano lo status quo in attesa di decidere su un eventuale *preliminary injunction*. In quasi tutti i casi, i giudici federali si sono limitati a dichiarare l'esistenza del *fumus boni iuris*.

La [District Court](#) di New York, invece, è ricorsa anche alle clausole del *Due Process* e dell'*Equal Protection* per sostenere la plausibilità, nel merito, del *claim* avanzato dalla parte attrice.

Judge Robart, della District Court di Seattle, ha però arricchito la motivazione, giustificando la [decisione](#) con un richiamo al principio di separazione dei poteri e al rispetto della Costituzione. Il giudice federale ha precisato che non spetta al potere giudiziario dettare policy, né tantomeno giudicarne la bontà o l'opportunità. Tuttavia, il principio di costituzionalità dell'ordinamento consente al giudice di bloccare quelle iniziative degli altri due poteri che si pongano in contrasto con la Costituzione, quand'anche tale decisione produca un *considerable impact* sul governo federale.

Il neo eletto Trump ha criticato l'intervento degli organi giudiziari, definendo in particolare il giudice Robart, il primo a sospendere l'applicazione del provvedimento in via cautelare, «a so-called judge», autore di una «ridiculous opinion». L'esternazione ha suscitato un'ondata di critiche; la più interessante è contenuta nell'editoriale con cui Eric Posner esorta il Neil Gorsuch – designato successore di Scalia alla Corte Suprema in procinto di sottoporsi all'esame del Senato, a esprimere pubblicamente la sua distanza dalle affermazioni presidenziali – lesive dell'autonomia e del prestigio della magistratura ([Posner](#)). [Gorsuch](#) ha raccolto l'invito e condannato le dichiarazioni di Trump, nel tentativo di marcare una certa autonomia ideologica e, al contempo, evidenziando la

natura intemperante del neoeletto presidente.

Qualche giorno prima gli imprenditori della [Silicon Valley](#) e i [Deans](#) delle Università americane avevano espresso disappunto, in qualche caso sconcerto, per un provvedimento che mortifica l'investimento nel talento e nella ricerca, a prescindere dalla nazionalità di provenienza, di lavoratori e studenti musulmani giornalmente impegnati nelle aziende dell'high tech o in prestigiosi centri universitari e di ricerca americani.

Lo sconcerto non è però soltanto di Posner, della Silicon Valley, delle Università. Questo dissenso è prevedibile e fisiologico, una modesta cartina di tornasole della realtà americana. Ciò che contribuisce a rendere la decisione presidenziale una scelta eccentrica, episodica e incoerente è la reazione di una porzione consistente della sua stessa base elettorale. Preoccupazione e disorientamento sono stati espressi anche dagli amministratori cittadini della cosiddetta *Rust Belt*, ovvero di quella fascia del Midwest che ha ampiamente contribuito al successo di Trump (v. [Connors](#)). L'immigrazione è percepita come una risorsa per l'economia del Paese e nello specifico di quella porzione del territorio americano.

I provvedimenti presidenziali, in altri termini, non possono essere inquadrati nell'ambito di una strategia politica che mira a favorire un certo tipo di immigrazione o, per meglio dire, a selezionare all'ingresso sulla base delle necessità dell'economia americana (secondo un approccio comune in alcuni Paesi dell'Europa, tra cui la Francia e la Germania, negli anni sessanta e settanta: v. Zincone, *Da sudditi a cittadini: le vie dello Stato e le vie della società civile*, Bologna, il Mulino, 1992, p. 237). Non si tratta neppure di scelte che si inseriscono in un disegno razionale di controllo dei flussi di profughi e rifugiati,

posto che il blocco temporaneo rischia solo di rendere il problema più pressante tra qualche mese e la cooperazione con il Canada, sul riparto dell'onere di accoglienza, più complessa.

I due *orders* esprimono assai più banalmente la chiusura di una comunità politica secondo una logica di amico/nemico antistorica e non solo anacronistica. In un'epoca in cui l'immigrazione rappresenta l'acme di una serie di tensioni globali, legate alla dialettica tra il nord e il sud del mondo ma anche al complessivo atteggiarsi di equilibri geopolitici in fase di rapido e imprevedibile mutamento, la decisione di innalzare muri sul confine messicano, chiudere temporaneamente l'ingresso da una selezione di paesi e fermare l'arrivo dei rifugiati, ignora che la gestione dei flussi migratori è razionale solo se frutto di programmazione strategica.

Tale attitudine progettuale, poi, può declinarsi nella direzione della costruzione di percorsi di accoglienza, nella prospettiva dell'integrazione politica piena e cioè dell'acquisto della cittadinanza. Anzi, le spinte nazionalistiche di una certa parte dell'ala conservatrice potrebbero essere più utilmente indirizzate verso la ridefinizione dell'istituto della cittadinanza, come è avvenuto sul finire del mandato presidenziale di Bush. Infatti, nel 2007 il Congresso discusse addirittura la riforma dello *ius soli*, che negli Stati Uniti ha la dignità del principio costituzionale, contenuto nel XIV Emendamento. Per la verità Lincoln volle la *birthright citizenship* a suggellare l'eguaglianza di tutti coloro che erano nati sul territorio americano, nell'ottica di privare di base giuridica la discriminazione razziale. L'attualità di quel principi può oggi essere ridiscussa a parere di coloro che vi intravedono un incentivo all'immigrazione clandestina, posto che la nascita di un figlio sul territorio americano determina l'acquisto immediato della cittadinanza per quest'ultimo e un titolo di permanenza per la

madre (v. [Diaz Greene](#), p. 159 ss.). Ma anche a prescindere da un mutamento così radicale, una possibilità perseguibile da un Presidente conservatore è quella di ridisegnare i modi di acquisto della cittadinanza per incontrare le esigenze dei tempi e nell'ottica di lungo periodo di istituire percorsi di integrazione, magari meno immediati e fondati sul progressivo radicamento del non-cittadino nella comunità politica di accoglienza.

In alternativa, una strategia di gestione dell'immigrazione di massa può sfociare nell'amministrazione dei flussi in entrata con una politica sul diritto all'asilo o al rifugio improntata alla valutazione individuale delle circostanze che legittimano la permanenza sul territorio dello Stato. Invero, una politica di questo genere è stata abbandonata dagli Stati Uniti già a partire dalla seconda metà degli anni novanta e cioè da quando le preoccupazioni legate alla sicurezza nazionale hanno determinato l'adozione di leggi draconiane che smentivano le promesse dal [Refugee Act](#) del 1980 (v. [Churgin](#), p. 261 ss.). La cooperazione con il Canada, rafforzata a partire dagli attentati dell'11 settembre, dovrebbe però essere un aiuto sufficientemente consistente nel riparto dell'esame delle domande di rifugio e protezione internazionale e, conseguentemente, dell'onere di accoglienza.

Tutto ciò sembra, nell'impostazione della strategia di Trump e della sua amministrazione, secondario rispetto all'esigenza di difendere i confini del territorio nazionale. Quella del Presidente neoeletto però non è soltanto un'opzione politica che riflette una lettura della realtà incoerente rispetto al tempo in cui si colloca; si tratta di una decisione che offre una soluzione non rispondente alle esigenze dei tempi e fatalmente destinata ad essere [inefficace](#) e inconcludente.

8 marzo 2017

Visti umanitari: il *caso X e X contro Belgio*, C 638/16 PPU

GIULIA RAIMONDO(*)

1. Introduzione

Il 7 marzo 2017, nel caso *X e X contro Belgio*, C-638/16 PPU, la Grande Sezione della Corte di giustizia si è [pronunciata](#) riguardo al rilascio di visti umanitari da parte degli Stati membri dell'Unione europea. Il caso aveva sollevato gli animi di quanti da tempo auspicano l'apertura di vie legali che permettano a coloro che sono in fuga da conflitti o persecuzioni di giungere in Europa in maniera sicura ed ordinata. Tale attesa era stata alimentata dalle [conclusioni](#) dell'Avvocato generale Mengozzi, il quale sosteneva la sussistenza in capo agli Stati membri di un obbligo di rilascio di visti per ragioni umanitarie qualora vi fossero fondati motivi per ritenere che un rifiuto mettesse in pericolo la vita e la sicurezza dei richiedenti. Tuttavia, le (più o meno) fiduciose aspettative di molti sono state disattese dalla Grande Sezione, che ha adottato un approccio conservatore, rimettendo la questione agli Stati membri.

(*) Graduate Institute of International and Development Studies.

In quanto segue, propongo alcune riflessioni a margine di questa pronuncia tanto attesa per il suo potenziale impatto, quanto, purtroppo, deludente nel suo esito effettivo.

Prima di offrire una breve ricostruzione del caso in esame, mi si permetta di contestualizzare la questione controversa, seppur succintamente, con l'ausilio di alcuni dati.

Nei primi tre mesi del 2017, i morti di speranza nel Mediterraneo sono [537](#), nel 2016 ne sono stati [registrati](#) pressoché dieci volte tanti. Questi dati dovrebbero far riflettere, o perlomeno disturbare. Per dare l'idea della rilevanza del fenomeno in argomento, immaginiamo che nell'arco di 15 mesi i cieli europei vedano precipitare in media tre airbus al mese. Ne saremmo sconvolti e lo sconvolgimento non lascerebbe facilmente posto all'abitudine. Guasti tecnici? Errori umani? Sistemati attacchi terroristici? In ogni caso, sarebbe stato fatto tutto il possibile per evitare quelle tragedie.

A differenza di ipotetici disastri aerei, le morti nel Mediterraneo non sono congetture, né ci si può limitare a pensare che siano causate da errori umani o guasti tecnici. Queste morti sono il risultato di scelte politiche ben precise, caratterizzate da strategie di deterrenza, chiusura ed indifferenza (per un'analisi di come le morti nel Mediterraneo siano legate a doppio nodo con tali politiche si veda, per esempio, [qui](#)).

A questo proposito, Francois Crépeau, il relatore speciale dell'ONU sui diritti dei migranti, ha ripetutamente affermato (v., *ex multis*, [qui](#) e [qui](#)) che la riduzione del numero di morti, insieme al contenimento del fenomeno dell'immigrazione irregolare, può trovare soluzione unicamente nella sostituzione del mercato dei trafficanti con un'offerta di mobilità legale, sicura ed economicamente accessibile. Ciò potrebbe

100 Dibattiti

concretizzarsi in una politica dei visti più aperta e lungimirante, con l'obiettivo di assicurare non solo la vita e l'incolumità dei migranti, ma anche la sicurezza degli Stati d'accoglienza, i quali sarebbero posti in questo modo nelle condizioni di controllare efficacemente le proprie frontiere attraverso efficienti procedure di rilascio dei visti.

L'apertura di canali legali che permettano ai migranti di raggiungere regolarmente l'Europa, senza doversi affidare alla sorte su sventurate imbarcazioni, o a trafficanti senza scrupoli, non è una novità nella retorica dell'Unione europea in materia di migrazione. Già nel 2002, uno [studio](#) per la Commissione aveva avanzato la proposta di attuare procedure di ingresso protetto, da realizzare fuori dal territorio dell'Unione, in modo da garantire una gestione ordinata degli arrivi di persone richiedenti protezione internazionale.

La discussione sulle procedure di ingresso protetto in generale, e sui visti per motivi umanitari in particolare, è rimasta un rumore di fondo che ha accompagnato l'evoluzione della legislazione dell'Unione europea in materia di immigrazione, emergendo con note più o meno forti in vari documenti programmatici, come il [Programma di Stoccolma](#). Sembra tuttavia che lo sviluppo di un approccio comune in materia di visti per motivi umanitari sia un obiettivo sempre più vago e sempre più complementare ad altre [opzioni](#), quali il [reinsediamento](#).

Ormai da tempo, l'Unione europea ed i suoi Stati membri anziché formulare efficaci ipotesi di governo del fenomeno migratorio, cnicamente sembrano illudersi di poterlo arrestare.

2. Il quadro normativo attuale

L'articolo 77, par. 2, lett. a), del TFUE prevede la

possibilità per il Parlamento europeo e il Consiglio di adottare misure riguardanti la politica comune dei visti e di altri titoli di soggiorno di breve durata. Su questa base giuridica è stato adottato il [Regolamento n. 810/2009](#), che ha stabilito il Codice Comunitario dei Visti (CCV). Questo Codice fissa le procedure e le condizioni per il rilascio del visto per soggiorni di breve durata, pari ad un massimo di 90 giorni su un periodo di 180, nel territorio dei Paesi dell'Unione europea e negli Stati associati al Sistema Schengen.

Le tipologie di visto per soggiorni di breve durata previste dal CCV sono essenzialmente due:

- visti uniformi, validi sul territorio di tutti gli Stati membri e rilasciati per motivi di transito o per soggiorno (articolo 24);
- visti con validità territoriale limitata, validi soltanto per lo Stato la cui Rappresentanza abbia rilasciato il visto (o, in casi particolari, anche per altri Stati specificamente indicati), senza alcuna possibilità di accesso, neppure per il solo transito, al territorio di altri Stati (articolo 25).

Entrambe le categorie di visti riguardano soggiorni di durata non superiore a tre mesi nel territorio dello Stato la cui Rappresentanza ha rilasciato il visto medesimo. Tuttavia, mentre i visti uniformi sono rilasciati per transito o soggiorni di vario tipo, i visti con validità territoriale limitata vengono eccezionalmente accordati, in deroga alle generali condizioni di ingresso nello spazio Schengen, qualora lo Stato membro lo ritenga necessario in virtù di motivi umanitari, di interesse nazionale o in forza di obblighi internazionali. I visti con validità territoriale limitata rappresentano dunque l'eccezione alla regola dei visti uniformi.

102 Dibattiti

Per quanto concerne i soggiorni di lunga durata, essi sono, invece, disciplinati dal diritto nazionale. Infatti, benché l'articolo 79, par. 2, lett. a), del TFUE consenta al legislatore europeo di adottare misure relative al rilascio di visti e titoli di soggiorno di lunga durata, l'Unione non ha ancora adottato una legislazione organica in materia. Tali misure restano pertanto di competenza degli Stati.

In proposito, il legislatore europeo si è per il momento limitato ad elaborare direttive che disciplinano in modo uniforme le condizioni di ingresso e soggiorno di determinate categorie di soggetti (come la [Direttiva Carta Blu](#), per lavoratori altamente qualificati) ovvero per situazioni specifiche (come il [ricongiungimento familiare](#)).

Nel 2014 la Commissione ha avviato un processo di [riforma](#) della disciplina del Codice dei Visti (per un commento v. [qui](#)). Le [discussioni](#) continuano, ma la mancanza di chiarimenti sul regime applicabile ai visti per motivi umanitari resta un punto critico e criticabile.

Frattanto, l'urgente bisogno di vie legali e sicure per fare ingresso in Europa è esplicitato dai numeri delle morti nel Mediterraneo. Tale bisogno è stato messo in rilievo dalle [conclusioni](#) dell'Avvocato generale Mengozzi, il quale, nel caso *X e X contro Belgio*, ha concluso che gli Stati UE sono tenuti a rilasciare visti per motivi umanitari in forza dell'obbligo positivo di proteggere gli individui da torture e da pene o trattamenti inumani o degradanti sancito dall'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (per un commento alle conclusioni v. [qui](#) e [qui](#)).

Nei paragrafi seguenti, darò conto della vicenda all'origine del procedimento pregiudiziale e del suo (sconfortante)

epilogo; cercherò infine di individuare i punti critici della sentenza della Corte di giustizia.

3. La vicenda X e X dinnanzi alla Corte di giustizia

I ricorrenti, una coppia sposata e i loro tre figli in tenera età, siriani, appartenenti alla comunità cristiano-ortodossa, vivono ad Aleppo. Il 12 ottobre 2016, avevano presentato, sulla base dell'articolo 25, par. 1, lett. a), del CCV, domande di visti con validità territoriale limitata presso il Consolato del Belgio a Beirut, per fare ritorno in Siria il giorno seguente. La domanda era finalizzata a consentire alla famiglia di lasciare la città assediata di Aleppo e di presentare una richiesta d'asilo in Belgio. La [situazione](#) della sicurezza in Siria in generale ed a Aleppo in particolare, nonché l'appartenenza della famiglia alla minoranza cristiana ortodossa, li esponevano al rischio di essere oggetto di specifici [atti di persecuzione](#) per motivi religiosi. Uno dei ricorrenti ha dichiarato, in particolare, di essere stato sequestrato da un gruppo terrorista, e successivamente percosso e torturato, per poi essere liberato dietro pagamento di un riscatto. Inoltre, alla famiglia non era possibile presentare domanda di protezione nei Paesi limitrofi: Libano, Turchia e Giordania.

In primo luogo, Libano e Giordania non sono [parti contraenti](#) della Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati. La Turchia lo è, ma applica la Convenzione mantenendo la [limitazione geografica](#) che concerne eventi accaduti in Europa. I rifugiati siriani sono pertanto esclusi dalla protezione della Convenzione. In secondo luogo, benché il Libano abbia permesso all'UNHCR di registrare più di un milione di rifugiati siriani, a partire dal maggio 2015 il Paese dei cedri, sotto un peso non più individualmente sostenibile, [ha sospeso](#) la registrazione. La Giordania, anch'essa messa a dura

104 Dibattiti

prova dal massiccio afflusso di persone in fuga dal conflitto siriano, ha recentemente [chiuso](#) i valichi di frontiera per motivi di sicurezza, di fatto negando assistenza umanitaria e protezione. Per quanto riguarda la Turchia, anch'essa ha chiuso le proprie frontiere con la Siria ed a seguito dell'[accordo](#) UE-Turchia episodi di *refoulement* ed espulsioni collettive sono sempre più [numerosi](#).

Atteso quanto sopra, nessuno di questi tre Paesi può essere considerato Paese terzo sicuro ai sensi della [Direttiva procedure](#), il cui articolo 38 richiede il rispetto del principio di *non-refoulement*, nonché l'esistenza della possibilità di chiedere il riconoscimento dello *status* di rifugiato e di ottenere protezione in conformità alla Convenzione di Ginevra.

Appare dunque pacifico che la domanda di asilo, qualora presentata dalla famiglia siriana, avrebbe avuto esito positivo. Ciò è supportato, tra l'altro, da [dati statistici](#) in base ai quali il 98% delle richieste d'asilo presentate negli Stati membri nel 2015 da cittadini siriani hanno avuto esito positivo.

Tuttavia pochi giorni più tardi, l'*Office des étrangers* belga ha respinto la domanda dei ricorrenti. Avendo la famiglia dichiarato di voler domandare asilo in Belgio, l'*Office des étrangers* ne derivava la loro intenzione di soggiornare in Belgio per un periodo più lungo rispetto a quello definito dall'articolo 1 del CCV, che ne delimita l'ambito di applicazione. Per tale motivo, il CCV non avrebbe trovato applicazione, tanto quanto le garanzie contenute nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. L'*Office des étrangers*, inoltre, precisava che autorizzare il rilascio di un visto di entrata nel caso di specie sarebbe equivalso a consentire la presentazione di una domanda di asilo presso una sede diplomatica, possibilità esplicitamente esclusa dall'articolo 3, paragrafo 2, della

[Direttiva Procedure.](#)

Tale decisione è stata quindi impugnata dinnanzi al giudice competente in materia di asilo ed immigrazione, il *Conseil du contentieux des étrangers* (CCE), il quale, essendo già oggetto di una viva polemica politico-mediatica per fatti analoghi, verosimilmente a scampo di ulteriori polemiche, ha deciso di rinviare la questione alla Corte Costituzionale belga ed alla Corte di giustizia dell'Unione europea.

Il CCE nutriva dubbi circa l'applicabilità del CCV al caso di specie. Le questioni poste dal giudice belga concernevano, in particolare, l'articolo 25 del CCV, il quale prevede la possibilità di rilasciare visti con validità territoriale limitata qualora ciò sia ritenuto necessario dallo Stato interessato "per motivi umanitari o di interesse nazionale o in virtù di obblighi internazionali". Quali sono gli "obblighi internazionali" ai quali la norma in parola fa riferimento? Nel caso di specie, tali obblighi dovevano essere intesi come le norme rilevanti della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, ossia gli articoli 4 e 18 (divieto di tortura e diritto di asilo), e/o degli obblighi derivanti dalla CEDU e dalla Convenzione di Ginevra del 1951? Era possibile trovare nel diritto dell'Unione, più precisamente nel CCV, un obbligo al rilascio di un visto per motivi umanitari al fine di prevenire gravi violazioni dei diritti umani?

Nelle sue [conclusioni](#) del 7 febbraio, l'Avvocato generale Mengozzi aveva proposto alla Corte di rispondere anzitutto nel senso che la Carta dei diritti fondamentali non fa parte degli obblighi internazionali di cui all'articolo 25. L'Avvocato generale aveva chiarito, infatti, che la Carta è una fonte primaria del diritto dell'Unione ed ai sensi del suo [articolo 51](#) gli Stati membri sono obbligati al rispetto dei diritti

106 Dibattiti

fondamentali in essa consacrati, ogniqualvolta si trovino ad applicare il diritto dell'Unione. In altri termini, i diritti sanciti dalla Carta hanno lo stesso DNA dell'Unione e non possono essere considerati alla stregua di “obblighi esogeni”.

Il rilascio ovvero il rifiuto di un visto con validità territoriale limitata è regolato dal Codice Comunitario dei Visti e riguarda l'autorizzazione ad attraversare le frontiere esterne dell'Unione, circostanza anch'essa regolata dal diritto dell'Unione, più precisamente dal [Codice Frontiere Schengen](#). Alla luce delle conclusioni dell'Avvocato generale, le autorità belghe investite della procedura in parola sarebbero state tenute ad attuare tali norme e, di conseguenza, al rispetto degli obblighi contenuti nella Carta. In ossequio agli articoli 4 e 18 della Carta dei diritti fondamentali, il Belgio sarebbe dunque stato obbligato al rilascio di un visto con validità territoriale limitata, in modo da permettere alla famiglia di Aleppo di presentare una domanda di protezione internazionale.

Nella decisione del 7 marzo, la Corte di giustizia ha disatteso tale orientamento, affermando che la domanda di visto con validità territoriale limitata, presentata per motivi umanitari presso la Rappresentanza dello Stato membro in un Paese terzo, con l'intenzione di presentare una domanda di protezione internazionale e, pertanto, di soggiornare in tale Stato membro per più di 90 giorni su un periodo di 180, non rientra nell'ambito di applicazione del CCV, bensì unicamente nell'ambito di applicazione del diritto nazionale. La decisione sul rilascio a cittadini di Paesi terzi di visti o di titoli di soggiorno di lunga durata, anche per motivi umanitari, resta dunque questione di diritto nazionale.

La decisione della Corte, relativamente succinta, appare ambigua sotto molteplici punti di vista.

Andiamo con ordine.

3.1 Competenza della Corte

La competenza della Corte era contestata dal Governo belga, il quale, ha addotto l'estraneità della questione rispetto al diritto dell'Unione, palesata dal fatto che i ricorrenti, presentando una domanda di protezione internazionale, avrebbero avuto l'intenzione di soggiornare sul territorio per un periodo eccedente i 90 giorni. Il CCV non sarebbe stato applicabile e, pertanto, la Corte non sarebbe stata competente a rispondere alle questioni sollevate. Tuttavia, la Corte ha smentito la posizione del Governo belga. Infatti, secondo consolidata giurisprudenza della medesima Corte, le questioni relative all'interpretazione del diritto dell'Unione sollevate dal giudice nazionale godono di una presunzione di rilevanza tutte le volte in cui non appare in modo manifesto che la richiesta interpretazione del diritto dell'Unione non abbia alcun rapporto con la realtà effettiva o con l'oggetto della causa (v. [Wojciechowski](#)).

Come si vedrà, la soluzione adottata dalla Corte in punto di competenza sembra contraddire la decisione adottata nel merito.

3.2 Applicabilità del Codice Comunitario Visti

Volgendo al merito delle questioni pregiudiziali, la Corte cita l'articolo 62 del Trattato CE, oggi articolo 77 TFUE, che riguarda le misure relative ai visti per i soggiorni di durata non superiore a tre mesi e che costituisce la base legale del CCV. Come discusso, i ricorrenti hanno presentato presso l'ambasciata del Belgio in Libano domande di visti per motivi

108 Dibattiti

umanitari, con la non celata intenzione di chiedere asilo in Belgio e, pertanto, di ottenere il rilascio di un permesso di soggiorno la cui validità non fosse limitata a 90 giorni. L'inapplicabilità del CCV, e più in generale del diritto dell'Unione e della Carta dei diritti fondamentali, viene presentata dalla Corte come una logica inferenza deduttiva.

Il sillogismo operato dalla Corte su questo punto non tiene tuttavia in conto le eccezioni alla regola del soggiorno di breve durata previste dal Codice stesso. Infatti, proprio l'articolo 25 del CVV, al suo par. 1, lett. b), prevede la possibilità di prolungare il periodo di soggiorno oltre detto termine, per motivi ritenuti giustificati dal Consolato.

In ossequio al CCV, la Corte ben avrebbe potuto pronunciarsi nel senso che la nozione di visto non vada intesa in maniera restrittiva, ossia limitatamente a visti di 90 giorni su un totale di 180. Il ragionamento sarebbe stato non solo logicamente più persuasivo, ma anche maggiormente aderente ai principi fondamentali (universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà, osservanza e sviluppo del diritto internazionale) ai quali i Trattati dell'Unione europea sono ancorati e che informano (o, quanto meno, dovrebbero informare) l'azione interna ed esterna dell'organizzazione.

L'articolo 32, par. 1, lett. b), del Codice dei Visti prevede come motivo di rifiuto di un visto, e non come causa di non applicazione del Codice stesso, la sussistenza di ragionevoli dubbi sull'intenzione del richiedente di lasciare il territorio dello Stato interessato prima della scadenza del visto medesimo. Questo potrebbe lasciare spazio ad un'interpretazione nel senso dell'applicabilità del CCV, e dunque della Carta dei diritti fondamentali. Ma la Corte, a

scanso d'ogni equivoco, precisa che la situazione in discussione nel procedimento principale non è caratterizzata dalla sussistenza di dubbi del genere, bensì da una domanda che ha un oggetto differente da quello di un visto di breve durata (v. punto 47)

Volendo seguire il ragionamento della Corte, ci si trova dinnanzi ad una paradossale conclusione: sarebbe stato più conveniente per i richiedenti domandare un visto turistico per visitare il Musée Magritte. Un eventuale rifiuto del visto, motivato ai sensi dell'articolo 32 del CCV, avrebbe verosimilmente permesso l'applicazione degli articoli 4 e 18 della Carta dei diritti fondamentali, permettendo ai richiedenti di giungere in Europa. In altri termini, solo mentendo i richiedenti avrebbero avuto accesso alle garanzie sancite dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

È necessario chiarire che il mero riconoscimento dell'applicabilità del CCV al caso di specie non avrebbe comportato l'automatico rilascio di un visto ai sensi dell'articolo 25, ma avrebbe quantomeno implicato l'applicabilità dalla Carta dei diritti fondamentali ed i conseguenti limiti al potere discrezionale degli Stati. Ciò non si sarebbe tradotto ipso facto nel riconoscimento del diritto d'asilo nei confronti dei ricorrenti, ma avrebbe permesso alla Corte di prendere in considerazione il diritto, riconosciuto ad ogni [individuo](#) dalla Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo «di cercare e di godere in altri Paesi asilo dalle persecuzioni».

Il diritto d'asilo è garantito dall'articolo 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, che si richiama a sua volta alla [Convenzione](#) di Ginevra del 1951 ed al suo Protocollo del 1967. Quest'ultimo strumento, peraltro, non

110 Dibattiti

contiene una norma espressa concernente il diritto d'asilo in capo agli individui (l'unico riferimento in tal senso è da rinvenirsi nel preambolo). Il diritto d'asilo è concepito all'interno della Convenzione di Ginevra come un diritto degli Stati: gli individui possono domandarlo, gli Stati spetta il diritto di accordarlo. Per converso, tuttavia, in questo contesto gli Stati sono tenuti al rispetto del principio di *non-refoulement*, il quale è espresso nell'articolo 33 della Convenzione di Ginevra, nell'articolo 19 della Carta dei diritti fondamentali, nonché, indirettamente, nell'articolo 3 della CEDU.

L'ambito di applicazione della Carta è più esteso rispetto a quello di molti altri trattati sui diritti umani, come la CEDU. In questo senso, vale la pena notare che, a differenza dell'articolo 1 della CEDU, la Carta dei diritti fondamentali non contiene alcuna «clausola di giurisdizione» quale criterio di delimitazione della responsabilità degli Stati per violazioni della stessa. L'unico criterio che ne condiziona l'applicazione è da rinvenirsi nell'articolo 51. Inoltre, sebbene l'articolo 52, par. 3, faccia espresso riferimento all'equivalenza, quanto a significato e portata, fra i diritti dalla Carta e quelli corrispondenti della CEDU, esso «non preclude che il diritto dell'Unione conceda una protezione più estesa». Ne consegue, come rilevato dall'Avvocato generale, che «il livello di protezione assicurato dalla CEDU costituisce soltanto una soglia minima, al di sotto della quale l'Unione non può scendere, potendo per contro l'Unione riconoscere ai diritti garantiti dalla Carta che corrispondono a quelli della CEDU una portata più ampia» (v. [conclusioni](#) dell'Avvocato generale Mengozzi, punti 97-99). Il diritto di domandare protezione internazionale e l'obbligo di *non-refoulement* sanciti dalla Carta avrebbero dunque potuto essere applicati extra-territorialmente al caso di specie. Ne sarebbe conseguito l'obbligo di rilascio di visti con validità territoriale limitata, qualora vi fossero stati seri e comprovati

motivi per ritenere che un rifiuto avrebbe non solo privato i richiedenti del diritto di richiedere la protezione internazionale, ma li avrebbe altresì esposti al rischio serio di essere sottoposti alla tortura o a trattamenti inumani o degradanti.

3.3 Visti per motivi umanitari vs. sistema di Dublino

Partendo dall'assunto che l'Unione europea è chiamata a proteggere e promuovere l'universalità dei [diritti umani](#), è difficile – se non avvilente – ammettere che i motivi alla base della decisione della Corte siano stati così lontani dai valori sui quali l'Organizzazione ha posto il proprio fondamento.

All'origine di questa formalistica decisione vi sarebbe infatti l'esigenza di mantenere la stabilità della struttura, già vacillante, del sistema europeo comune di asilo (si veda in particolare [qui](#)). Il buon funzionamento di tale sistema dipende a sua volta dall'operatività del sistema di Dublino, retto dal [Regolamento 604/2013](#), il quale stabilisce i criteri ed i meccanismi di determinazione dello Stato membro competente per l'esame di una domanda di protezione internazionale.

In base al sistema di Dublino, la responsabilità dell'esame di una domanda d'asilo incombe innanzitutto sullo Stato membro che ha svolto il ruolo maggiore in relazione all'ingresso del richiedente nell'UE. Nella maggior parte dei casi questo è lo Stato membro di ingresso, ma può trattarsi anche dello Stato membro che ha rilasciato il visto o il permesso di soggiorno a un cittadino di un Paese terzo che chiede asilo alla scadenza della sua autorizzazione. I criteri stabiliti dal Regolamento 604/2013 non tengono in alcun conto la volontà delle persone ad esso soggette. Impedire che i richiedenti asilo scelgano liberamente il Paese in cui presentare la propria domanda di protezione internazionale ed escludere

112 Dibattiti

che possano muoversi liberamente sul territorio dell'Unione, una volta ottenuta tale protezione, sembra essere una delle principali preoccupazioni degli Stati membri. Per converso, tale preoccupazione non solo sembra essere contraria ad un approccio improntato al rispetto della dignità e dei diritti fondamentali dell'individuo, ma pare anche opporsi al principio di solidarietà ed equa ripartizione delle responsabilità sancito dall'articolo 80 del TFUE.

Nel caso di specie, imporre il rilascio del visto per motivi umanitari ai ricorrenti avrebbe offerto loro la possibilità di poter scegliere lo Stato membro in cui presentare una domanda di protezione internazionale. Ciò avrebbe costituito un precedente inaccettabile per gli Stati membri, preoccupati, tra l'altro, che una decisione positiva potesse scatenare un'ondata ingestibile di richieste di visto per motivi umanitari presso le loro Rappresentanze diplomatiche, logisticamente ed operativamente impreparate ad una simile evenienza.

Al di là della irrilevanza legale del rovinoso scenario paventato dagli Stati, tale ipotesi appare empiricamente non dimostrata (sul punto, v. le [conclusioni](#) dell'Avvocato generale Mengozzi, al punto 172). Inoltre, anche qualora si verificasse un massiccio afflusso di richieste di visto, le considerazioni di opportunità politica o logistica di cui sopra, oltre ad essere moralmente oppugnabili, non terrebbero conto della natura assoluta del diritto a non essere sottoposto a tortura o a trattamenti inumani o degradanti, sancito dall'articolo 4 della Carta dei diritti fondamentali.

La Corte non è stata tuttavia di questo avviso. L'*arrière-pensée* alla base della decisione in esame si fa intento dichiarato nei suoi ultimi passaggi, laddove la Corte chiarisce che «consentire ai cittadini di paesi terzi di presentare basandosi sul

codice in parola domande di visto finalizzate ad ottenere il beneficio di una protezione internazionale nello Stato membro di loro scelta [...] lederebbe l'impianto generale del sistema istituito dal regolamento n. 604/2013» (punto 48).

La citata osservazione in chiosa tradisce l'intenzione di salvare ad ogni costo – anche al costo di negare i diritti fondamentali – un sistema che sin dall'origine soffre di deficienze strutturali che gli Stati membri non sembrano ancora disposti a correggere e superare.

Sembra opportuno notare che tra gli scopi principali del sistema di Dublino vi è quello di garantire l'effettivo accesso alle procedure volte al riconoscimento della protezione internazionale ed il rapido espletamento delle domande di protezione internazionale. Tale scopo sarebbe garantito contrastando il fenomeno dell'*asylum shopping* e la presentazione di richieste di protezione multiple. L'esclusione della facoltà di scelta dello Stato presso cui presentare la propria domanda di asilo è il mezzo con il quale si dovrebbe raggiungere il fine rappresentato dalla garanzia di una protezione effettiva. Ad ogni buon conto, impedire che i richiedenti possano scegliere lo Stato membro in cui presentare la propria domanda di protezione può (forse) rappresentare un obiettivo secondario, ma non il fine ultimo da perseguire. La *ratio decidendi* su cui la decisione si fonda appare aver distorto tale rapporto. La stridente interpretazione teleologica della Corte, in un momento di crisi ed inerzia, conferma lo *status quo*.

4. Paradossi e/o indifferenza?

Con questa decisione la Corte sembra aver perso un'importante occasione per tracciare interpretativamente una

114 Dibattiti

via legale che permetta a coloro che fuggono da guerre e persecuzioni di raggiungere regolarmente l'Europa. Tale possibilità può essere rinvenuta nel diritto dell'Unione, seppure l'Unione europea non abbia ancora legiferato in materia di visti di lunga durata. Come accortamente dimostrato dall'Avvocato generale Mengozzi, il diritto dell'Unione richiede agli Stati membri di prevenire gravi violazioni quali quelle a cui sarebbero stati esposti i richiedenti.

La questione riflette uno dei più grandi paradossi del diritto (internazionale ed europeo) dei rifugiati: la protezione internazionale è un diritto fondamentale ed universalmente riconosciuto, ma la condizione necessaria all'esercizio di tale diritto è la circostanza di trovarsi al di fuori del proprio Paese d'origine. Tale situazione, a sua volta, richiede l'attraversamento delle frontiere e l'ammissione sul territorio di uno stato ospitante. In altri termini, il diritto di domandare asilo non è accompagnato da un dovere di ammettere lo straniero presente alle proprie frontiere, la cui gestione è soggetta alla discrezionalità degli Stati.

Una breccia nell'ultimo "[bastione della sovranità nazionale](#)" è aperta dal diritto internazionale dei diritti umani e dall'applicabilità extraterritoriale del principio di non-refoulement – che ha natura consuetudinaria, se non di *ius cogens*. La questione ha trovato ampio spazio nelle [conclusioni](#) dell'Avvocato generale, il quale sosteneva l'esistenza di un obbligo positivo a carico degli Stati di adottare misure idonee ad evitare di esporre una persona ad un rischio reale di trattamenti proibiti dall'articolo 4 della Carta, nonché dall'articolo 3 della CEDU (v. punti 139-141). Mentre il Belgio sosteneva l'insussistenza di un diritto di ingresso, come corollario del principio di *non-refoulement*, l'Avvocato generale rilevava la presenza di un obbligo positivo di adottare misure

preventive atte ad impedire che le persone interessate subiscano torture o trattamenti inumani o degradanti. Nel caso di specie, il rilascio di visti umanitari sarebbe rientrato fra queste misure ed avrebbe evitato di esporre i richiedenti ad un rischio reale di trattamenti proibiti dall'articolo 4 della Carta. Sembra opportuno infine notare che nei casi [N.S. et al.](#) (punti 94 e 106), ed [Aranyosi e Căldăraru](#) (punti 90 e 94), la Corte di giustizia ha già avuto modo di dichiarare, richiamando la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il caso [M.S.S. contro Belgio e Grecia](#), che, analogamente all'articolo 3 della CEDU, l'articolo 4 della Carta, in talune circostanze, impone agli Stati membri un obbligo positivo.

Ciononostante, la questione è rimasta irrisolta dalla Corte, che, saldamente legata al *petitum* pregiudiziale, se ne lava le mani. Questa tendenza formalistica sembra caratterizzare i più recenti orientamenti dei giudici di Lussemburgo che in un [caso](#) altrettanto controverso, concernente l'Accordo UE-Turchia, hanno deciso di non decidere. Nel caso citato, infatti, il Tribunale si è dichiarato incompetente a conoscere dei ricorsi presentati da tre richiedenti asilo avverso l'Accordo UE-Turchia, in quanto quest'ultimo costituisce un atto formalmente concluso dagli Stati membri e non dalle istituzioni europee (per un commento, v. [qui](#)).

5. Quale futuro per la famiglia di Aleppo?

Le richieste di visti con validità territoriale limitata sottesi alla richiesta di protezione internazionale, secondo la Corte di Lussemburgo, sono questioni che concernono il diritto nazionale.

Spetta pertanto unicamente alle autorità belghe la decisione se accordare o meno un visto per motivi umanitari a X e X, con

116 Dibattiti

i loro tre figli. Considerata l'attuale politica belga in materia, la prospettiva di una decisione favorevole ai ricorrenti sembra piuttosto remota.

Ciò non significa che altre soluzioni non siano praticabili. Infatti, il Belgio, come tutti gli Stati membri dell'UE, è parte della CEDU e di conseguenza sottoposto allo scrutinio della Corte di Strasburgo. Il Belgio, inoltre, è parte non solo della Convenzione di Ginevra, il cui articolo 33 proibisce il *refoulement* verso Paesi in cui vi sia un rischio di persecuzione, ma anche di numerosi altri strumenti internazionali volti alla protezione dei diritti umani, in cui tale principio è contemplato. A prescindere dunque dall'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali, l'allontanamento verso la Siria dei richiedenti, nel caso in esame, potrebbe equivalere ad una violazione del divieto di *refoulement*.

A questo riguardo, come già rilevato, sulla scorta della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, l'articolo 3 della CEDU non solo impone un obbligo negativo, ossia un divieto di ricorrere alla tortura e a trattamenti inumani e degradanti, ma del pari prescrive agli Stati un obbligo positivo, vale a dire un obbligo di prevenire il verificarsi dei menzionati trattamenti proibiti. La responsabilità dello Stato sarebbe ravvisabile, dunque, qualora le autorità statali non adottino misure idonee ad impedire che si concretizzi un rischio di tortura o di trattamenti inumani o degradanti di cui erano o avrebbero dovuto essere a conoscenza (v. [*M.S.S. contro Belgio e Grecia*](#), punto 366).

Alla luce della situazione in cui si trova la famiglia siriana della quale si discute, lo Stato belga sapeva o avrebbe dovuto sapere che un diniego di rilascio dei visti avrebbe esposto queste persone, quantomeno, a reali rischi di trattamenti

inumani di estrema gravità, tanto in Siria quanto nei Paesi limitrofi. Le autorità belghe non potendo ignorare tale realtà, conformemente ai requisiti di diligenza richiesti dalle circostanze di fatto, sarebbero state tenute ad adottare misure idonee ad impedire il verificarsi del rischio di sottoporre i ricorrenti a trattamenti inumani o degradanti. Potrebbe pertanto profilarsi la responsabilità dello Stato per violazione dell'articolo 3 della CEDU.

Si potrebbe rilevare, tuttavia, che l'applicabilità degli strumenti sopra citati, fra i quali in particolare la CEDU, non sarebbe, perlomeno *ratione loci*, tanto ampia quanto quella consentita dalla [Carta dei diritti fondamentali](#). La questione della limitazione della giurisdizione territoriale potrebbe, infatti, significare un ulteriore diniego di accesso in Europa per X e X. Nondimeno, occorre notare che tra le più rilevanti eccezioni alla territorialità della giurisdizione vi sono le attività esercitate all'estero da agenti diplomatici e consolari (v., *ex multis*, [Bankovic](#), punto 73) e che il rilascio di visti e documenti di viaggio rientra nell'insieme di tali attività, come riconosciuto dall'[articolo 5, lett. d](#)), della Convenzione di Vienna sulle relazioni consolari. L'applicazione del principio di *non-refoulement*, attraverso l'articolo 3 della CEDU, nel caso di allontanamento dei richiedenti verso la Siria appare, pertanto, ineludibile (v. [Spijkerboer et al.](#)).

Recentemente, alcune associazioni italiane hanno dato impulso ad un progetto pilota che istituisce "[corridoi umanitari](#)" dal Libano all'Italia. Il progetto permette a persone in condizioni di vulnerabilità di accedere al territorio italiano con visto umanitario e la possibilità di presentare, successivamente, una domanda di asilo. Questi corridoi umanitari sono frutto di un Protocollo d'intesa sottoscritto dai Ministeri degli Affari Esteri e dell'Interno, da un lato, e varie

118 Dibattiti

associazioni, dall'altro. Un Protocollo simile è stato sottoscritto pochi giorni dopo tra [Francia](#) ed altre associazioni. L'indignazione della società civile dinnanzi ad una certa indifferenza istituzionale non si arresta a tanto dotte quanto sterili discussioni, ma diventa impegno. Questo potrebbe aprire la fiduciosa prospettiva che X e X con i loro figli possano essere fra coloro che attraverseranno i corridoi appena aperti per giungere in Europa. La vistosa latitanza degli Stati e dell'Unione europea in questo contesto resta, tuttavia, desolante. La richiesta di protezione di queste persone dovrebbe trovare risposta negli obblighi giuridici su cui l'Unione è stata fondata, anziché nel caritatevole (quanto lodevole) impegno di pochi.

1 maggio 2017

La “minaccia” italiana di “bloccare” gli sbarchi di migranti e il diritto internazionale

PASQUALE DE SENA
FRANCESCA DE VITTOR (*)

Nessuna decisione di “bloccare” l’accesso a porti italiani da parte di imbarcazioni cariche di migranti e dirette in tali porti è stata sinora presa dal Governo italiano. Secondo quanto si apprende dalla [stampa](#), è, però, proprio una simile prospettiva che il rappresentante italiano presso l’Unione europea avrebbe fatto balenare al Commissario europeo competente, Dimitri Avramopoulos, in considerazione del consistente numero di sbarchi susseguitisi negli ultimi giorni, il cui impatto critico sul nostro sistema di accoglienza è stato sottolineato anche dal Presidente della Repubblica [Mattarella](#) e dal Presidente del Consiglio [Gentiloni](#).

Ora, è piuttosto chiaro che la “minaccia” avanzata dal Governo è preordinata a mettere sotto pressione la Commissione europea, affinché questa si adoperi per far rispettare le quote di “ricollocazione” di persone bisognose di

(*) Università Cattolica, Milano.

120 Dibattiti

protezione internazionale, fissate dalle decisioni [1523](#) e [1601](#) del 2015, la cui mancata esecuzione è stata più volte [lamentata](#) dall'Italia, e che, solo recentissimamente, e nei casi più gravi, ha portato all'avvio di [procedure di infrazione](#) da parte della Commissione. È altresì chiaro che una simile “mossa” è anche finalizzata a ottenere supporto logistico e finanziario da parte dell'Unione europea (al riguardo una base giuridica è costituita dagli obblighi di solidarietà di cui si fa espressa menzione all'art. 80 TFUE: [Gestri](#), 909). Ma non può escludersi che, in ragione di una persistente inerzia di Istituzioni e Stati dell'Unione, piuttosto dubbia sul piano della sua conformità allo stesso diritto dell'Unione, il “blocco” finisca per essere concretamente disposto.

Com'è stato ricordato dalla stessa portavoce della Commissione, [Natasha Bertaud](#), la sua liceità si presta allora ad essere valutata dal punto di vista del diritto internazionale. Pur essendo indubbio che, sul piano del diritto internazionale generale, gli Stati mantengono il potere di regolare l'ingresso nei territori su cui esercitano sovranità – ivi compresi, naturalmente, i porti – ci si può chiedere, peraltro, se un obbligo di consentire l'accesso a questi ultimi per imbarcazioni recanti a bordo migranti non derivi da discipline di carattere convenzionale, vincolanti per l'Italia e specificamente concernenti il destino di persone soccorse in mare. In proposito devono qui richiamarsi la Convenzione internazionale per la sicurezza della vita in mare del 1974 ([SOLAS](#)) e la Convenzione internazionale sulla ricerca e il soccorso in mare del 1979 ([SAR](#)), dalle quali non è tuttavia possibile far discendere l'obbligo in questione, visto che esse, nei loro testi originali, non contemplano disposizioni sullo sbarco delle persone soccorse. Allo stesso modo, indicazioni favorevoli non sembrano ricavabili né dagli emendamenti apportati a tali Convenzioni nel corso del tempo (in particolare,

quelli del 1998 si limitano a definire l'operazione di "rescue" come «an operation to retrieve persons in distress [...] and deliver them to a place of safety»), né dalle prime risoluzioni pertinenti del Safety Committee dell'IMO (dalle quali emerge che l'obbligo di adottare tutte le disposizioni necessarie affinché lo sbarco avvenga «as soon as reasonably practicable» è a carico di tutti gli Stati coinvolti nel soccorso, non incombendo esclusivamente sullo Stato competente per la zona SAR in cui hanno avuto luogo il ritrovamento e i soccorsi: sul punto, v. [qui](#)), né dalle più recenti [Guidelines on the Treatment of Persons Rescued at Sea](#) (che stabiliscono solo un obbligo di identificare un luogo di sbarco per lo Stato SAR responsabile). Infine, neppure i [Principles Relating to Administrative Procedures for Disembarking Persons Rescued at Sea](#) vanno molto al di là di una semplice raccomandazione allo Stato SAR responsabile, considerato che la prescrizione di procedere allo sbarco è formulata in termini ottativi («should») e che il rispetto delle norme interne in tema di immigrazione viene espressamente fatto salvo. Va tuttavia sottolineato che, se sullo Stato che coordina le operazioni non insiste un immediato obbligo di accoglienza delle navi nei propri porti, su di esso ricade comunque la responsabilità principale nell'identificazione di un luogo di sbarco sicuro, raggiungibile senza porre in pericolo le persone a bordo della nave.

Malgrado quanto precede, non si può certo ritenere che impedire l'accesso ai porti italiani alle imbarcazioni che hanno prestato soccorso ai migranti sarebbe privo di effetti giuridicamente rilevanti per l'Italia. Se è vero, insomma, che un obbligo di autorizzare l'ingresso nel porto alle suddette imbarcazioni non pare direttamente deducibile, per l'Italia, dalle convenzioni SAR e SOLAS, è pur vero che la chiusura dei porti italiani implicherebbe necessariamente una serie di conseguenze sul piano del rispetto di norme internazionali sui

122 Dibattiti

diritti umani e sulla protezione dei rifugiati. Vari elementi permettono infatti di considerare che l'Italia eserciterebbe, *de jure* e *de facto*, sulle imbarcazioni in parola, poteri idonei ad incidere sul godimento effettivo di diritti elementari da parte di coloro che si trovino a bordo. In altri termini, questi ultimi, pur tenuti fuori dai porti italiani, non mancherebbero di rientrare nella giurisdizione italiana, ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, così come interpretato nella giurisprudenza rilevante. Nel caso [Women on Waves c. Portogallo](#), la Corte non ha esitato a valutare nel merito la violazione dell'art. 10 derivante dal divieto di accesso al mare territoriale imposto dalle autorità portoghesi alla nave olandese Borndiep, ritenendo (sia pure) implicitamente che tale divieto costituisca un esercizio di giurisdizione ai sensi dell'art. 1 della Convenzione (§ 22 della sentenza del 3 febbraio 2009). All'analogia con questo caso va aggiunto che la dichiarazione del rappresentante italiano si riferisce a un divieto di accesso ai porti, ovvero alle acque interne; ciò che lascia intendere che le imbarcazioni interessate abbiano già raggiunto le acque territoriali italiane. Anche a voler negare il carattere di precedente della sentenza Women on Waves, in ragione del fatto che la questione della carenza di giurisdizione non era stata espressamente sollevata dal Portogallo (elemento peraltro non decisivo, visto che le ragioni di inammissibilità sono sempre rilevabili d'ufficio dalla Corte), ulteriori circostanze sembrano corroborare la tesi secondo cui le imbarcazioni che chiedono l'autorizzazione di ingresso in porto, dopo essere state soccorse, rientrano nella giurisdizione dello Stato italiano. Infatti, come responsabile della zona SAR di soccorso – o anche nel caso in cui il soccorso sia avvenuto al di fuori della zona SAR italiana, ma comunque su impulso di un SOS diramato dall'MRCC (Comando generale del Corpo della Capitanerie di Porto) di Roma – l'Italia risulta essere il Paese giuridicamente responsabile del coordinamento dei soccorsi ed

è dunque lo Stato che esercita, «conformemente al diritto internazionale», le funzioni esecutive che tale coordinamento comporta (v. *mutatis mutandis*, [Al-Skeini c. Regno Unito](#) e [Jaloud c. Paesi Bassi](#)). Peraltro, trattandosi di imbarcazioni che hanno raggiunto le acque territoriali italiane e chiedono l'accesso alle acque interne, essa (Italia) è, con ogni evidenza, il solo Paese responsabile delle conseguenze di un eventuale diniego della suddetta autorizzazione.

Ciò detto, il diniego di accesso ai porti italiani a imbarcazioni che abbiano effettuato il soccorso in mare potrebbe dar luogo a violazioni degli articoli 2 e 3 della Convenzione, nella misura in cui le persone soccorse abbiano bisogno (come è spesso il caso) di cure mediche urgenti, nonché di generi di prima necessità (acqua, cibo, medicinali), e tali bisogni non possano esser soddisfatti per effetto del concreto modo di operare del diniego stesso. Vista sotto un altro profilo, la situazione di estrema difficoltà e pericolo in cui rischierebbero di trovarsi sia l'equipaggio dell'imbarcazione che le persone soccorse, potrebbe risultare riconducibile all'ipotesi del [distress](#) (perlomeno nel caso in cui sia minacciata la loro vita), con la conseguente esclusione dell'illecito – a carico dello Stato della bandiera – qualora il capitano decidesse di entrare in porto, nonostante il diniego. Ove l'ingresso fosse militarmente impedito dalla Guardia costiera italiana, non vi è dubbio, del resto, che una simile circostanza costituirebbe un ulteriore motivo per affermare che le persone coinvolte ricadrebbero nella nostra giurisdizione, ai sensi dell'articolo 1 della Convenzione europea.

Sempre sul presupposto che le imbarcazioni rientrino nella giurisdizione italiana, il divieto di accesso a porti italiani, con l'eventuale, conseguente impossibilità di valutare le singole situazioni delle persone interessate, sembra suscettibile di

124 Dibattiti

entrare in contrasto con il divieto di espulsioni collettive fissato dall'art. 4 del Prot. n. 4 alla Convenzione (v. [Hirsi c. Italia](#), [Khlaifia c. Italia](#)). È poi appena il caso di sottolineare che, con riferimento alle possibili violazioni degli articoli 2 e 3 della Convenzione, poco sopra ipotizzate, nessun effetto avrebbe l'eventuale esercizio della facoltà di deroga, di cui all'articolo 15 della Convenzione, data l'intangibilità dei diritti contemplati dalle suddette disposizioni. D'altra parte, seppure l'articolo 15 sia sicuramente invocabile (e sia stato regolarmente invocato nella prassi) per ragioni di «sicurezza nazionale», e malgrado l'ampio margine di apprezzamento di cui notoriamente godono al riguardo gli Stati parti della Convenzione, è lecito dubitare che l'afflusso di alcune migliaia di migranti in un territorio che conta una popolazione di circa 60 milioni di persone sia, di per sé, qualificabile come un «pericolo pubblico che minacci la vita di una nazione».

Infine, uno specifico riferimento non può mancare ai rifugiati e richiedenti asilo, che sarebbero evidentemente colpiti dalla misura di cui si discute, se, ed in quanto, essa venisse a configurarsi – come sembra – quale misura interdittiva indifferenziata. È facile rilevare che una simile prospettiva implicherebbe necessariamente una violazione del principio di non refoulement, stabilito dall'articolo 33 della Convenzione di Ginevra, e pacificamente ritenuto corrispondente al diritto internazionale generale. Inoltre, ove le imbarcazioni cui fosse negato l'accesso ai porti italiani si trovassero nelle nostre acque territoriali, tale diniego risulterebbe incompatibile con la [Direttiva 2013/32/UE](#) (c.d. direttiva procedure), la cui applicazione, ai sensi dell'art. 3, deve essere garantita anche nel mare territoriale dello Stato.

1° luglio 2017

Il sonno della ragione genera politiche migratorie

GABRIELLA CARELLA (*)

Se un essere razionale di avanzata evoluzione (evidentemente un marziano), osservando le vicende di questo «atomo opaco del male», avesse seguito negli ultimissimi tempi le cronache sui movimenti di persone nel Mediterraneo e le reazioni politiche e giuridiche ad esse, sicuramente ne sarebbe rimasto a dir poco esterrefatto. Difatti, è difficile trovare una successione di eventi così drammaticamente irrazionali – prima ancora, e oltre che, illeciti – quali quelli che si sono susseguiti a partire dall'adozione, il 13 maggio 2015, dell'[Agenda europea per le migrazioni](#) (su cui v. il post di [Cherubini](#) in questo blog). In essa, un po' occultata da una paccottiglia di routinarie dichiarazioni di dolore per le tante vittime e di burocratiche preoccupazioni umanitarie per la sorte dei futuri soggetti in partenza – sotto il titolo *Collaborare con i paesi terzi per affrontare a monte la questione della migrazione* – si trova la misura centrale della gestione dei flussi da parte dell'Unione europea e dei suoi Stati membri: la c.d. esternalizzazione delle frontiere (sulla quale v. [Frelick, Kysel, Podkul](#)). Lanciata gloriosamente dal governo italiano con il [Processo di Kartoum](#) del novembre 2014 (per un commento v. qui il quale vedi [qui](#));

(*) Università Aldo Moro – Bari.

successivamente sviluppata dalla Commissione europea nella [Comunicazione sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i Paesi terzi nell'ambito dell'Agenda europea sulla migrazione del 7 giugno 2016](#); sostenuta dal [Summit UE/OUA](#), tenutosi alla Valletta nel novembre 2015 (anche con la creazione di uno strumento economico, il [Fondo fiduciario per l'Africa](#)); trionfalmente sbandierata nel [Vertice di Parigi sulle migrazioni](#), l'esternalizzazione delle frontiere è ormai la pietra angolare delle politiche migratorie (anche se rischia di divenirne la pietra d'inciampo), ormai di gran lunga preferita rispetto a misure parimenti perspicue, anche se ancillari, proposte dall'Italia, quali il bombardamento dei barconi di migranti (per il quale si rinvia ad un nostro precedente [post](#)) o la chiusura dei porti alle imbarcazioni cariche di persone salvate da naufragi (su cui v. il post di [De Sena e De Vittor](#)).

Con l'espressione «esternalizzazione delle frontiere» si suole indicare sinteticamente un complesso di iniziative giuridiche e di pratiche grazie alle quali gli Stati destinatari di flussi di persone in movimento (Stati di destinazione) cercano di trasferire in altri Stati (principalmente quelli di transito) il controllo e la gestione dei flussi stessi, sottraendoli alla propria giurisdizione. Due sono essenzialmente le vie attraverso le quali si perviene a tale risultato: a) intese con lo Stato terzo affinché esso impedisca le partenze, sia di migranti che di richiedenti protezione internazionale (cioè *status* di rifugiato, protezione sussidiaria, protezione umanitaria), dietro corrispettivo da parte dello Stato di destinazione che può consistere in somme di danaro da utilizzare per il rafforzamento dei controlli alle frontiere e/o nella fornitura di mezzi tecnologici (navi, automezzi, sistemi informatici) e di supporto logistico (addestramento di personale di sorveglianza, ecc.). Misura di accompagnamento a tali intese è spesso la cooperazione per la creazione di punti di raccolta, gestiti anche con l'aiuto di funzionari di collegamento dello Stato di destinazione, nei quali

le persone «bloccate» possano veder esaminate le loro domande di protezione prima ancora di partire; b) la seconda imprescindibile componente di una politica di esternalizzazione è costituita dalla stipula di accordi di riammissione con i quali lo Stato terzo (Stato di rinvio) accetta che lo Stato di destinazione gli invii indietro le masse di stranieri che sono comunque riuscite ad arrivare sul proprio territorio. Tali accordi stipulati nel contesto di una politica di esternalizzazione differiscono da quelli tradizionali dello stesso tipo per il loro carattere preventivo. Difatti, i classici accordi di riammissione prevedono il ritorno di coloro la cui domanda di protezione sia stata respinta dopo essere stata esaminata nel merito, mentre i nuovi accordi di riammissione riguardano persone che astrattamente potrebbero essere bisognose di protezione, ma la cui domanda non è stata esaminata perché tale esame verrà svolto dallo Stato di rinvio il quale, eventualmente, accorderà anche il trattamento conseguente. L'accordo di riammissione preventiva consentirebbe allo Stato di destinazione – almeno nelle intenzioni – di respingere molto rapidamente sia migranti che richiedenti protezione internazionale proprio grazie al presupposto che l'esame nel merito della protezione e l'eventuale concessione di essa sono «appaltati» allo Stato terzo di rinvio.

Così delineata, la politica in esame sembrerebbe non mancare, se non di intelligenza, di una certa furbizia di basso livello, propria di chi, non avendo le alte capacità politiche richieste per la complessa operazione di gestione diretta dell'accoglienza e dell'aiuto umanitario in situazioni di crisi, scarica il problema su altri per liberarsene, evitando di fare una brutta figura. Un po' di inquietudine però è suscitata, già di primo acchito, dal fatto che nella esternalizzazione delle frontiere sembrerebbe replicarsi il paradigma dell'appalto a terzi – e all'estero – di attività «sporche» perché in violazione di diritti umani. L'esternalizzazione, infatti, è un metodo di

origine economica introdotto a livello internazionale dalle multinazionali che hanno appaltato a società autonomamente costituite in Paesi in via di sviluppo la gestione della forza lavoro, o lo svolgimento di attività inquinanti, in spregio delle garanzie economiche e giuridiche dei lavoratori, o della tutela dell'ambiente, vigenti nel proprio Stato di sede (Carella, "La responsabilità giuridica delle multinazionali per violazione dei diritti umani: fata Morgana o vaso di Pandora?", in [Triggiani, Cherubini, Ingravallo, Nalin, Virzo](#), p. 261 ss.). Un metodo formalmente non illegale, ma sostanzialmente ingiusto, perché predatorio delle economie dei Paesi in via di sviluppo e produttivo di gravi violazioni dei diritti umani e dell'ambiente, a cui finora si è cercato di porre rimedio con l'adozione di codici di condotta (!) che però nessuno Stato ha mai preteso di sanzionare (!!).

Tale metodo manageriale, va aggiunto, è già stato sinistramente imitato dagli Stati con la prassi delle *extraordinary renditions* (per la quale l'Italia è stata condannata dalla Corte Europea dei diritti umani (CtEDU) nel caso [Nasr e Ghali](#)) consistente nell'appaltare la tortura di soggetti ritenuti terroristi a Stati terzi cui vengono consegnati dopo essere stati sequestrati dai servizi segreti di Paesi occidentali nei quali la tortura è ostacolata dalle fastidiose denunce delle Organizzazioni non governative umanitarie (ONG!).

Si tratta di vedere, allora, se le attività di esternalizzazione delle frontiere siano un modo meramente riprovevole per scaricarsi da responsabilità, ovvero se siano illecite perché in contrasto con i principi fondamentali che regolano la materia dei movimenti di persone.

Limitandoci in questa sede ad una analisi estremamente sommaria, va rilevato anzitutto che il termine di riferimento del discorso non può che essere il divieto di *refoulement* in base al quale uno Stato non può respingere una persona in un Paese in cui questa corra un rischio di persecuzione individuale, ovvero

un rischio di tortura, privazioni arbitrarie di libertà e violazioni di consimili diritti umani fondamentali. Il principio, a partire dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra sullo statuto dei rifugiati del 28 luglio del 1951, è sancito in accordi sia regionali che universali ed è garantito anche da numerosi trattati sui diritti umani, in particolare dall'art. 3 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo (CEDU) – come interpretato dalla CtEDU nella sua copiosa giurisprudenza sul punto – e dall'art. 19 della Carta europea dei diritti fondamentali. Tale generale previsione e la consistente prassi degli Stati fanno sì che esso sia ritenuto un principio di diritto consuetudinario e che diffusa sia la convinzione della sua natura cogente (come delineato nella [Nota](#) del 1997 dell'Alto commissariato per i rifugiati[UNHCR], in specie nota 1 e testo corrispondente). Il divieto di *refoulement* non comporta il diritto all'asilo, ma solo quello a non essere respinti in un Paese «pericoloso» e a vedere esaminata la propria domanda di protezione internazionale. Di conseguenza, è conforme al divieto di *refoulement* inviare un soggetto richiedente protezione verso un Paese che, al contempo, sia per lui non pericoloso e gli assicuri un esame della sua domanda e un adeguato e stabile regime di protezione se essa viene accolta, nonché il rispetto, a sua volta, del divieto di *refoulement* verso altri Stati: uno Stato che risponda a tali requisiti viene indicato sinteticamente come «Stato sicuro». La possibilità di rinvio in uno Stato sicuro è l'altra faccia della medaglia del divieto di *refoulement*, scaturente dal suo stesso contenuto di diritto internazionale generale e convenzionale; tale possibilità è stata espressamente disciplinata a livello europeo nell'art. 38 della c.d. [direttiva procedure](#) del 26 giugno 2013 (per un commento v. [qui](#)). Naturalmente, se uno Stato terzo ha già formalmente concesso protezione ad un soggetto (c.d. Stato di primo asilo), tale Stato può ritenersi sicuro e quindi lo Stato di destinazione potrebbe effettuare un respingimento verso di esso; in ogni caso bisogna accertare che

130 Dibattiti

la protezione sia stata effettivamente concessa a livello individuale – ancorché sia prevista in generale – e che quello Stato continui ad essere sicuro al momento del rinvio ad esso. Anche tale contenuto del divieto di *refoulement* nel diritto internazionale è espressamente disciplinato nella precitata direttiva procedure all'art. 35.

Il principio dello Stato sicuro è quindi il criterio di controllo della legalità di accordi di riammissione che abbiano carattere preventivo. Va precisato, però, che ancorché l'accordo di riammissione preventiva possa considerarsi in astratto lecito perché lo Stato di rinvio è sicuro *in generale*, ciò non esime lo Stato di destinazione dall'obbligo di esaminare caso per caso, su domanda del soggetto interessato, se i requisiti della sicurezza sussistano anche *in particolare* per quel determinato soggetto. Difatti, la qualifica di Stato sicuro non serve a porre una presunzione automatica e assoluta di legittimità del respingimento, ma deve essere accompagnata dalla possibilità, riconosciuta al richiedente protezione, di provare l'assenza di sicurezza nel suo caso specifico, eventualmente attivando apposito procedimento di ammissibilità della domanda. Ciò si ricava – in particolare e per quel che ci interessa – dalla giurisprudenza CtEDU già a partire dalla decisione del 2011 nel caso [M.S.S. c. Belgio e Grecia](#) - nel contesto del Regolamento di Dublino – fino al recente caso [Ilias Ahmed c. Ungheria](#), deciso il 14 marzo 2017 e ricadente al di fuori del «sistema Dublino». In quest'ultima sentenza, la Corte ha anche avuto modo di precisare che il ricorso volto ad escludere il carattere sicuro dello Stato di rinvio deve essere fornito di tutte le garanzie della procedura sulla fondatezza della domanda di protezione (difensore di ufficio, interprete, tempi adeguati per la difesa, ecc.) e che l'onere della prova non può essere addossato solo al ricorrente, soprattutto quando il carattere poco sicuro dello Stato di rinvio risulta da rapporti di ONG e di istituzioni internazionali (v. sul punto [Venturi](#)).

Pertanto, è puramente illusorio pensare di poter procedere a respingimenti di massa grazie all'attribuzione ad uno Stato dell'etichetta di Stato sicuro e alla conseguente stipulazione di accordi di riammissione; difatti, soprattutto se l'etichetta è più o meno «taroccata», i numerosi ricorsi contro il respingimento e gli accertamenti richiesti impediranno allo Stato di destinazione di liberarsi sia di migranti che di richiedenti asilo.

Passando a considerare l'altro contenuto di una politica di esternalizzazione, indicato *sub a)*, va rilevato che la materia è praticamente inesplorata e l'analisi giuridica è resa complessa dalla pluralità di forme che può assumere la cooperazione con Stati terzi per il rafforzamento delle loro frontiere. Limitandoci in questa sede, ancora una volta, solo ad alcune schematiche valutazioni, possiamo partire dalla considerazione che la scelta di un Paese sicuro per fermare il flusso di persone in transito non porrà problemi di legittimità delle intese o pratiche di cooperazione per il controllo delle frontiere, così come non li pone nel caso degli accordi di riammissione preventiva.

Se invece la cooperazione è instaurata con uno Stato che non sia sicuro nel senso precisato, anzitutto ci si aspetterebbe che il problema giuridico non si ponga. Difatti, in uno Stato di diritto, già sul piano politico, i promotori di una iniziativa volta a finanziare governi spesso dittatoriali perché masse di persone siano trattenute in un luogo in cui rischiano le peggiori violazioni di diritti fondamentali dovrebbero essere costretti alle dimissioni dalle reazioni dell'elettorato e di una stampa vigile che fosse realmente il *watchdog* della democrazia configurato dalla CtEDU. Il giurista democratico e il nostro amico marziano (forse la stessa persona) sono però costretti a constatare (con profondo disgusto) che politiche di potere antidemocratiche ricevono l'entusiastico supporto di un elettorato non più responsabile, ma assolutamente manovrabile e reso forcaiolo dalla collusione dei media. Pertanto, solo ai tribunali, ed in particolare a quelli dei diritti umani, resta il

132 Dibattiti

compito di salvarci dall'oscuro frutto dell'irrazionalità e l'analisi giuridica diventa inevitabile.

Ora, il divieto di *refoulement* ha una applicazione extraterritoriale; esso infatti, come chiarito dall'[UNHCR](#) e dalla CtEDU nel caso [Hirsi Jamaa](#), si applica non solo agli stranieri respinti alla frontiera o dal territorio o dal mare territoriale dello Stato di destinazione, ma anche tutte le volte in cui un individuo si trovi sotto l'autorità ed il controllo degli organi di detto Stato, ancorché questi ultimi operino all'estero o in alto mare. Tuttavia, nelle politiche in esame, lo Stato di destinazione offre solo mezzi e supporto per il rafforzamento delle frontiere dello Stato terzo, mentre il mantenimento o respingimento nel territorio di quest'ultimo avviene ad opera dei suoi stessi organi. Manca quindi l'elemento essenziale per potersi ravvisare una violazione del divieto di *refoulement* da parte dello Stato di destinazione. Né si può configurare una responsabilità per complicità con lo Stato terzo perché il comportamento di quest'ultimo non integra gli estremi della violazione del *refoulement*: lo Stato terzo, infatti, non respinge persone fuori dal proprio territorio, ma all'interno di esso e può farlo legittimamente perché, trattandosi di soggetti in posizione irregolare, essi non hanno diritto di circolare o di abbandonare il territorio.

Dobbiamo allora concluderne che, come per le multinazionali, anche nel caso della cooperazione tra Stati il paradigma della esternalizzazione funziona per assicurare l'impunità per gravi violazioni dei diritti umani? Per fortuna no perché, a differenza delle multinazionali, gli Stati sono soggetti dell'ordinamento internazionale e quindi destinatari di obblighi che in questo caso possono venire in considerazione. Così, se lo Stato terzo non è sicuro, sia le modalità di respingimento nel territorio che quelle di trattenimento nei campi profughi saranno ordinariamente violente e potranno configurare crimini di massa di tortura, trattamenti disumani e degradanti,

uccisioni, stupri, privazione arbitraria di libertà, assoggettamento a servitù o schiavitù, ecc. In tal caso, potrà affermarsi la responsabilità dello Stato di destinazione per complicità direttamente nella commissione di tali crimini (art. 16 del [Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati](#) adottato dalla Commissione del diritto internazionale nel 2001) se essi sono stati realizzati per trattenere le persone in transito o comunque nei confronti di persone trattenute e se lo Stato di destinazione, che ha dato il suo aiuto a trattenere, conosceva o avrebbe dovuto conoscere il carattere non sicuro dello Stato terzo. Pertanto, lo straniero che, non avendo potuto abbandonare lo Stato X, eventualmente non partecipante alla CEDU, abbia subito in esso torture o maltrattamenti vari può presentare ricorso alla CtEDU per violazione del divieto di tortura direttamente nei confronti dello Stato Y se dimostri: a) che quest'ultimo ha dato soldi o aiuti di vario tipo allo Stato X per bloccare i flussi di persone in transito; b) che lo Stato X all'epoca degli aiuti non era uno Stato sicuro e lo Stato Y lo sapeva o avrebbe dovuto saperlo (in base a rapporti di istituzioni internazionali, interne o di ONG).

Passando a valutare, alla luce di quanto detto, le applicazioni pratiche che sta ricevendo la politica in esame, nel caso della cooperazione con la Turchia (sulla quale vedi il post di [Roman](#) in questo blog), si rileva anzitutto che il controllo sulla liceità dell'atto che la fonda è fortemente ostacolato da una cortina fumogena sollevata ricorrendo alle peggiori pratiche della diplomazia segreta. Difatti, tutto ciò che i cittadini europei hanno potuto conoscere di tale cooperazione è stato il comunicato stampa n. 144/16, pubblicato sul sito Internet del Consiglio, contenente il resoconto dei risultati di una serie di incontri tra la Turchia e... un interlocutore non meglio definito. Ed invero, nella decisione del 28 febbraio 2017, il [Tribunale dell'UE](#) – adito con ricorso per

annullamento – ha chiarito che, ciò che nello stesso comunicato stampa e nelle dichiarazioni pubbliche di organi dell'UE viene tuttora definito «accordo UE-Turchia», non si sa se sia un accordo, ma sicuramente non è un atto dell'Unione europea. Ciò, tra l'altro, perché – come abbiamo appreso non senza meraviglia – a sessant'anni dalla firma dei Trattati di Roma, i cittadini europei quando sentono parlare di «Unione europea» non penserebbero a nient'altro che all'insieme dei singoli Stati membri; di conseguenza l'uso dell'espressione «Unione Europea» in comunicati stampa di istituzioni europee andrebbe inteso, salvo prova contraria, secondo questo comune sentire. In pratica il significato ordinario dell'espressione «Unione europea» sarebbe «insieme degli Stati membri». Una autentica *Eurexit*, verrebbe da dire: un'Unione europea che esce da se stessa.

In attesa di migliori indicazioni sull'identità di una delle parti che potranno eventualmente conseguire alla [impugnazione](#) della decisione è comunque possibile confrontare la «cosa», se non al diritto europeo sull'asilo, almeno alla sopra delineata disciplina di diritto internazionale, sia generale, sia derivante dalla giurisprudenza CtEDU, parimenti incentrata sulla nozione di Stato sicuro. Ora, in base ai dati noti, già prima del c.d. accordo sarebbe stato difficile poter ritenere sicuro un Paese caratterizzato dall'intensificarsi del conflitto con i curdi e da documentate violazioni generali di diritti. Ad esempio, tra gli altri, il Dipartimento di Stato statunitense, nel suo [Rapporto del 2015](#) sullo stato dei diritti umani, rilevava che «In the renewed conflict with the PKK in the second half of the year, the government did not sufficiently protect vulnerable populations, with the result that both PKK fighters and, at times, government security forces reportedly killed and injured civilians. ... Syrian refugees (more than 2.2 million at year's end) had limited social-support mechanisms and faced increasing government travel restrictions. Violence

against women, including so-called honor killings, remained a significant problem, and child marriage persisted. The government did not effectively protect women, children, members of ethnic and religious minorities, and LGBTI (lesbian, gay, bisexual, transgender, and intersex) persons from abuse, discrimination, and violence». Può ricordarsi ancora che forti perplessità sulla scelta della Turchia, da parte dell'UE (?), quale possibile Stato sicuro venivano espresse dall'[UNHCR](#). In ogni caso, dopo il tentato colpo di Stato del luglio 2016, con la brutale schiettezza dei regimi autoritari, la Turchia ha escluso ogni possibilità di cavilli ed estenuanti interpretazioni giuridiche circa la propria natura di Paese sicuro. Difatti, le autorità turche hanno notificato alle competenti istituzioni l'instaurazione di deroghe (prorogate ancora per tre mesi con decisione del 17 luglio 2017) ai diritti riconosciuti dal [Patto delle NU](#) sui diritti civili e politici del 1966 e dalla [CEDU](#); conseguentemente la pratica della tortura appare largamente utilizzata, come documentato da un rapporto dell'ottobre 2016 di [Human Rights Watch](#) – se non si vuole credere alle ONG, ritenute dagli Stati notoriamente in mala fede – dal [Rapporto sulla Turchia](#) dell'EASO (*European Asylum Support Office*), nel quale (p. 30 ss. e p. 56) vengono riferiti anche arresti arbitrari, eccessivo uso della forza da parte della polizia, impunità per i crimini commessi e altre violazioni. Da notare che l'EASO è una agenzia dell'UE la cui funzione è proprio quella, tra l'altro, di dare agli Stati membri informazioni utili alla qualificazione come Stato sicuro, cosa che conferisce carattere schizofrenico al comportamento di Stati ed istituzioni europee che continuano a sostenere e a magnificare l'applicazione del c.d. accordo UE-Turchia. Alla luce della documentazione esistente, quindi, è assolutamente conforme al diritto internazionale l'operato delle competenti istituzioni greche che hanno finora accolto la maggior parte dei ricorsi contro il respingimento proprio sulla base dell'assenza del requisito di Paese sicuro; di

136 Dibattiti

contro, se tale linea di tendenza si invertisse e si procedesse a rinvii massicci sulla base di accertamenti sommari e presuntivi – come sta incredibilmente suggerendo la Commissione europea nel [Joint Action Plan](#) del dicembre 2016 – si configurerebbe una violazione dell'art. 3 CEDU e quindi sussisterebbe il fondamento giuridico per la proposizione di ricorsi alla CtEDU. Il c.d. accordo si rivela quindi assolutamente inidoneo a «svuotare» la Grecia dell'alto numero di richiedenti protezione in essa tuttora presenti. E difatti, come riferito dalla Commissione nel [sesto rapporto](#) sull'attuazione del c.d. accordo, dal 20 marzo 2016 solo 1210 ritorni sono stati effettuati e, per di più, non per una vera e propria applicazione di esso, ma solo perché non era stata presentata domanda di protezione o questa era stata ritirata. Questo fallimento ha il costo non irrilevante di tre miliardi di euro dei contribuenti europei pagati alla Turchia anche come corrispettivo delle riammissioni. Né può dirsi che l'ingente somma sia stata utile almeno a fermare i flussi di persone perché questi ultimi si sono semplicemente trasferiti sulla rotta del Mediterraneo centrale verso l'Italia (il cui governo ha avuto l'incredibile acume di approvare e finanziare incondizionatamente una operazione che già a prima vista era chiaramente controproducente per i suoi interessi). Come si vede, sarebbe stato difficile decidere una misura più irrazionale e dannosa del c.d. accordo UE-Turchia. Eppure i governi europei continuano imperterriti nella farsa della sua glorificazione, forse perché è preferibile buttare tre miliardi di euro per un atto puramente simbolico di valenza xenofoba e antidemocratica che impiegare utilmente una somma anche minore nella organizzazione efficiente di una politica di accoglienza e immigrazione con ricadute positive per tutti.

Dato che, com'è noto, non c'è limite al peggio, dopo la cooperazione con la Turchia gli Stati europei, Italia in testa, si sono cimentati addirittura nell'impossibile: l'accordo con la

Libia. Se nel caso precedente ci trovavamo di fronte ad un non-accordo con uno Stato, in questo caso si tratta addirittura di un non-accordo con un non-Stato. La Libia infatti si è da tempo dissolta in un conflitto che non oppone semplicemente due o tre parti, ma una miriade di bande armate che controllano singole città o territori limitati o specifiche istituzioni e fluttuano tra alleanze estremamente precarie: tale quadro di frantumazione e ingovernabilità è documentato dettagliatamente nelle oltre 200 pagine del [rapporto del 1° giugno 2017 del Panel di esperti sulla Libia](#), stabilito dal Consiglio di sicurezza; esso non può essere in alcun modo superato dal fatto che un presunto governo di unità nazionale libico (GNA), che si ritiene guidato da Fayeze al Sarraj, abbia il riconoscimento dell'ONU e degli Stati occidentali dato che, notoriamente, il riconoscimento non ha effetti giuridici costitutivi della personalità internazionale. Nonostante ciò, l'Italia, con il supporto esterno degli altri Paesi europei, ha firmato il 2 febbraio 2017 con Fayeze al Sarraj un *Memorandum* d'intesa in cui la parte italiana si impegna a sostenere il finanziamento di programmi e iniziative sia di controllo dei confini libici meridionali, sia di lotta, in generale, all'immigrazione illegale (art. 4). Il 2 agosto 2017, inoltre, in risposta ad lettera del Presidente Sarraj del 23 luglio 2017, l'Italia ha approvato una missione di sostegno alla c.d. guardia costiera libica che prevede il distacco di unità navali italiane nel mare territoriale libico in supporto all'azione di contrasto al traffico di esseri umani. Ora, se in totale malafede si può cavillare sulla qualificazione della Turchia quale Stato sicuro, non vi è veramente alcuna possibilità di considerare tale il territorio sul quale un tempo esisteva un governo libico. Esemplificativamente, nella marea di rapporti sui diritti umani che chiunque può trovare digitando su Google le parole «Libia» e «diritti umani», ci limitiamo a citare: il Rapporto dell'UNHCR del 2015, tuttora confermato, nel quale, tra

l'altro, sulla base delle gravi violazioni di diritti umani in Libia si invitano gli Stati «to refrain from returning to Libya any third-country nationals intercepted at sea and to ensure that those in need of international protection are able to access fair and effective asylum procedures upon disembarkation»; il Rapporto dell'UNHCR e della missione delle Nazioni Unite in Libia UNSMIL del 13 dicembre 2016 (ove, tra l'altro, a p. 13 si legge che «UNSMIL has received reports indicating that Libyan Coast Guard and DCIM [Department to Counter Illegal Migration] staff members have worked with armed groups, smugglers and traffickers to exploit migrants for profit») e il precitato rapporto del Panel di esperti sulla Libia stabilito dal Consiglio di sicurezza. In quest'ultimo, tra l'altro, si riferisce dettagliatamente come la guardia costiera libica sia formata da quelle stesse bande armate che esercitano il traffico e la tratta di persone; a p. 21, par. 104, può leggersi infatti: «Abuses against migrants were widely reported, including executions, torture and deprivation of food, water and access to sanitation. The International Organization for Migration (IOM) also reported enslavement of sub-Saharan migrants. Smugglers, as well as the Department to Counter Illegal Migration and the coastguard, are directly involved in such grave human rights violations (see also para. 245). Abd al-Rahman Milad (*alias* Bija), and other coastguard members, are directly involved in the sinking of migrant boats using firearms. In Zawiyah, Mohammad Koshlaf opened a rudimentary detention centre for migrants in the Zawiyah refinery. The Panel collected information on abuses against migrants by several individuals (see annex 30). In addition, the Panel collected reports of poor conditions in migrant detention centres in Khums, Misratah and Tripoli (see para. 93 and annex 31)». Nell'allegato 17 al Rapporto, intitolato *Links between armed groups, criminal groups and the Coast guard in Zawiyah*, si legge: «The commander of the al-Nasr brigade

(Koshlaf) opened a detention centre in Zawiya. The Panel received information that the detention centre, commanded by a former army Colonel, Fathi al-Far, is used to “sell” migrants to other smugglers. Koshlaf’s network gained influence over the coast guard operations in Zawiya, notably through the officer Abd al-Rahman Milad (also from the Awlad Bu Hmeira tribe). In 2015, The Zawiya coast guard’s patrol boat (see photograph below), operated by Abd al-Rahman Milad (alias al-Bija), was involved in intercepting migrants and transferring them to the al-Nasr detention centre».

Alla luce dell’ampia documentazione istituzionale esistente, può affermarsi che collaborare con i libici al trattenimento nel loro territorio dei flussi di persone significa rendersi complici delle torture, uccisioni, assoggettamento a schiavitù che sono e saranno commessi. Per quanto gli Stati europei, Italia in testa, si sforzino di elaborare campagne pubblicitarie per presentare l’esternalizzazione delle frontiere come una pratica umanitaria volta a prevenire le morti in mare, il giurista è vincolato al duro (e puro) dato normativo che, sia in relazione al c.d. accordo con la Turchia, sia per le intese con la Libia, conduce a delineare una responsabilità internazionale dei suddetti Stati da far valere mediante ricorsi per violazioni del divieto di *refoulement* posto dall’art. 3 CEDU e/o per violazioni degli artt. 2, 3, 4, 5 CEDU.

Si impone pertanto l’abbandono non solo delle sopra esaminate intese, ma anche delle altre in corso di attuazione con Stati che sembrano scelti non per la loro sicurezza, ma, al contrario, in funzione del maggiore livello di atrocità in essi commesse (si veda l’elenco alla nota 24 della citata Comunicazione della Commissione UE del 2016).

È il caso del Sudan, con il quale l’Italia ha una avanzata cooperazione per il rafforzamento delle frontiere (vedi [qui](#)) nonostante la documentazione di diffuse violazioni dei diritti umani da parte di un dittatore già destinatario di due mandati

140 Dibattiti

internazionali della Corte penale internazionale per genocidio, crimini di guerra e contro l'umanità e nonostante la diffusa situazione di conflitto nelle province del Darfur, del Kordofan e del Nilo Blu ove le milizie governative (NISS) e le forze paramilitari da esse dirette (RSF) si abbandonano ad ogni sorta di atrocità verso i civili (entrambi gli aspetti sono documentati, tra i tanti rapporti, [qui](#)).

Pure prescelta per le intese in esame è l'Eritrea – governata anch'essa da un feroce dittatore – per la quale è sufficiente rinviare, tra le molteplici fonti, al [Rapporto](#) di 500 pagine dell'8 giugno 2015 presentato dalla Commissione d'inchiesta sui diritti umani in Eritrea costituita dal Consiglio dei diritti umani dell'ONU, ove si legge (parr. 26 e 96 lett. b) della sintesi) «To ascribe their (Eritreans) decision to leave solely to economic reasons is to ignore the dire situation of human rights in Eritrea and the very real suffering of its people. Eritreans are fleeing severe human rights violations in their country and are in need of international protection» ed ove si chiede agli altri Stati di «(b) Respect the principle of non-refoulement and end bilateral and other arrangements that jeopardize the lives of those who seek asylum».

Non meno illecite le intese con la Repubblica centrafricana in relazione alla quale leggiamo, ad esempio nel [Rapporto del 28 luglio 2017](#) al Consiglio dei diritti umani da parte dell'Esperto indipendente sulla situazione dei diritti umani nella Repubblica Centrafricana (par. 101): «The security situation has worsened dramatically since the previous report and the oral presentation of March 2017 following advances by the armed groups, who currently control 12 out of country's 16 provinces in the south and centre. The Independent Expert notes that, in those areas, the armed groups are killing, looting, burning down houses and assuming sweeping powers, including in the fields of justice administration and tax collection, as the State and MINUSCA (United Nations

Multidimensional Integrated Stabilization Mission in the Central African Republic) watch on, virtually impotent. She has warned of the worsening of the security situation throughout the period and of the slow progress in restoring effective State authority outside Bangui».

Nella lista degli Stati con cui cooperare non manca neppure la Nigeria per la quale rinviamo, tra gli altri, al [rapporto dell'UNHCR](#) ove, al par. 12, si legge: «UNHCR calls upon States to suspend forcible returns of nationals or habitual residents to this part of Nigeria, including those who have had their asylum claim rejected, until the security and human rights situation has improved considerably».

Ci fermiamo qui, ma si potrebbe continuare. È altamente improbabile che, a fronte dei suddetti rapporti, la CtEDU non accolga gli eventuali ricorsi che potrebbero essere presentati da chi avesse subito o rischiato di subire un danno grave per essere stato trattenuto o respinto nei Paesi di cui si tratta.

Ma c'è di più: riservandoci un approfondimento in altra sede, ci sembra utile prospettare fin d'ora la possibilità che – dato il loro evidente carattere di forme di complicità con governi dittatoriali o di mezzi grazie ai quali si espongono masse enormi di persone alla violazione di diritti umani fondamentali – le politiche di esternalizzazione in Paesi non sicuri siano configurabili come violazioni di massa dei diritti umani, equiparabili alle *extraordinary renditions*, per le quali i singoli governanti che le promuovono possono incorrere in responsabilità penale personale dinanzi alla Corte penale internazionale. Una iniziativa in tal senso è già stata intrapresa nei confronti dell'Australia, Stato pilota nelle politiche di esternalizzazione, con la [richiesta di indagini](#) indirizzata nel febbraio scorso all'Ufficio del Procuratore della Corte penale internazionale.

Non v'è dubbio quindi che un giudice che sappia sanzionare l'obbrobrio sotto i nostri occhi lo si troverà. Ma un

142 Dibattiti

politico che voglia ripudiarlo e porvi fine dove lo troveremo?
Forse su Marte (?).

11 settembre 2017

Il diritto di cercare asilo ai tempi dell'*Aquarius*

DANIELA VITIELLO(*)

Il lungo peregrinare della nave *Aquarius*, sospinta dai nuovi venti politici che le hanno negato l'autorizzazione all'ingresso nelle acque interne italiane, è terminato nel porto di Valencia il 17 giugno scorso. La disponibilità offerta dal governo spagnolo all'ingresso dell'imbarcazione in uso alle organizzazioni non governative [SOS Mediterranée](#) e [Medici senza frontiere](#) ha temporaneamente disinnescato una crisi umanitaria, consentendo alle 629 persone a bordo di sbarcare in un luogo sicuro (per alcuni commenti v. [qui](#), [qui](#) e [qui](#)).

Dalla ricostruzione dei fatti, come esposti dal Ministro dell'Interno italiano nella [seduta pubblica](#) del Senato del 13 giugno, emerge che l'*Aquarius* aveva raccolto a bordo i migranti salvati durante sei distinti interventi di *search and rescue*, avvenuti nelle acque prospicienti le coste libiche tra il 5 e il 9 giugno. In alcuni casi, l'operazione di salvataggio era stata condotta per mezzo di natanti italiani, che avevano poi disposto il trasferimento delle persone a bordo dell'*Aquarius*.

Il Comando Generale del Corpo delle Capitanerie di porto – organismo che funge da *Italian Maritime Rescue Coordination Centre* (I.M.R.C.C.) ai sensi della Convenzione di Amburgo del

(*) Università della Tuscia.

1979 (v. il [DPR 662/94](#)) – aveva ricevuto le richieste di soccorso e provveduto a informare le autorità libiche, ritenute competenti per il coordinamento delle operazioni nella neo-istituita zona SAR libica. Nel silenzio dei libici, l'I.M.R.C.C. di Roma aveva assunto il coordinamento e chiesto a Malta di autorizzare lo sbarco dell'*Aquarius*, in quanto «luogo sicuro» più prossimo alle coordinate dell'imbarcazione.

Nel frattempo, il 10 giugno i Ministeri di Interno e Infrastrutture italiani disponevano la chiusura dei porti all'*Aquarius*, che restava in attesa di indicazioni su dove sbarcare, a 35 miglia nautiche dall'Italia e a 27 da Malta. L'11 giugno, mentre navi della Marina militare trasportavano nei porti siculi circa mille migranti soccorsi in mare, giungeva il diniego formale delle autorità maltesi all'ingresso dell'*Aquarius* nei propri porti, motivato dall'estraneità di Malta all'operazione SAR, avvenuta nella zona SAR libica e coordinata dall'Italia, oltre che dal ricorrente argomento dell'insostenibilità numerica dello sbarco per uno Stato così piccolo.

Dopo diciassette ore di stallo, in cui la sicurezza a bordo dell'*Aquarius* era stata garantita dalla fornitura di viveri e medicinali attraverso motovedette italiane, nella serata dell'11 giugno veniva formalizzata da parte spagnola l'offerta di un porto sicuro per l'*Aquarius*, che intraprendeva una lunga traversata, durata ben sei giorni, alla rotta di Valencia. A bordo, però, c'erano solo un centinaio di migranti, gli altri essendo stati tradotti sulle navi italiane Dattilo (Guardia costiera) e Orione (Marina militare), su espressa richiesta del comandante dell'*Aquarius*.

A dieci giorni di distanza, le reazioni politiche italiane ed europee all'operazione di soccorso condotta dalla nave *Lifeline* il 21 giugno (v. [qui](#)) mostrano che il caso *Aquarius* non può dirsi affatto [chiuso](#). Il [Consiglio europeo](#) attualmente in corso rappresenta, quindi, una tappa cruciale nella ridefinizione degli

indirizzi delle politiche europee di immigrazione e asilo, in un senso auspicabilmente coerente con un'equa ripartizione delle responsabilità tra gli Stati membri. Tale Consiglio offrirà, tra l'altro, l'occasione di un confronto europeo sulla proposta italo-francese di istituire punti di raccolta ed esame delle domande d'asilo nei paesi di origine (su cui v. già la [dichiarazione](#) del Commissario Avramopoulos sull'infattibilità, nell'UE, del «modello australiano»; sulle criticità sotto il profilo giuridico v. [Liguori](#)).

Un quadro giuridico composito

In attesa di ulteriori sviluppi, l'*affaire Aquarius* merita la dovuta attenzione, soprattutto in ragione della complessità delle questioni giuridiche attorno alle quali è stata alquanto apoditticamente ricostruita, e difesa sino alle estreme conseguenze, la pretesa di chiusura dei porti italiani.

Come rilevato con immediata efficacia dalla [Lettera aperta](#) del [Gruppo d'Interesse sul Diritto del mare della SIDI](#) e dalla [Dichiarazione](#) dei [Magistrati europei per la democrazia e la libertà \(MEDEL\)](#), si tratta di questioni regolate da un insieme di norme internazionali sul diritto del mare, sul contrasto allo *smuggling*, sui diritti umani e sul diritto dei rifugiati, integrato e completato dal diritto dell'Unione europea e da quello nazionale.

I due perni di questo insieme normativo sono: l'obbligo consuetudinario di salvaguardia della vita umana in mare, codificato nell'articolo 98 della Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare (UNCLOS), che si impone anche alle imbarcazioni private, e il divieto di sbarco in un luogo in cui le persone soccorse in mare corrano un rischio per la propria vita, incolumità e dignità.

Tuttavia, l'obbligo di sbarco in un «*place of safety*» (POS) è meramente enunciato nelle Convenzioni SAR e SOLAS, che

146 Dibattiti

però non ne chiariscono il contenuto precettivo (SAR, parr. 1.3.2 e 3.1.9; SOLAS, reg. V/33, par. 1-1; il riferimento è ai testi emendati nel 2004). Uno sforzo ermeneutico è, quindi, necessario al fine di rifuggire interpretazioni restrittive della nozione giuridica di POS, che risultino in contrasto con una lettura sistematica – e coerente con l’articolo 31, par. 3, lett. c), della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati – di quel composito insieme di norme internazionali che regola le operazioni di ricerca e soccorso in mare. Ciò è tanto più necessario alla luce delle [linee guida](#) dell’Organizzazione marittima internazionale (IMO) sul trattamento delle persone soccorse in mare e dei [principi](#) relativi alle procedure amministrative per lo sbarco che, pur non essendo vincolanti, svolgono una fondamentale funzione di parametro interpretativo, espressamente riconosciuta nelle Convenzioni SAR (par. 3.1.9) e SOLAS (reg. V/33, par. 1.1).

Da tali obblighi discendono due corollari: *in primis*, che la traversata delle persone soccorse in mare avvenga in condizioni di sicurezza e si concluda nel più breve tempo possibile; *in secundis*, che il luogo di sbarco possa essere qualificato, anche alla luce delle informazioni fornite dal capitano, come POS. A questi si aggiunge il dovere di leale cooperazione da parte di tutti gli attori statali coinvolti nell’operazione SAR, volto a evitare situazioni di stallo che, al contempo, aggravino la responsabilità del comandante che ha eseguito il salvataggio e comportino una deviazione significativa dalla rotta originaria dell’imbarcazione di soccorso. A tal fine, gli emendamenti alle Convenzioni SAR e SOLAS, ratificati dall’Italia, ma non da Malta, tendono a rafforzare il coordinamento tra lo Stato responsabile per la zona SAR in cui è avvenuto il soccorso e gli Stati eventualmente designati (SAR, par. 3.1.9; linee guida IMO, parr. 2.4, 6.7, 6.12-6.17; principi IMO sulle procedure di sbarco, parr. 2.2 e 2.3).

Le regole sulla cooperazione nell’individuazione del POS

devono essere interpretate in buona fede, ma possono incontrare un ostacolo nel potere sovrano degli Stati costieri di negare l'autorizzazione all'ingresso nelle proprie acque interne di navi straniere (art. 25, par. 2, UNCLOS). Vero è, però, che l'esercizio di tale potere deve avvenire nel rispetto delle norme UNCLOS e delle altre regole di diritto internazionale rilevanti (art. 2, par. 3, UNCLOS). Inoltre, un dovere di autorizzare l'ingresso nelle acque interne della nave di soccorso potrebbe ricavarsi dall'assenza di limitazione geografica dell'obbligo di salvaguardia della vita umana in mare (v. SAR, par. 2.1 e SOLAS, reg. V/1-1). Come convincentemente sostenuto (Ratcovich, 2015, p. 5-6), tale lettura trova conferma nel diritto di passaggio inoffensivo, quanto meno in rapporto ai casi in cui l'ingresso nelle acque interne si renda necessario per prestare assistenza a persone, imbarcazioni o aeromobili in *distress* (art. 18, par. 2, UNCLOS). Analogamente, dall'obbligo di salvaguardia della vita umana in mare è stata derivata un'eccezione alla regola generale di cui all'articolo 25 UNCLOS, volta a riconoscere un diritto di accesso al porto dell'imbarcazione in *distress* ([Moreno-Lax](#), 2011, p. 219).

A ciò si aggiunge che lo Stato parte della Convenzione di Amburgo, nella cui zona di competenza avviene il soccorso, detiene la responsabilità principale («*primary responsibility*») per il coordinamento dell'operazione SAR, che deve concludersi con lo sbarco delle persone in un POS, previamente individuato in funzione delle specificità del caso di specie, in cooperazione con gli altri Stati a vario titolo coinvolti nell'operazione (SAR, parr. 3.1.9 e 3.1.6.4). Lo sbarco, dunque, non deve necessariamente avvenire in uno dei porti dello Stato che coordina l'operazione SAR, qualora vi sia un luogo sicuro più «idoneo» (il par. 2.3. dei principi IMO sulle procedure di sbarco afferma che lo Stato responsabile per il coordinamento dell'operazione SAR dovrebbe autorizzare l'ingresso della nave di soccorso solo nel caso in cui lo sbarco non possa essere

rapidamente organizzato altrove).

Il nesso sbarco-accoglienza-asilo nell'UE e le responsabilità di Malta e Italia

Nella prassi, l'assenza di criteri gerarchici per la determinazione del POS, oltre all'asimmetria degli obblighi, discendente dalla loro collocazione all'interno di emendamenti alle Convenzioni SAR e SOLAS, possono complicare la «presa in carico» delle persone soccorse; anche perché, nella cornice giuridica del sistema comune europeo di asilo, allo sbarco segue la prima accoglienza e l'accesso delle persone bisognose di protezione internazionale alle procedure di determinazione dello *status*. Peraltro, la Corte di giustizia ha chiarito che l'incompetenza all'esame di una domanda d'asilo, ai sensi del [regolamento di Dublino](#), non può essere addotta dallo Stato membro in cui il richiedente si trova nelle more della presa in carico da parte dello Stato membro competente, al fine di limitare gli obblighi in materia di condizioni minime di accoglienza (*Cimade*, punti 50, 61).

Il nesso sbarco-accoglienza-accesso all'asilo spiega la contesa tra Italia e Malta. Quest'ultimo Stato ha da sempre negato l'autorizzazione agli sbarchi di migranti soccorsi nella propria estesissima zona SAR, che ha «ereditato» dal Regno Unito, ma che non è in grado di controllare per ovvie ragioni di proporzione geografica (può ricordarsi, ad es., l'episodio della nave commerciale *Salamis*, riportato nel rapporto [The «Left-to-die» Boat](#), par. 38; più in generale, sulla posizione di Malta rispetto alle Convenzioni SAR e SOLAS v. [qui](#)).

Al di là delle responsabilità di Malta, che devono essere valutate anche alla luce della sostanziale acquiescenza mostrata dalla gran parte degli Stati europei e, nel corso dell'ultimo quinquennio, anche dall'Italia, non pare peraltro in linea con le norme sopra richiamate la normalizzazione di una soluzione

all'attuale querelle italo-maltese che preveda gli sbarchi in Spagna. Infatti, ciò implicherebbe una consistente deviazione di rotta delle imbarcazioni che svolgono, sempre più spesso in luogo degli Stati, una cruciale funzione nella salvaguardia della vita umana in mare e la cui «immobilizzazione», attraverso viaggi troppo lunghi, comporterebbe l'impossibilità di stazionare nell'area operativa dei soccorsi.

Per quanto riguarda l'Italia, invece, una responsabilità per il trattamento degradante dei migranti soccorsi dall'*Aquarius*, conseguente alla prolungata permanenza in mare, in uno stato di incertezza sul porto di sbarco, potrebbe essere ricavata in relazione alle persone condotte a bordo delle navi *Orione* e *Dattilo* per concludere il viaggio in Spagna. La Corte di Strasburgo ha, infatti, affermato la giurisdizione extraterritoriale degli Stati parti della CEDU tanto nelle ipotesi di esercizio *de jure* dei poteri dello Stato della bandiera (v. [Hirsi](#)) quanto in quelle in cui è stata rilevata la sussistenza di un controllo effettivo sulle persone a bordo della nave (v. [Medvedyev](#)). Per quanto concerne i migranti a bordo di navi private di soccorso, come l'*Aquarius*, potrebbe essere richiamato il precedente nel caso [Women on Waves](#), in cui la Corte ha presupposto la giurisdizione extraterritoriale portoghese in un caso di diniego di accesso alle acque territoriali, benché in quel caso fosse stata inviata dalle autorità portoghesi una nave militare per impedire l'ingresso della *Borndiep* in acque territoriali (par. 43). Al contempo, la giurisdizione dell'Italia in relazione alle eventuali violazioni dei diritti convenzionali, avvenute nell'ultima fase di navigazione dell'*Aquarius*, potrebbe essere affermata in ragione della circostanza che la nave di soccorso sia stata «scortata» a Valencia da due navi italiane.

D'altra parte, quandanche il mero coordinamento della missione di soccorso dovesse rivelarsi inidoneo a stabilire un sufficiente *jurisdictional link* alla luce del precedente in [Al-](#)

Skeini (v. [Gammeltoft-Hansen – Hathaway](#), 2015, pp. 268-269), il consolidamento di una prassi di chiusura dei porti, che lasci i migranti soccorsi in mare dalle ONG «in orbita» nel Mediterraneo, e i richiedenti asilo nell'impossibilità di cercare asilo, potrebbe indurre la Corte di Strasburgo ad adottare un'interpretazione evolutiva della nozione di giurisdizione, che consenta una più chiara ricostruzione delle responsabilità dello Stato che coordina a distanza un'operazione SAR condotta da attori privati.

La chiusura dei porti nell'ambito della strategia italiana di esternalizzazione delle frontiere

Lo sviluppo di una prassi di sistematica chiusura dei porti alle ONG potrebbe, quindi, indurre la Corte EDU ad adottare una interpretazione evolutiva della nozione di giurisdizione. Tanto più che la pretesa dell'attuale Ministro dell'Interno segna una discontinuità solo apparente con la precedente gestione del fenomeno migratorio via mare da parte italiana. Già un anno fa, infatti, l'ipotesi di chiusura dei porti era stata lanciata dall'Italia sul tavolo negoziale europeo a mo' di minaccia recante l'ambizioso fine di ricompattare la latitante solidarietà europea nell'ambito dell'attuazione delle decisioni [1523](#) e [1601](#) sulla *relocation* (v. [De Sena e De Vittor](#), in questo blog; sulla «crisi» della solidarietà europea nell'esperienza della *relocation* v. [Favilli](#), 2018; sulla base giuridica di cui all'art. 78 TFUE, v. Adinolfi, *Articolo 78*, in Pocar – Baruffi (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione Europea*, 2014, pp. 480 ss.).

La solidarietà europea non ne usciva fortificata – né diverso effetto avrebbe sortito, di lì a poco, la pronuncia della Corte di Lussemburgo nel caso *Slovacchia e Ungheria c. Consiglio* (per un commento, v. [Cherubini](#) e [Labayle](#), 2017). Tuttavia, la levata di scudi italiana veniva riassorbita nel rinnovato sostegno

finanziario e istituzionale offerto dalla [Commissione](#), e confermato dal [Consiglio GAI](#) di Tallinn, nonché dal successivo [Vertice di Parigi](#), alla realizzazione dei punti chiave della strategia italiana di esternalizzazione delle frontiere.

In primo luogo, l'approfondimento della cooperazione Italia-Libia, con l'intento (*inter alia*) di offrire supporto al [precaro governo](#) di Al Sarraj nella creazione di un centro di coordinamento e soccorso marittimo libico (sulle relative preoccupazioni manifestate dall'IMO, v. [qui](#), pp. 2 e 12).

In secondo luogo, l'adozione di un codice di condotta inteso a regolare (*rectius*, a limitare) l'operato delle ONG impegnate nella ricerca e nel soccorso dei migranti al largo delle coste libiche (v. in generale sull'esternalizzazione, [Carella](#), in questo blog).

Questi sviluppi, rispetto ai quali l'effettiva chiusura del porto di Messina all'*Aquarius* può considerarsi un epilogo quasi necessario, hanno segnato una frattura giuridica e politica incolmabile con il precedente approccio italiano alle attività di ricerca e soccorso in mare (si pensi all'operazione *Mare Nostrum*, su cui v. [Favilli](#), in questo blog; [De Vittor](#), 2014). Al contempo, essi delineano un *revival*, opportunamente aggiornato, di antichi approcci tendenti ad aggirare le responsabilità italiane in materia di protezione internazionale (v. Scovazzi, *La tutela della vita umana in mare, con particolare riferimento agli immigrati clandestini diretti verso l'Italia*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 106 ss.) e a criminalizzare l'assistenza umanitaria prestata dalle ONG in mare, in funzione di deterrente delle partenze (si ricorda il celebre caso della nave Cap Anamur, dell'omonima ONG tedesca, cui nel 2004 l'allora Ministro dell'Interno negò l'autorizzazione all'approdo nel porto di Empedocle, nel tentativo di forzare le autorità maltesi ad assumere la responsabilità per i migranti a bordo; dopo un braccio di ferro durato alcuni giorni, l'imbarcazione fu autorizzata ad attraccare

in Italia, per poi essere sequestrata, con l'arresto del comandante per favoreggiamento dell'immigrazione clandestina. Il processo, durato cinque anni, si concluse con una pronuncia di assoluzione perché il fatto non costituisce reato: v. [qui](#) e [qui](#)).

L'esternalizzazione basata sul modello dei «pull-backs»

È, quindi, utile individuare gli elementi di novità nella politica italiana di esternalizzazione, partendo dalla cooperazione italiana con il governo libico di accordo nazionale. Tale cooperazione, fondata sul *Memorandum* del febbraio 2017, appare volta alla sperimentazione di un modello di delega integrale a un paese terzo della funzione di controllo dei flussi migratori nel Mediterraneo centrale, il cui unico precedente europeo è rappresentato dall'attività di pattugliamento del Mediterraneo orientale da parte delle autorità di frontiera turche, in attuazione della [Dichiarazione UE-Turchia](#) del 18 marzo 2016 e della [dichiarazione congiunta greco-turca](#) resa al margine del vertice di Izmir dell'8 marzo 2016. Questo modello di esternalizzazione, basato sui c.d. «pull-backs», rappresenta un'evoluzione di quello fondato sui c.d. «push-backs» e reiteratamente sanzionato dalla Corte di Strasburgo (v. da ultimo, [ND e NT c. Spagna](#), par. 103 ss.). Esso mira a evitare che i migranti soccorsi o intercettati in mare ricadano nella giurisdizione *de iure* o *de facto* degli Stati europei e, in ultima analisi, a circoscrivere i casi in cui i centri di coordinamento degli Stati frontalieri dell'Unione debbano assumere la responsabilità per le operazioni SAR (in tal senso, deve interpretarsi il sostegno offerto dall'Italia all'istituzione di una zona SAR libica da parte di un governo che non controlla neppure l'intero territorio statale, su cui v. [qui](#) e [qui](#), p. 18).

In altri termini, l'aspirazione degli Stati membri frontalieri, apertamente incoraggiati dall'Unione europea, è quella di

aggirare le responsabilità derivanti dal divieto di *refoulement* e di espulsioni collettive, impedendo ai migranti e ai rifugiati l'attraversamento di un confine internazionale, che è – come noto – condizione necessaria per l'attivazione della protezione che scaturisce tanto dal diritto di Ginevra quanto dalla giurisprudenza della Corte EDU. Il problema è che questa aspirazione cozza vistosamente con l'oggetto e con lo scopo del sistema comune europeo di asilo fondato sugli articoli 78 e 80 TFUE, oltre che sul combinato disposto degli articoli 18, 19 e 47 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

Tale considerazione dovrebbe incoraggiare la Corte di giustizia – nello stallo della riforma legislativa del sistema comune europeo di asilo – a limitare il proprio *self-restraint* nella ricostruzione dell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione rispetto alla delicata questione del diritto di cercare asilo (in tal senso v., pur con i dovuti *distinguo*, [Qurbani](#), punti 24-28, e [X e X](#), punti 42-49). Occorrere, in particolare, riconoscere che il viaggio e l'arrivo spontaneo dei richiedenti asilo costituiscono elementi imprescindibili per garantire l'effettività del diritto stesso e che le intese tra Stati membri e paesi terzi volte a impedire le partenze svuotano di qualsivoglia effetto utile il sistema comune europeo di asilo. D'altra parte, se è vero che il protocollo n. 23 sulle relazioni esterne degli Stati membri in materia di attraversamento delle frontiere esterne, allegato al Trattato di Lisbona, limita espressamente la *pre-emption* in questo ambito materiale di competenza concorrente, è pur vero che la competenza statale deve essere esercitata in ogni caso nel rispetto del diritto dell'Unione e degli altri accordi internazionali pertinenti.

Eppure, la pervicace retorica del «paese terzo sicuro» ha sinora (e incredibilmente) funzionato da scudo rispetto all'accertamento delle responsabilità dell'Italia e della Grecia per la conclusione di accordi implicanti una delega crescente di responsabilità per il controllo dei flussi in transito verso

l'Europa a paesi terzi che non sono parti della Convenzione di Ginevra e della CEDU, come la Libia, o che l'hanno ratificate con riserva, come la Turchia (sulla responsabilità degli Stati europei, v. [De Vittor](#), 2018). La presunzione di sicurezza posta alla base di questi modelli non rientra, naturalmente, tra le presunzioni di sicurezza dei paesi terzi che gli Stati UE possono rendere operanti nell'ambito dell'esame delle domande di protezione internazionale, ai sensi della [direttiva procedure](#) (sul punto v. [Favilli](#), 2018). Si tratta piuttosto di una presunzione priva di base giuridica nel diritto UE, operante in via di prassi – e in maniera necessariamente assoluta e indiscriminata – *prima* che i migranti e i rifugiati in *distress* entrino in acque internazionali, al fine di giustificare quella che non può che apparire come una forma di *refoulement by proxy* o di macroscopica lesione del diritto di cercare asilo, ossia di intraprendere la fuga da persecuzioni, tortura, guerra e vessazioni.

La criminalizzazione della solidarietà in mare

L'obiettivo del contenimento delle partenze spiega l'altro punto chiave della strategia italiana di esternalizzazione, ovvero il condizionamento imposto alle ONG operanti nel Mediterraneo attraverso l'adozione di un [Codice di condotta](#). La solerzia delle ONG nella ricerca e nel soccorso dei migranti a ridosso delle acque libiche può rappresentare un insormontabile ostacolo alla realizzazione dei *pull-backs*. Per quanto l'Italia continui a foraggiare l'alleato libico, inviando navi ed esperti, e finanziando programmi di formazione e assistenza, l'azione delle ONG finisce sistematicamente per ricondurre i migranti entro la giurisdizione italiana, ristabilendo il nesso funzionale tra salvataggio, accoglienza e radicamento della competenza all'esame della domanda d'asilo che discende dall'applicazione, inter alia, del famigerato

regolamento di Dublino (su cui v. [Di Filippo](#), 2018). Di qui la necessità di imporre, alle ONG impegnate nella ricerca e soccorso a largo delle acque libiche, la sottoscrizione di un documento largamente ricognitivo del diritto internazionale vigente (e in buona sostanza sovrapponibile al [codice](#) frutto di attività di auto-regolazione delle ONG stesse), ma in cui l'enfasi è posta sull'obbligo di non entrare nelle acque territoriali libiche, di non «intralciare» l'attività SAR della guardia costiera libica, di non inviare segnalazioni luminose volte a rendere nota la propria posizione alle imbarcazioni dei migranti – a parte la larvata minaccia di «misure» in caso di mancata sottoscrizione.

Tra le ONG che non hanno sottoscritto il Codice, in effetti, troviamo curiosamente proprio le due implicate nel caso Aquarius, oltre a Jugend Rettet (la cui imbarcazione Iuventa è sotto sequestro da circa un anno; per un'analisi della relativa vicenda giudiziaria v. [Saccucci](#), 2018; v. anche la [richiesta](#) di archiviazione del procedimento a carico di ignoti che trae origine dalle operazioni SAR condotte dalla nave di soccorso Golfo Azzurro nel maggio 2017). Si noti che quanto precede non sta certo a significare che il volontariato privato, impegnato nell'esercizio di una funzione pubblica, come quella della ricerca e del soccorso in mare, non debba essere assoggettato a regole certe, volte a garantire la trasparenza dell'attività condotta e a consentire la reazione dell'ordinamento alla violazione delle norme che regolano l'esercizio dei medesimi poteri da parte dell'autorità pubblica. Anzi, l'*accountability* è nell'interesse delle stesse ONG, nella misura in cui consente di sgomberare il campo da qualsiasi dubbio circa la possibilità di associazione a delinquere tra le ONG e i trafficanti.

Tuttavia, anche alla luce dei risultati raggiunti dall'[indagine conoscitiva](#) del Senato sull'impatto delle attività delle ONG sul controllo dei flussi migratori nel Mediterraneo, occorre respingere con decisione le tesi portate avanti da una certa

156 Dibattiti

parte della magistratura e della politica italiana. Esse appaiono particolarmente perniciose in ragione della logica che vi sottende e che presuppone una «radicale inversione del paradigma valoriale» dello stato di diritto ([De Vittor](#), in questo blog), per cui lo *smuggling* diviene di fatto un reato accessorio alla migrazione irregolare, il cui contrasto finisce per prevalere persino sugli obblighi del comandante di salvaguardare la vita umana in mare (v. gli artt. 489-490 del codice della navigazione).

Per contro, le prese di posizione di altra parte della magistratura italiana in relazione, rispettivamente, alla repressione del reato di *smuggling* e alla criminalizzazione dell'attività di ricerca e soccorso, condotta dalle ONG nel Mediterraneo, dovrebbero essere valorizzate. Per quanto attiene al primo profilo, si segnala la [decisione](#) del giudice Modica del 7 settembre 2017, in cui l'esimente dello stato di necessità (art. 54 del codice penale) è stata applicata al caso di migranti divenuti «scafisti involontari» perché costretti dietro minaccia dell'organizzazione criminale di stanza in Africa a prendere il timone dell'imbarcazione destinata a trasportare i migranti in Italia (sul diverso profilo del ricorso allo stato di necessità, nella giurisprudenza della Cassazione, per l'esercizio dell'azione penale nei confronti dei facilitatori, v. [Annoni](#), in questo blog).

Per quanto attiene, invece, alla criminalizzazione dell'attività SAR condotta dalle ONG, è particolarmente interessante ai nostri fini l'ordinanza adottata l'11 maggio 2018 dal Tribunale di Ragusa (est. Manenti), che ha confermato il dissequestro della nave *Open Arms* della ONG spagnola Proactiva, che era ferma da un anno nel porto di Pozzallo (per un'analisi v. [De Vittor](#), in corso di stampa, DUDI, 2/2018). Il GIP ha motivato la propria decisione sottolineando che, nel rendersi responsabile di un'azione di soccorso di migranti nella zona SAR libica, l'*Open Arms* avrebbe agito in ottemperanza

all'esimente dello stato di necessità, la situazione di *distress* scaturendo non già da un pericolo attuale per la vita delle persone a bordo, bensì dal rischio che i migranti fossero ricondotti in un luogo non sicuro – ovvero, in Libia, ove le condizioni nei campi di detenzione degli stranieri sono state qualificate dalla Corte d'assise di Milano come tortura (v. [qui](#)).

Al netto delle questioni preliminari sulla dubbia soggettività internazionale della Libia di Al Sarraj, tali considerazioni inducono, in ogni caso, a negare effettività alla zona SAR libica, nella misura in cui la Libia non è in grado di rispettare gli obblighi internazionali che discendono dalla Convenzione SAR, ovvero di provvedere all'identificazione sul proprio territorio di un POS per i migranti raccolti in mare. E quandanche la Libia istituisse un proprio centro di coordinamento dei soccorsi al fine di richiedere l'autorizzazione allo sbarco in POS di altri Stati parti della Convenzione SAR (circostanza che peraltro vanificherebbe la *ratio* dei *pull-backs*), ciò non potrebbe ritenersi conforme agli obblighi pattizi assunti, data la documentata aggressività della guardia costiera libica. Infatti, la stessa imbarcazione su cui i migranti in *distress* sono tradotti deve costituire (seppur temporaneamente) un luogo sicuro, ovvero un POS «temporaneo» (v. *amplius*, [Papanicolopulu](#), 2016, p. 500).

Se queste considerazioni offrono una chiave di lettura efficace della possibile risposta giuridica alle pretese dell'attuale Ministro dell'Interno, di ritirare le navi della Marina militare dalla zona SAR italiana, per lasciare più agio alle autorità libiche nello svolgimento del proprio «lavoro», esse al contempo re-invertono il paradigma valoriale, rimettendo al centro la sicurezza umana in mare, in luogo della sicurezza delle frontiere. In tal senso, sono pienamente coerenti con la normativa dell'Unione rilevante nell'ambito della parallela attività di pattugliamento congiunto coordinata dall'Agenzia Frontex (v. il regolamento sulla sorveglianza delle frontiere

158 Dibattiti

marittime esterne n. [656/2014](#), cons. 8 e 14, art. 2, par. 12, art. 4, art. 9, art. 10, e il nuovo regolamento istitutivo dell'Agencia n. [2016/1624](#), cons. 45-47, art. 4, lett. b), art. 16, par. 3, lett. j)).

Il ruolo dell'Agencia della Guardia di frontiera e costiera europea

Quest'ultimo richiamo consente di introdurre il terzo punto chiave della strategia italiana di contenimento dei flussi. Si tratta della c.d. «regionalizzazione» dell'accoglienza dei migranti soccorsi in mare nell'ambito delle operazioni marittime coordinate dall'Agencia della Guardia di frontiera e costiera europea (Frontex), con il conseguente superamento dell'automatismo dello sbarco in Italia (che era la regola dal 2014, nell'ambito della precedente operazione *Triton*).

Dalle [scarne informazioni](#) rese note da Frontex emerge, infatti, che nel [piano operativo](#) di Themis, l'operazione marittima lanciata a febbraio 2018 nel Mediterraneo centrale, l'Italia continua a essere qualificata come «Stato membro ospitante», ma viene espunto l'obbligo di sbarco in Italia dei migranti soccorsi in mare nell'ambito delle attività interdittive dell'immigrazione irregolare condotte dalle navi degli Stati membri partecipanti. Di conseguenza, l'individuazione del POS nelle operazioni di *search and rescue* condotte nel Mediterraneo centrale dagli Stati membri dell'Unione, sotto l'egida di Frontex, dovrà essere operata di volta in volta dal centro di coordinamento del soccorso competente, considerando la prossimità al punto in cui è avvenuto il salvataggio.

In questi casi, eventuali situazioni di stallo dovranno essere risolte alla luce delle disposizioni del regolamento sulla sorveglianza delle frontiere marittime esterne, che stabilisce con chiarezza l'obbligo di specificare, nel piano operativo

dell'operazione marittima, i dettagli relativi alla cooperazione tra gli Stati membri partecipanti all'operazione SAR con il centro di coordinamento del soccorso competente per l'individuazione di un luogo sicuro, come pure il diritto di accesso ai porti dello Stato membro che ospita l'operazione marittima da parte dell'imbarcazione di soccorso, in assenza di altre situazioni praticabili (regolamento 656/2014, art. 10). Inoltre, la cooperazione inter-statale, all'interno della cornice delle operazioni marittime coordinate da Frontex, dovrà *a fortiori* essere rispettosa del principio di solidarietà e del dovere di più stretta collaborazione tra Istituzioni e Stati membri, come interpretato dalla Corte di giustizia (v. [Commissione c. Svezia](#), punto 73).

Alla luce di tali considerazioni, il rafforzamento di Frontex, auspicato dagli Stati membri al fine di rendere sempre più impermeabili le frontiere esterne dell'Unione, potrebbe divenire il cavallo di Troia delle politiche di esternalizzazione – purché, s'intende, l'esercizio del controllo giurisdizionale e democratico sull'attività dell'Agenzia e degli Stati membri coinvolti nelle operazioni congiunte sia reso possibile ed effettivo.

29 giugno 2018

Unione europea e flussi migratori, o del tramonto dello spirito comunitario: considerazioni a margine del Consiglio europeo del 28-29 giugno 2018

MARCELLO DI FILIPPO (*)

All'esito di una lunga maratona negoziale, preceduta da aspre scaramucce dialettiche tra gli Stati membri e da un [pre-vertice](#) tenutosi nella capitale belga la domenica precedente, il Consiglio europeo del 28-29 giugno ha adottato alcune [Conclusioni](#) sulle migrazioni. Il documento finale pretende di offrire un quadro di riferimento per l'azione dell'UE in materia per i mesi e gli anni a venire, integrando precedenti conclusioni tematiche approvate in occasione delle riunioni succedutesi con una certa frequenza a partire dalla primavera del 2015. Per questo motivo esso tocca svariate questioni. Non torneremo qui sulle attività di ricerca e soccorso in mare operate dalle imbarcazioni delle ONG e sul controverso rapporto tra l'Italia

(*) Università di Pisa.

e Libia in materia di prevenzione dei flussi migratori irregolari, su cui rinviamo al recente post di [Vitiello](#). Ci occuperemo piuttosto di due aspetti affrontati nelle conclusioni, che sono entrambi sintomatici della persistente difficoltà di orientare lo sviluppo della politica UE sulle migrazioni secondo linee coerenti con il dettato del diritto primario (e in particolare con l'art. 80 TFUE): l'ipotesi di condurre le persone soccorse in mare in *hotspot* collocati in Paesi terzi o sul territorio UE; la riforma del sistema Dublino.

I migranti soccorsi in mare e la chimera degli *hotspot*

Le conclusioni (§§ 5-6) indicano che, per eliminare gli incentivi per i richiedenti asilo e gli altri migranti ad intraprendere viaggi pericolosi, occorrono due azioni complementari per lo sbarco delle persone soccorse in mare. Entrambe tali azioni mirerebbero altresì a dare concretezza all'esigenza della condivisione degli sforzi tra gli Stati membri. Appare tuttavia singolare che non sia menzionato l'art. 80 TFUE.

Venendo alle due direttrici menzionate, *in primis*, il Consiglio e la Commissione dovrebbero esaminare sollecitamente il concetto di «piattaforme di sbarco regionali», in stretta cooperazione con i Paesi terzi interessati e con l'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i rifugiati (UNHCR) e l'Organizzazione internazionale per le migrazioni (OIM). Lì verrebbero distinti i richiedenti asilo genuini dagli altri. In secondo luogo, coloro che non fossero smistati nei centri extra-UE sarebbero trasferiti in centri collocati in Stati membri che abbiano dato volontariamente la propria disponibilità. Anche qui verrebbe operato uno *screening*, con pieno sostegno logistico e finanziario dell'UE. Le persone bisognose di protezione sarebbero poi ricollocate verso altri Stati membri in omaggio al principio di solidarietà, ma solo verso Paesi che

acconsentano a ciò: detto altrimenti, una solidarietà *à la carte*. Tutto quanto detto è configurato come una soluzione tampone, che lascia impregiudicata la riforma di Dublino (su cui v. *infra*).

Che dire delle piattaforme di sbarco extra-UE? L'esperienza dei centri di transito lungo le rotte migratorie (ad esempio in Niger) o dei campi gestiti o co-gestiti dall'UNHCR in Paesi di primo asilo insegna che questa via è irta di [ostacoli](#) politici e giuridici. Innanzitutto serve il consenso del Paese terzo di sbarco e poi quello di UNHCR e OIM. Per i primi, i potenziali [candidati](#) (Albania, Algeria, Egitto, Marocco o Tunisia) hanno già negato un loro interesse. Si tratta di Paesi con problemi di vario ordine, che legittimamente possono dire di no. Del resto, è reale il rischio che le persone sbarcate restino a loro carico, vista la riluttanza degli Stati europei ad assumere impegni vincolanti e preventivi su tempi e numeri dei successivi reinsediamenti di rifugiati: non a caso, le stesse Conclusioni tacciono sul punto. Le promesse vaghe non bastano, come dimostrato nel caso del [centro in Niger](#) per le persone evacuate dalla Libia. Ma anche ove i Paesi terzi acconsentissero, restano difficoltà giuridiche e pratiche di non poco conto, come peraltro ammesso dalla stessa [Commissione europea](#). Dal canto loro, [UNHCR e OIM](#) hanno [chiarito](#) all'UE che non si impegneranno in centri ove non sia garantito ai migranti il rispetto dei diritti fondamentali. L'UE e i suoi Stati membri dovrebbero prestare la massima attenzione al riguardo, per evitare di incorrere in responsabilità giuridiche (a proprio carico, come soggetti internazionali, e a carico dei propri funzionari). E poi, chi gestirebbe le strutture o chi deciderebbe sui migranti? Come sarebbe tutelato l'accesso alla giustizia in caso di diniego? Infine, anche ammesso che questi centri fossero costituiti con adeguate garanzie (il che include il divieto di detenzione a tempo indeterminato), le persone non ammesse alla protezione internazionale dovrebbero essere rimpatriate. Tuttavia, gli stessi ostacoli pratici al rimpatrio che hanno gli

Stati europei sussistono – e in misura anche maggiore – per quelli africani. I migranti esclusi ricadrebbero probabilmente nel circuito dei trafficanti, pronti ad attenderli nei paraggi dei centri per offrire i loro «servizi». Un vero e proprio corto circuito, insomma, che concretizza un'ulteriore remora per i Paesi terzi a mettere a propria disposizione il proprio territorio.

Va meglio con gli *hotspot* in territorio UE? Difficile dirlo. In teoria, con un preventivo accordo quadro tra una massa critica di Stati di ricollocazione e per numeri congrui di persone, potrebbero porsi le basi per alleviare il fardello degli Stati di prima linea. Già in passato erano state avanzate proposte per realizzare progetti pilota a quadro giuridico invariato ([IIHL](#), [UNHCR](#)). Ma pare che nessuno (o quasi) voglia accettare tali strutture sul proprio [territorio](#), così come nessuno (o quasi) sembrerebbe disposto ad assumere in anticipo obblighi stringenti sui successivi ricollocamenti. Del resto, l'[esperienza](#) del piano di [relocation](#) – adottato con strumenti giuridici vincolanti nel settembre 2015 – non induce ad ottimismo. Ottenere di volta in volta il consenso dei *partner* non pare un'alternativa praticabile, come dimostrato dal sofferto esito della vicenda della [Lifeline](#).

Un'ulteriore osservazione è dovuta. Le Conclusioni, nel riferirsi ai centri su territorio UE, usano l'espressione «centri sorvegliati» (in italiano) e «*controlled centres*» (in inglese), dando ad intendere che tali strutture implicherebbero una restrizione generalizzata alla libertà personale delle persone sbarcate. Il diritto vigente in materia ([regolamento Dublino III](#), *sub* art. 28; [direttiva accoglienza](#), *sub* artt. 7-11; [direttiva rimpatri](#), *sub* artt. 15-18) ammette il trattenimento del richiedente asilo o del migrante in condizione irregolare, ma senza alcun automatismo, pretendendo al contrario il rispetto di alcune condizioni e di determinate garanzie procedurali. Sul punto, pertanto, le Conclusioni appaiono per lo meno inaccurate, in quanto formulate senza adeguata considerazione

del quadro giuridico rilevante.

Il giudizio su questa parte delle Conclusioni non può che essere critico.

La riforma di Dublino: da *première dame* a timida comparsa

Come accennato, le misure ipotizzate per alleviare gli oneri di accoglienza gravanti sugli Stati membri di sbarco sono configurate come strumenti di breve periodo che non intendono incidere sulla [procedura legislativa](#) in corso concernente la riforma del regolamento di Dublino. Ad essa è dedicato l'ultimo punto (il n. 12) della parte delle Conclusioni sulle migrazioni. Conviene riportare per intero il testo: «È necessario *trovare un consenso* sul regolamento Dublino per riformarlo sulla base di un equilibrio tra responsabilità e solidarietà, tenendo conto delle persone sbarcate a seguito di operazioni di ricerca e soccorso» (corsivo aggiunto). Certamente, gli osservatori si aspettavano qualcosa in più, considerato che la [proposta](#) della Commissione risale al maggio 2016 e che il Parlamento europeo ha adottato la propria posizione in plenaria già nel novembre 2017 (v. *infra*). Lo stesso [governo](#) italiano aveva reclamato il superamento dell'attuale regolamento di Dublino. Nondimeno, le poche parole dedicate a questo tema-chiave sollecitano alcune considerazioni.

La versione italiana delle Conclusioni non dà immediato risalto ad un aspetto che ha caratterizzato la lunga maratona negoziale: la pretesa di svariati Stati membri che su questa materia il Consiglio UE assuma nei prossimi mesi le proprie determinazioni *per consensus*. In tal senso può esser interpretata la versione inglese, che è stata quella di riferimento per le discussioni: «A consensus needs to be found on the Dublin Regulation». Si potrebbe tuttavia sostenere che il termine *consensus* sia stato qui impiegato in un'accezione a-

tecnica, e che la successiva traduzione nelle altre lingue ufficiali confermi tale lettura. Di più, vi sarebbe anche spazio per arguire che ove l'intenzione del Consiglio europeo fosse stata realmente quella di irrigidire l'andamento delle discussioni tra i governi, una formula più chiara sarebbe stata impiegata. Un'ulteriore considerazione suggerisce di non dare troppa importanza al termine *consensus* impiegato nella versione inglese. In questa materia vige la procedura legislativa ordinaria ed il *quorum* della maggioranza qualificata per le delibere del Consiglio. Le Conclusioni del Consiglio europeo non possono certamente modificare le regole del TFUE. Possono fungere da indirizzo politico per l'andamento delle discussioni, ma nulla toglie alla Presidenza di turno di passare al voto oppure a una singola delegazione nazionale o alla Commissione di chiedere una pronuncia in tal senso del Consiglio, ai sensi dell'art. 11 del [Regolamento interno](#). Che tale esito sia plausibile è altra questione.

Appare interessante il riferimento alla presa in carico delle persone sbarcate. Finora sono mancate regole specifiche per questa fattispecie, dotata di una chiara peculiarità rispetto alle ipotesi generali contemplate dagli artt. 12-14 regolamento Dublino III. Nella prassi gli Stati membri (inclusi quelli di sbarco) hanno costantemente applicato il criterio del Paese di primo ingresso di cui all'art. 13 pur se sporadicamente è stato sollevato il dubbio circa la rilevanza del criterio residuale di cui all'art. 3, par. 2 (Stato sul cui territorio viene presentata la domanda di protezione internazionale), a causa della dubbia applicabilità dell'art. 13 o dell'art. 14 (v. le Conclusioni dell'Avv. Generale Sharpston nel caso [Mengesteab](#), parr. 44-57; [Poularakis](#)). Il governo italiano aveva già sollevato la questione dell'inadeguatezza di tale criterio con riguardo alle attività di soccorso in mare, eseguite nel rispetto del diritto internazionale: ciò è avvenuto sia in sede di discussione dei piani operativi delle missioni navali [Themis](#) e [Sophia](#), sia

166 Dibattiti

nell'ambito dei lavori del Consiglio sul dossier Dublino. A rafforzare tale posizione era poi intervenuto il sintetico [documento](#) presentato al mini-vertice del 24 giugno 2018 (v. in particolare il punto 6). Sul punto, purtroppo, le indiscrezioni che giungono dagli addetti ai lavori parlano di una temporanea sconfitta della linea italiana, testimoniata dai contenuti della proposta di compromesso formulata dalla Presidenza di turno bulgara a fine maggio 2018. Resta da capire se la questione sia definitivamente chiusa (a detrimento della posizione italiana) oppure se tra i governi maturerà una diversa visione sulla presa in carico delle persone soccorse in mare e sbarcate sul territorio di uno Stato membro: quanto osservato sopra circa le misure temporanee non fa presagire nulla di buono.

Più in generale, risulta apprezzabile il riferimento al binomio tra responsabilità e solidarietà, purché tale inciso venga correttamente interpretato, alla luce dell'art. 80 TFUE («Le politiche dell'Unione [in materia di asilo] e la loro attuazione sono governate dal principio di solidarietà e di equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri»), e della sentenza della Corte di Giustizia sul [caso relocation](#), come un richiamo all'esigenza di definire un sistema di allocazione della competenza che coniughi solidarietà ed equa ripartizione della responsabilità tra gli Stati membri (in argomento, v. *amplius* [Di Filippo](#), pp. 77-82). Sul punto, vale la pena di ricordare che il Parlamento europeo ha condotto un approfondito dibattito sulla riforma di Dublino, giungendo nel novembre 2017 ad adottare la propria posizione (nota come [Relazione Wikström](#)) con una maggioranza molto ampia e trasversale. Da allora il PE attende che il Consiglio si sieda al tavolo per il c.d. trilogio. La Relazione Wikström prefigura una riforma radicale dell'attuale sistema di Dublino, che non tutti hanno subito percepito e compreso e che – pur se non scritta per l'Italia o dall'Italia – si fa carico delle storture spesso segnalate dai vari governi che si sono succeduti in questi anni. La Relazione ruota attorno ad

alcuni principi chiari e condivisibili: 1) l'eliminazione del criterio dello Stato di primo ingresso, anche per le persone soccorse in mare; 2) l'adozione di un sistema di quote permanenti, calcolate in base a popolazione e Pil; 3) la configurazione di criteri che associano il più possibile lo Stato competente alla ricorrenza di legami significativi tra un richiedente e la società ospitante (esperienze di studio o lavoro; familiari e parenti; conoscenze linguistiche; sponsor, sul modello dei corridoi umanitari promossi da Sant'Egidio; ecc.); 4) in assenza di uno Stato «connesso» col richiedente, la scelta per quest'ultimo di un Paese tra quelli che non hanno ancora soddisfatto la propria quota.

Ove la linea del PE fosse adottata, sarebbero a portata di mano alcuni obiettivi strategici: velocizzare le procedure di asilo, risparmiando sui costi della correlata accoglienza; favorire a costo zero (o quasi) il percorso di integrazione; ridurre gli incentivi a realizzare movimenti secondari e le opportunità lucrative per le organizzazioni criminali; evitare l'attuale (e intollerabile) pressione sul sistema di soccorso in mare e disinnescare la conflittualità tra Stati membri. Nessuno Stato membro sarebbe obbligato ad accettare un numero sproporzionato di richiedenti asilo, e quelli che gli verrebbero assegnati sarebbero in gran parte facilmente integrabili e supportati da una propria rete di contatti. Gli Stati che non rispettassero i propri obblighi sarebbero sanzionati con una riduzione dei fondi europei, specialmente quelli strutturali. La solidarietà non può essere selettiva e unidirezionale, come invece preteso dai Paesi del gruppo di Visegrad.

Siamo di fronte a una panacea? Certamente no, alcuni aspetti sono migliorabili o meriterebbero qualche approfondimento (dove e come condurre, per esempio, un primo vaglio di «non manifesta infondatezza» della domanda di asilo?), ma nel complesso si tratta di una proposta che contempla un ragionevole equilibrio tra visioni ed esigenze

168 Dibattiti

molto diverse. Risulta sorprendente che il Consiglio europeo non abbia fatto minimamente cenno alla posizione del PE e che nessuno degli Stati membri in prima linea (tra cui l'Italia) abbia finora sfruttato questa importante sponda politica.

Anche sulla riforma complessiva del sistema di Dublino, pertanto, il pilastro intergovernativo dell'UE (rappresentato al massimo livello dal Consiglio europeo e dalle dinamiche dei vertici informali che spesso precedono o seguono le sue riunioni) non pare attrezzato a dettare una linea all'altezza della complessità della materia. Sembrano prevalere – ancor più che in passato – visioni di corto respiro e contrapposti egoismi nazionali. Poiché le Conclusioni qui richiamate sono tutt'altro che conclusive, i nodi torneranno presto al pettine. L'UE e i suoi Stati membri hanno perso l'ennesima occasione per (provare a) governare seriamente i flussi migratori, piuttosto che esserne governati.

9 luglio 2018

Il Tribunal Supremo condanna il Governo spagnolo per l'inadempimento dei suoi obblighi di ricollocazione, ma è bene non farsi illusioni

GRACY PELACANI (*)

Il 9 luglio 2018, il *Tribunal Supremo* spagnolo ha [accolto parzialmente](#) il ricorso contenzioso-amministrativo presentato da l'*Asociació de suport a Stop Mare Mortum*.

La sentenza dichiara che il Governo spagnolo ha parzialmente inadempito ai suoi obblighi di ricollocazione e lo ha condannato a portare a termine i procedimenti finalizzati al ricollocamento dei richiedenti protezione internazionale fino al raggiungimento della quota assegnatagli.

Gli obblighi in questione derivavano dalle decisioni del Consiglio UE n. [2015/1523](#) del 14 settembre 2015 e n. [2015/1601](#) del 22 settembre 2015, le quali istituivano un meccanismo emergenziale e temporaneo di ricollocazione dei

(*)Universidad de los Andes, Bogotá, Colombia.

170 Dibattiti

richiedenti protezione internazionale a beneficio di Italia e Grecia. Ciò a seguito del riconoscimento della “pressione migratoria eccezionale” alla quale i due Stati membri dovevano fare fronte, della “grave vulnerabilità” dei loro sistemi d’asilo e della presenza di un’alta percentuale di “persone con evidente bisogno di protezione internazionale” tra coloro che avevano fatto ingresso nei rispettivi territori dal 2014 ([Proposta di Decisione del Consiglio, COM\(2015\) 286 final](#), p. 3; [EASO 2015 Annual Report](#), pp. 5-6; [Frontex ARA 2015](#), pp. 47-49).

Come ben si ricorda, tali misure, già annunciate nell’[Agenda europea sulla migrazione](#) tra le azioni immediate da intraprendere “di fronte alla tragedia umana che si consuma in tutto il Mediterraneo”, costituiscono il primo esercizio della facoltà riconosciuta al Consiglio di adottare, su proposta della Commissione, misure temporanee a beneficio di uno o più Stati membri che “debbano affrontare una situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi” *ex art.* 78.3 del Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE). L’obiettivo era la ricollocazione di un totale di 160.000 richiedenti “in evidente bisogno di protezione internazionale” (Art. 3.2, decisione 2015/1523) che avessero presentato domanda di protezione internazionale in Grecia o Italia e vi fossero giunti, rispettivamente, dal 15 agosto o 24 marzo 2015, ed entro il 17 o 26 settembre 2017, data a partire dalla quale le decisioni hanno cessato di applicarsi.

In deroga (temporanea) ai criteri di allocazione della responsabilità per l’esame di una domanda di protezione internazionale *ex art.* 13.1 del [Regolamento n. 604/2013](#) del 26 giugno 2013 (Regolamento Dublino III), ogni Stato membro si è visto assegnare una [quota](#) di richiedenti da ricollocare, definita in base a vari parametri. La seconda decisione è stata poi modificata dalla [decisione 2016/1754](#) del 29 settembre

2016 – a seguito della [Dichiarazione UE-Turchia](#) del 18 marzo 2016 – che ha consentito agli Stati membri di reinsediare cittadini siriani presenti in Turchia in evidente bisogno di protezione internazionale fino a un limite di 54.000 persone, “detraendoli” dalla quota assegnata in base alla decisione del 22 settembre 2015.

Come noto, queste decisioni non sono state esenti da critiche. In particolare, la validità della seconda è stata oggetto di due ricorsi per annullamento da parte della Repubblica slovacca e dell’Ungheria, entrambi rigettati dalla Corte di giustizia ([cause riunite C-643/15 e C-647/15](#), sentenza 6 settembre 2017; v. per un commento [S. Peers](#)). Ciononostante, gli obblighi di ricollocazione in capo all’Ungheria, così come quelli incombenti sulla Polonia, rimangono ad oggi totalmente inadempiti, mentre la Repubblica Slovacca e la Repubblica Ceca hanno rispettivamente accolto solo 12 e 16 persone ricollocate (dati al [4 marzo 2018](#); v. per un commento [qui](#) e [qui](#)).

Questo è il contesto alla luce del quale va letta la sentenza del *Tribunal Supremo* del 9 luglio 2018. Se, da un lato, la situazione (di parziale inadempimento) in cui si trova lo Stato spagnolo non è isolata, dall’altro (almeno *prima facie*) il suo inadempimento non pare essere frutto di una volontà esplicita di opporsi al meccanismo. Infatti, la Spagna non è stata oggetto di alcuna procedura di infrazione, al contrario di [Ungheria](#), [Repubblica Ceca](#) e [Polonia](#), il cui persistente rifiuto di adempiere ha dato luogo a un ricorso della Commissione del [7 dicembre 2017](#).

Il ricorso dell’associazione catalana innanzi alla giustizia amministrativa spagnola veniva proposto nell’aprile 2017 (e dunque prima dell’insediamento del nuovo Governo a guida

172 Dibattiti

socialista) a seguito del rigetto per silenzio-assenso di una richiesta amministrativa volta a ottenere l'adempimento immediato degli obblighi di ricollocazione. Sotto il profilo processuale, tale circostanza ha consentito (e si tratta di un elemento di particolare importanza, data l'urgenza di incrementare il numero delle ricollocazioni) di ricorrere direttamente al *Tribunal Supremo*, e, quindi, di ottenere in un tempo relativamente breve una pronuncia definitiva e non impugnabile.

La ricorrente chiedeva l'accertamento dell'inadempimento e la condanna del Governo spagnolo ad adempiere con immediatezza e urgenza. In particolare, domandava che fossero ricollocati da Italia e Grecia un numero di richiedenti protezione internazionale – potenzialmente beneficiari del meccanismo – pari alla differenza tra il numero di migranti che la Spagna era obbligata a ricollocare (19.449 persone) e quanti fino a quel momento erano stati effettivamente ricollocati ([al 14 marzo 2018](#) solo [1.358 persone](#), meno del 7%, su un totale di 2.500 posti offerti, pari a circa il 13% del totale).

I punti di indubbio interesse della sentenza su cui occorre soffermarsi sono almeno due. Da un lato, l'affermazione della competenza da parte dei giudici nazionali a controllare l'attività della pubblica amministrazione quando volta all'adempimento ed esecuzione degli obblighi derivanti dal diritto dell'UE e da queste due decisioni in particolare. Dall'altro, la condanna dello Stato a proseguire con i procedimenti di ricollocazione, sebbene le decisioni che istituivano il meccanismo non siano più in vigore e nonostante vi siano ulteriori fattori che spiegano in parte l'inadempimento e che non possono attribuirsi direttamente all'operato del Governo spagnolo.

Riguardo al primo punto, l'Avvocatura dello Stato sosteneva

che la competenza a statuire in merito all'adempimento delle decisioni incombesse in via esclusiva alle istituzioni dell'UE, nello specifico alla Commissione tramite la procedura d'infrazione *ex art.* 17.1 del Trattato sull'Unione europea (TUE), come dimostrato dalle procedure avviate nei confronti di [Ungheria](#), [Repubblica Ceca](#) e [Polonia](#). In subordine, essendo questa una questione sulla quale la Corte di giustizia non si era ancora pronunciata, l'Avvocatura chiedeva di sollevare una questione pregiudiziale al fine di stabilire se tale competenza fosse esclusiva o condivisa e, in tal caso, affinché la Corte indicasse le misure di coordinamento tra le istituzioni dell'UE e i giudici nazionali necessarie al fine di evitare esiti contraddittori a seguito del doppio controllo.

Il *Tribunal Supremo* rigetta gli argomenti dell'Avvocatura dello Stato per due ordini di motivi. In primo luogo, rammenta che l'esercizio da parte della Commissione del potere di avviare una procedura di infrazione ha natura facoltativa, peraltro con ampia discrezionalità, e non obbligatoria, con il corollario che i privati, pur potendo segnalare eventuali inadempimenti, non possono esigere l'avvio della procedura.

In secondo luogo, il *Tribunal Supremo* fa perno sulla giurisprudenza della Corte di giustizia per affermare che, quando una decisione abbia come destinatario uno Stato membro, essa avrà portata generale laddove si applichi a situazioni determinate obiettivamente e produca effetti giuridici nei confronti di categorie di persone definite in modo generale e astratto ([cause riunite 16 e 17/62](#), *Confédération nationale des producteurs de fruits et légumes et al./Consiglio*, 14 dicembre 1962; [C-503/07](#), *Saint Gobain Glass Deutschland/Commissione*, 8 aprile 2008, §32). Inoltre, godendo le decisioni di effetto diretto, negare agli individui la possibilità di invocarle davanti ai giudici nazionali ne

174 Dibattiti

frustrerebbe l'effetto utile. Infatti, dato il loro carattere obbligatorio, ne verrebbe limitata la portata ove non si permettesse ai singoli di invocarle e ai giudici nazionali di prenderle in considerazione come norma di diritto dell'UE ([C-9/70, Franz Grad/ Finanzamt Traunstein](#), 9 ottobre 1970, §5). Ne deriva che questi ultimi sono investiti della competenza per controllare l'adempimento delle decisioni a seguito di un ricorso presentato da parte dei soggetti legittimati, senza che questo sia in contraddizione con le competenze della Commissione in merito all'avvio della procedura di infrazione. Aggiunge il *Tribunal Supremo* che, anche qualora un ricorso per inadempimento fosse pendente innanzi alla Corte di giustizia, la competenza dei giudici nazionali non ne risulterebbe compromessa, essendo quello interno l'unico rimedio che i privati possono esperire per far valere i loro diritti. Ciò non toglie che i giudici nazionali dovranno, in quest'ultimo caso, attendere la sentenza della Corte di giustizia e decidere in conformità a quanto da questa statuito.

Il secondo punto rilevante della sentenza risponde a un'ulteriore obiezione da parte dell'Avvocatura: data la vigenza temporalmente limitata delle decisioni e il carattere provvisorio delle misure, la resistente affermava che il ricorso dovesse essere rigettato non essendo queste in vigore e, dunque, non essendo più possibile esigerne l'adempimento. Inoltre, si giustificava il loro mancato adempimento facendo appello alla laboriosità del procedimento amministrativo interno e al necessario intervento di numerosi attori, e non alla mancanza di volontà dello Stato di portare a termine le ricollocazioni.

Il *Tribunal Supremo* afferma, in senso contrario, che lo spirare dei termini di vigenza delle decisioni non esime gli Stati dall'adempiere agli obblighi che ne derivano. Infatti, come rimarcato dalla Commissione nella sua [Undicesima relazione](#)

sulla ricollocazione e il reinsediamento: “gli obblighi giuridici degli Stati membri non verranno meno dopo settembre 2017” (p. 13). Inoltre, pur riconoscendo che l’insoddisfacente numero di ricollocazioni effettuate può essere, almeno in parte, dovuto alle difficoltà incontrate nel coordinare in modo efficiente i rispettivi procedimenti con Grecia e Italia e con gli ulteriori attori coinvolti, queste non costituiscono ragioni sufficienti a giustificare l’inadempimento e non possono considerarsi motivo d’estinzione degli obblighi rispettivi.

Il *Tribunal Supremo* ricorda, a questo proposito, che le stesse decisioni prevedevano che uno Stato membro, al verificarsi di circostanze eccezionali, potesse richiedere la sospensione temporanea delle ricollocazioni fino al 30 % dei richiedenti assegnati (art. 4.5, Dec. 2015/1601), come, di fatto, è stato richiesto e concesso all’Austria fino all’11 marzo 2017 ([decisione](#) di esecuzione 2016/408 del 10 marzo 2016). In aggiunta, si contemplava l’ulteriore possibilità di sospendere in via temporanea la partecipazione di uno Stato membro al meccanismo nel caso in cui si fosse trovato ad affrontare una “situazione di emergenza caratterizzata da un afflusso improvviso di cittadini di paesi terzi” (cf. art. 9, Dec. 2015/1601). Possibilità della quale la Svezia ha beneficiato fino al 16 giugno 2017 ([decisione](#) 2016/946 del 9 giugno 2016). Dunque, non avendo lo Stato spagnolo manifestato in alcun momento la volontà di utilizzare queste misure, non può ora addurre in modo convincente, a giustificazione del proprio inadempimento, le difficoltà amministrative o la mancata collaborazione degli altri Stati membri coinvolti.

[Da più parti](#) questa sentenza è stata accolta con favore e quasi con entusiasmo. In primis, per i suoi potenziali effetti transnazionali, ipotizzando che simili azioni possano essere intraprese in altri Stati membri, generando un effetto a catena

176 Dibattiti

tale da portarli a compiere quegli sforzi ulteriori a cui la Commissione non ha smesso di fare riferimento come necessari perché possano raggiungersi gli obiettivi di ricollocazione fissati nel settembre del 2015. Si è poi [sostenuto](#) che la sentenza potrebbe dare un impulso importante alla [proposta di regolamento](#) che contiene, accanto a una parziale riforma del Regolamento di Dublino III (n. 604/2013), l'istituzione di un sistema di ricollocazione di natura permanente da attivare in situazioni di crisi.

Tuttavia, alla luce delle complessità che caratterizzano la situazione attuale in merito alla gestione dei flussi migratori e della loro affatto inaspettata diversione dalle rotte del Mediterraneo centrale verso la Spagna, vi sono più motivi che giustificano una visione meno entusiastica rispetto agli effetti che questa pronuncia potrà avere sull'effettiva accelerazione delle ricollocazioni e sul futuro della politica migratoria della Spagna e dell'UE. D'altronde, [simili dubbi](#) sussistono anche in relazione alla sentenza della Corte di giustizia che confermava la validità della decisione 2015/1601.

Senza spingerci fino a immaginare una sentenza di segno opposto, il recente collasso dei centri di [accoglienza andalusi](#) e la ripresa dei tentativi di superare la barriera di Ceuta da parte di gruppi numerosi di migranti (850 persone nell'ultimo tentativo del [25 luglio 2018](#)) portano a mettere in dubbio l'effettiva capacità del governo spagnolo di far fronte ai propri impegni in materia di ricollocazione. Ci si chiede, infatti, se tali difficoltà non potrebbero ora addursi in modo molto più convincente al fine di giustificare il proprio parziale inadempimento. Numeri alla mano, potrebbe argomentarsi che ora è la Spagna lo Stato membro che deve far fronte a una "pressione migratoria eccezionale" e il cui sistema d'asilo si trova in uno stato di "grave vulnerabilità". A questo proposito,

vale la pena ricordare che è attesa a breve [la decisione della Grande Camera](#) della CtEDU sulla [condanna](#) dello Stato spagnolo come conseguenza della violazione dell'articolo 4 protocollo 4 CEDU per la *devolución en caliente* di due cittadini stranieri a seguito del superamento della barriera di Melilla e ingresso irregolare nel territorio nazionale.

Da ultimo, è bene tener presente che la sentenza in esame giunge nel momento in cui la Spagna è lo Stato membro in cui si sono registrati quasi la metà degli arrivi totali durante l'anno in corso presso le frontiere esterne dell'UE che si affacciano sul Mediterraneo. Infatti, dei 85.545 arrivi registrati, 41.301 sono le persone arrivate via mare o terra in territorio spagnolo, superando già di molto il totale degli arrivi in tutto il 2017 ([dati aggiornati al 26](#) settembre), rendendo così evidente e innegabile la diversione dei flussi da Italia e Grecia.

Una situazione che ha portato la Commissione a incrementare di [ulteriori 3 milioni di euro](#) gli stanziamenti di emergenza a favore della Spagna, che si aggiungono ai 25,6 milioni già stanziati il 2 luglio 2018, e che verranno impiegati per incrementare la presenza della *Guardia Civil* presso la frontiera sud e, in particolare, sulla costa andalusa. A questi vanno aggiunti [55 milioni di euro](#) stanziati nell'ambito del programma di controllo delle frontiere marocchine e tunisine come parte del Fondo fiduciario europeo di emergenza per l'Africa e il rilancio delle negoziazioni per la firma di un accordo di riammissione tra la Commissione e il Marocco ([COM\(2018\) 250](#) [final](#), 14.3.2018, p. 15).

Di conseguenza, a partire dall'esperienza maturata con le misure di ricollocazione adottate nel settembre del 2015, e alla luce dei più recenti avvenimenti, potremmo ipotizzare allora che una delle possibili proposte future sia l'adozione di misure

178 Dibattiti

temporanee *ex art. 78.3 TFUE* a favore, ora, della Spagna. Potrebbe così cogliersi l'occasione per rimediare alle mancanze più evidenti presentate delle precedenti misure, in particolare del criterio della nazionalità utilizzato per "selezionare" i richiedenti "in evidente bisogno di protezione internazionale" (v. *Implementation of the 2015 Council Decisions establishing provisional measures in the area of international protection for the benefit of Italy and of Greece, Study for the LIBE Committee*, 07.03.2017, [pp. 29-35](#)).

Nondimeno, le (seppur vaghe) [conclusioni](#) del Consiglio europeo del 28 giugno 2018 sembrano far pensare che la destinataria della maggior parte degli sforzi e dei fondi dell'Unione continuerà ad essere la dimensione esterna e di sicurezza della politica migratoria (v. precedente post di [Marcello di Filippo](#)). O così almeno induce a pensare la proposta di creare "[centri controllati](#)" interni al territorio dell'Unione, dove le persone possano sbarcare dopo essere state trattate in salvo durante un'operazione di ricerca e salvataggio. Centri che appaiono, dal poco che si sa per ora sul loro conto, un'evoluzione ed esportazione da Italia e Grecia della strategia dei punti di crisi (*hotspot*). Proposta che sembra debba svilupparsi in parallelo allo studio della possibilità di creare "[piattaforme di sbarco regionali](#)" in Stati terzi, iniziativa affatto nuova, e che, com'era da aspettarsi, ha già ricevuto numerose e prevedibili critiche (vedi [qui](#) e [qui](#)).

9 ottobre 2018

Di intese segrete e alibi parlamentari: tra la decisione del TAR sull'accordo col Niger e il *Global Compact* sulle migrazioni

ANDREA SPAGNOLO (*)

Il Governo italiano è obbligato a rendere pubblico l'accordo di cooperazione sottoscritto con il Niger nel settembre 2017 (v. [qui](#) e [qui](#)) che non è stato pubblicato sulla Gazzetta Ufficiale e nemmeno reso disponibile nell'[Archivio dei Trattati Internazionali Online \(ATRIO\)](#) del Ministero degli Affari Esteri e della Cooperazione Internazionale (MAECI). [Così](#) ha deciso il TAR del Lazio accogliendo il ricorso di alcuni avvocati dell'Associazione Studi Giuridici per l'Immigrazione (ASGI) avverso un diniego opposto dal MAECI.

La stessa ASGI e la Coalizione Italiana per i Diritti Civili (CILD) avevano presentato al MAECI una richiesta di accesso civico al testo dell'accordo col Niger - ai sensi del [Freedom of Information Act - FOIA](#) - sul presupposto che l'accordo in oggetto fosse stato presentato dal Governo come base giuridica per la *Missione bilaterale di supporto nella Repubblica del Niger*

(*) Università di Torino.

180 Dibattiti

(operazione MISIN), [autorizzata](#) dal Parlamento nel gennaio del 2018, (v. Autorizzazione e proroga missioni internazionali 2018, [Schede di lettura](#), p. 17). Il Ministero interpellato, con una nota del 28 febbraio 2018, aveva negato l'accesso all'accordo, adducendo che lo stesso sarebbe stato pubblicato una volta conclusosi l'iter parlamentare di ratifica dello stesso. Tale iter sembra però essere stato avviato solo dopo la pronuncia del TAR, resa nota il 16 novembre: a quanto si apprende dal [Comunicato stampa n. 29](#) della Presidenza del Consiglio dei Ministri, il Governo avrebbe approvato, il 28 novembre 2018, sette disegni di legge di ratifica ed esecuzione di atti di diritto internazionale, tra i quali figura proprio **l'Accordo di cooperazione in materia di difesa tra il Governo della Repubblica italiana e il Governo della Repubblica del Niger, fatto a Roma il 26 settembre 2017.**

La sentenza pronunciata dalla Terza Sezione del TAR è importante per varie ragioni. In primo luogo, sancisce un obbligo generale a carico del Governo di **rendere pubblico** il testo di accordi internazionali che non siano espressamente coperti da segreto di Stato, sia quando questi siano conclusi in forma semplificata, sia quando questi siano applicati in pendenza dell'iter di autorizzazione alla ratifica. L'affermazione di tale obbligo giunge in un periodo storico in cui il Governo italiano conclude diversi **accordi di cooperazione con gli Stati di provenienza e di transito dei migranti, finalizzati alla gestione dei flussi migratori**, seguendo procedure semplificate di conclusione, che non prevedono autorizzazione parlamentare, e, in taluni casi, omettendo di pubblicarne i relativi testi.

L'accordo col Niger – e la sua applicazione – rappresentano per un verso un caso del tutto peculiare e, per un altro, sono sintomatici di alcune tendenze problematiche che verranno

esposte per sommi capi in questo post, anche con riferimento, nel finale, alla recente posizione del Governo italiano sul **Global Compact sulle migrazioni**.

Sembra utile, quindi, offrire qualche spunto di riflessione preliminare per inquadrare l'[Operazione MISIN](#) che è ufficialmente partita nel **settembre 2018**, peraltro in netto ritardo rispetto a quanto preventivato. Dalla scheda tecnica della missione si evince che questa ha come obiettivo l'«incremento di capacità volte al contrasto del fenomeno dei traffici illegali e delle minacce alla sicurezza, nell'ambito di uno sforzo congiunto europeo e statunitense per la stabilizzazione dell'area e il rafforzamento delle capacità di controllo del territorio da parte delle autorità nigerine e dei Paesi del c.d. GS Sahel. La missione è intesa, altresì, a fornire supporto alle attività di sorveglianza delle frontiere e del territorio e a supportare la componente aerea della Repubblica del Niger» (*ibidem*). Stando però alle dichiarazioni del Ministro della Difesa dell'attuale Governo, l'Operazione Misin avrà, tra gli altri, il chiaro obiettivo di **limitare l'afflusso di migranti sulle coste italiane** (v. [qui](#) e [qui](#)).

Sebbene, giova ricordarlo, non sia ancora noto il contenuto dell'accordo, lo stesso sembra essere idoneo – costituendone la cornice giuridica principale di riferimento – a determinare il perimetro di azione dell'Operazione MISIN anche in relazione ad eventuali azioni limitative nei confronti dei flussi migratori e, in ultima istanza, nei confronti di **individui**. Se così fosse, la condotta dei soldati italiani in Niger dovrà essere rispettosa delle norme sui diritti umani, in particolare di quelle derivanti dalla CEDU e dalla sua giurisprudenza. È ragionevole, infatti, ritenere che gli obblighi derivanti dalla Convenzione, in particolare quelli relativi al rispetto dell'art. 3 si possano applicare alla condotta dei militari italiani in Niger (v. le

182 Dibattiti

sentenze della Corte europea dei diritti umani nei casi [Al-Skeini](#) e [Hirsi](#)).

Da questo punto di vista, l'Operazione MISIN sembra potersi accomunare alla **Missione bilaterale di assistenza e supporto in Libia (MIASIT)**, istituita a seguito della firma del [Memorandum d'intesa sulla cooperazione nel campo dello sviluppo, del contrasto all'immigrazione illegale, al traffico di esseri umani, al contrabbando e sul rafforzamento della sicurezza delle frontiere tra lo Stato della Libia e la Repubblica Italiana](#), che si presenta come un'intesa quadro finalizzata a sostenere le «istituzioni di sicurezza e militari al fine di arginare i flussi di migranti illegali e affrontare le conseguenze da essi derivanti, in sintonia con quanto previsto dal Trattato di amicizia, partenariato e cooperazione sottoscritto tra i due paesi» (Memorandum d'intesa con la Libia, Art. 1, lett. A) nel 2009. Il *Memorandum* contiene disposizioni che impongono alle parti un generico obbligo di cooperazione e alla parte italiana più specifici obblighi di sostegno, finanziamento e supporto tecnico agli sforzi del Governo libico per contrastare il traffico all'immigrazione clandestina (Ibidem, lett. B e C)). Il Governo italiano ha rispettato tali obblighi, tra le altre cose istituendo la MIASIT che, tra gli altri, ha il compito di assistere la Guardia Costiera Libica. Vi è il fondato sospetto (v. ad esempio la [lettera del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa](#)) che il ruolo della MIASIT possa estendersi fino ad assistere il Governo libico nell'intercettazione di migranti e nel successivo internamento presso strutture detentive in Libia, senza adeguate garanzie sul rispetto dei diritti umani e, dunque, in aperta violazione degli obblighi internazionali dell'Italia, in particolare della CEDU (v. [Mancini](#), 280-281).

Gli accordi con Niger e Libia sembrano orientati a un medesimo fine: fornire un quadro giuridico di riferimento alla

presenza di personale militare italiano sul territorio dei due paesi, finalizzata allo svolgimento di attività di assistenza e supporto anche nella gestione dei flussi migratori. Il Governo ha concluso i due accordi seguendo procedure diverse: quello col Niger sembra – soprattutto alla luce del Comunicato stampa n. 29 della Presidenza del Consiglio dei Ministri, sopra citato – **un trattato internazionale che dovrà essere concluso in forma solenne**, cui è stata data provvisoria applicazione; il *Memorandum* con la Libia, invece, è stato concluso in **forma semplificata** ed è entrato in vigore con la semplice apposizione della firma dei due Capi di governo, senza alcun passaggio parlamentare.

I due atti sollevano dunque problemi diversi, ma presentano anche un denominatore comune.

Andando con ordine, l'accordo col Niger pone il seguente problema: a che titolo un trattato non solo non ancora ratificato, ma, addirittura bisognoso di autorizzazione alla ratifica può costituire base giuridica per l'invio di un contingente militare all'estero e per giustificare le relative azioni? Verrebbe da rispondere che l'accordo potrebbe contenere una clausola relativa alla sua **provvisoria applicazione** ([Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati](#), art. 25). Se così fosse, una siffatta clausola avrebbe dovuto, forse, essere sottoposta a specifica approvazione parlamentare, considerato che il trattato in questione rientra nell'ambito di applicazione dell'art. 80 della Costituzione (cfr. [Krieger](#), p. 417), per ammissione dello stesso Governo. Non sembra, tuttavia, che al Parlamento sia stata sottoposta tale circostanza; non risulta, infatti, negli atti parlamentari relativi all'autorizzazione dell'Operazione MISIN, che l'accordo che ne costituisce base giuridica dovesse essere provvisoriamente applicato in attesa di ratifica. Il tema avrebbe sicuramente

184 Dibattiti

bisogno di uno spazio maggiore di approfondimento, considerato che in relazione al dispiegamento di truppe all'estero la prassi istituzionale sembra essere orientata a ridurre al minimo gli spazi di manovra del Parlamento (v. per tutti [Cannizzaro](#), p. 153-154). Si può, però, sin d'ora osservare che il Parlamento difficilmente potrà esprimere un voto sfavorevole in relazione al disegno di legge di ratifica dell'Accordo col Niger, dal momento che in una siffatta circostanza i militari appartenenti all'operazione MISIN si troverebbero di punto in bianco a operare in assenza di una base giuridica, con conseguenze difficili da prevedere anche con riguardo alla loro sicurezza. In altri termini, il Parlamento verosimilmente sarà costretto ad autorizzare alla ratifica un atto che già produce effetti giuridici: uno scenario che svuota di senso il dibattito parlamentare.

Del *Memorandum* con la Libia si è già detto in varie sedi. È lecito dubitare che il Governo potesse adottare l'accordo seguendo una forma semplificata, trattandosi, secondo alcuni autori, di un trattato avente natura politica, dunque rientrante nell'ambito di applicazione dell'**art. 80 della Costituzione** e comunque un trattato che tratta di una materia – la condizione giuridica dello straniero – coperta da riserva di legge ai sensi dell'art. 10 della Costituzione (v. *inter alia* [Algostino](#), p. 162). Secondo altri autori (v. di recente Palombino, “Sui pretesi limiti costituzionali al potere del Governo di stipulare accordi in forma semplificata”, in *Rivista di diritto internazionale* 2018, p. 870-878 e [Raffiotta](#)) si sarebbe ormai formata una consuetudine modificativa dell'art. 80 della Costituzione nel senso di ampliare le possibilità per l'esecutivo di ricorrere alla procedura in forma semplificata anche con riferimento a trattati che rientrano nell'ambito di applicazione di tale disposizione. La Corte costituzionale avrebbe potuto chiarire la questione, pronunciandosi sul ricorso per conflitto di

attribuzione sollevato da alcuni parlamentari in relazione proprio alla conclusione del *Memorandum* con la Libia (v. [qui](#)). La Consulta, però, ha dichiarato inammissibile il ricorso, con [l'ordinanza n. 163 del 2018](#), per difetto di legittimazione ad agire dei ricorrenti, non senza ricevere critiche (v. [Lauro](#) e, ancora, [Bin](#)).

Nell'attesa che la Corte costituzionale faccia definitivamente chiarezza sul delicato equilibrio tra poteri dello Stato in materia di politica estera, esiste un tema di carattere generale, un denominatore comune alle vicende relative all'accordo col Niger e al Memorandum con la Libia: **l'approccio disinvolto alle prerogative parlamentari nella conclusione di accordi internazionali finalizzati alla gestione dei flussi migratori**, che costituiscono base giuridica o cornice giuridica di riferimento per condotte potenzialmente lesive dei diritti umani (v. in generale sul tema della responsabilità italiana nella conclusione e nell'esecuzione di siffatti accordi [De Vittor](#)). Il Parlamento, infatti, viene unicamente sollecitato per ratificare ex post trattati cui viene data provvisoria applicazione, oppure nemmeno viene sollecitato.

Questo non è l'unico tratto inquietante della vicenda in esame. L'accordo col Niger, infatti, è stato tenuto **segreto** dal Governo italiano, pur costituendo base giuridica di un'operazione militare e pur essendo stato diffuso – o almeno così è consentito dedurre – tra i parlamentari prima dell'autorizzazione concessa all'Operazione MISIN.

Questa circostanza accomuna l'accordo col Niger alle intese tecniche bilaterali concluse recentemente dal Governo italiano per la gestione dei flussi migratori, spesso tenute segrete. È difficile pensare di trovare un'etichetta comune alla costellazione di intese/accordi/memoranda sottoscritti dal

186 Dibattiti

Governo italiano con tali Stati: si va dagli accordi sottoscritti dai Capi di Governo, a intese tecniche concluse tra Capi di Dipartimento della Polizia.

Pur nella difficoltà di ricondurre a categoria unitaria una moltitudine di atti diversi quanto a soggetti e forme, di certo si può anticipare che tutti questi accordi siano stati adottati in forma semplificata, entrando quindi **in vigore senza alcun tipo di autorizzazione – né vaglio – parlamentare e che alcuni di essi siano addirittura stati conclusi senza alcuna forma di pubblicità**. Quindi, oltre a essere sottratti al dibattito parlamentare, le intese segrete sono invisibili alla società civile, che dunque non può operare alcun tipo di censura, o avviare alcun tipo di azione per tutelare gli individui i cui diritti sono violati nell'attuazione di siffatti accordi.

Da questo punto di vista è emblematico il caso del *Memorandum d'intesa tra il Dipartimento della pubblica sicurezza del Ministero dell'interno italiano e la Polizia nazionale del Ministero dell'interno sudanese per la lotta alla criminalità, gestione delle frontiere e dei flussi migratori ed in materia di rimpatrio*, firmato il 3 agosto 2016, **mai reso pubblico dal Governo**, il cui [testo](#) è disponibile sul sito dell'ASGI. Eppure, il *Memorandum* in questione contiene misure volte a instaurare un quadro di cooperazione tra i due Governi per velocizzare le procedure di rimpatrio. Tra le misure previste, quelle che destano più preoccupazione sono relative all'identificazione dei cittadini sudanesi irregolari, demandata alle autorità sudanesi (*Memorandum* col Sudan, art. 9, comma 1), che si impegnano a procedere «senza indugio alle interviste delle persone da rimpatriare, al fine di stabilire la loro nazionalità e, sulla base dei risultati del colloquio, senza svolgere ulteriori indagini sulla loro identità, emettono, il prima possibile, documenti di viaggio sudanesi d'emergenza (lasciapassare), consentendo in tal modo

alle competenti autorità italiane di organizzare ed eseguire operazioni di rimpatrio mediante voli di linea o charter» (*ibidem*, comma 2). Ancora, l'art. 14 del Memorandum prevede la possibilità di effettuare rimpatri ancora più rapidamente, qualora le Parti convengano sull'esistenza di una situazione di urgenza; in tali casi, l'identificazione dei migranti irregolari viene addirittura svolta sul territorio sudanese, a rimpatrio effettuato. Al Memorandum è già stata data attuazione: il [24 agosto 2016](#) un gruppo di cittadini sudanesi sono stati forzatamente rimpatriati dal Governo italiano dopo essere stati fermati a Ventimiglia, seguendo proprio le procedure semplificate previste nell'accordo. Cinque, degli oltre quaranta cittadini sudanesi rimpatriati, hanno presentato ricorso alla CEDU ([W.A. e altri c. Italia](#)), che, a breve, si pronuncerà sulle asserite violazioni del principio di *non-refoulement*, del divieto di espulsioni collettive e del diritto a un ricorso effettivo commesse dal Governo italiano, in attuazione del Memorandum (per un'analisi completa delle criticità dell'accordo v. il [rapporto](#) redatto dalla *Human Rights and Migration Law Clinic* dell'Università di Torino).

La sentenza del TAR sull'accordo col Niger avrà quindi un impatto non solo con riguardo all'atto oggetto del ricorso, ma anche su tutta la pletora di intese tecniche concluse dal Governo italiano per la gestione dei flussi migratori e tuttora poco note, sancendo un obbligo generale di pubblicazione di «tutti i “documenti, informazioni o dati” che l'amministrazione abbia l'obbligo di pubblicare e, quindi, anche a tutti gli atti indicati dall'art. 4 della legge n. 839 del 1984, disposizione, quest'ultima, che affida ad una struttura burocratica precisamente individuata, il “Servizio del contenzioso diplomatico, trattati e affari legislativi del Ministero degli affari esteri”, la trasmissione, per la pubblicazione trimestrale in apposito supplemento della Gazzetta Ufficiale, di “tutti gli atti

188 Dibattiti

internazionali ai quali la Repubblica si obbliga nelle relazioni estere, trattati, convenzioni, scambi di note, accordi ed altri atti comunque denominati”, salva, beninteso, la specifica apposizione di un segreto di Stato, ai sensi degli artt. 39 ss. della legge n. 124 del 2007» (v. [Sentenza del TAR](#), p. 6). Considerato il numero di simili intese concluse dal Governo italiano recentemente ([Chiara Favilli](#), riportando [un'intervista](#) del Capo della Polizia Franco Gabrielli, in un articolo del 2016, citava l'esistenza di ben 267 accordi di siffatta natura) si può ben comprendere la portata della pronuncia.

Al di là dello specifico punto affrontato dal TAR del Lazio (la segretezza dell'accordo col Niger), la pronuncia in esame accende i riflettori sul ricorso, da parte del Governo italiano, a **strumenti informali per la gestione dei flussi migratori**, seguendo l'esempio dell'accordo (o *statement?*) concluso dall'Unione europea con la Turchia nel 2016 (per un'analisi v. il [post](#) di Emanuela Roman pubblicato qui su *SIDIBlog* e il [commento](#) di Chiara Favilli [pubblicato su](#) *Diritti umani e diritto internazionale*). Proprio l'accordo con la Turchia pare essere preso a modello dalla Commissione europea per indirizzare gli Stati verso la conclusione di forme di partenariato agili, che mirino a raggiungere gli obiettivi prefissati in tempi brevi ([Comunicazione](#) della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio europeo, al Consiglio e alla Banca europea per gli investimenti sulla creazione di un nuovo quadro di partenariato con i paesi terzi nell'ambito dell'agenda europea sulla migrazione, p. 2 e 8), con evidente sacrificio della forma e dei diritti ([Vitiello](#), p. 23-24). Come era stato previsto ([Cannizzaro](#), p. 1-6), l'accordo UE-Turchia ha dunque aperto le porte a un ricorso sempre più costante a strumenti informali di cooperazione per la gestione dei flussi migratori che, tuttavia, appaiono discutibili sotto il profilo del rispetto dei **diritti umani** (v. ancora [De Vittor](#)).

Da questo punto di vista, la sentenza del TAR, intanto, ha avuto un primo effetto concreto: velocizzare l'iter di ratifica dell'accordo col Niger, i cui contenuti saranno noti quando il Parlamento si sarà pronunciato sul disegno di legge di autorizzazione alla ratifica.

Lo stesso Parlamento, nei prossimi giorni potrebbe essere chiamato a decidere sull'adesione dell'Italia al [*Global Compact for Safe, Orderly and Regular Migration \(GCM\)*](#). Il ruolo del Parlamento in relazione al GCM è stato [evocato](#) dal Presidente del Consiglio nei giorni scorsi, per giustificare la **rinuncia** del Governo italiano a partecipare alla [conferenza intergovernativa di Marrakech](#) che si terrà nei giorni 10 e 11 dicembre 2018 in cui gli Stati partecipanti discuteranno sulla formale adozione del GCM. Va detto infatti, che il GCM, allo stato attuale, è un documento politico di natura programmatica, non vincolante, la cui formale traduzione in un accordo giuridico vincolante è stata rinviata proprio alla conferenza di Marrakech.

Non vi è spazio per discutere della scelta del Governo nel merito, ciò che potrà essere fatto qui su *SIDIBlog* in futuro. Si può solo notare che, pur con molti limiti, il GCM rappresenta un documento importante che pone le basi per una gestione multilaterale concertata delle migrazioni, ciò di cui l'Italia avrebbe drammaticamente bisogno (per un commento v. [qui](#) e [qui](#)). Vi è però spazio per una breve chiosa sull'argomento utilizzato dal Presidente del Consiglio per giustificare la rinuncia a partecipare alla Conferenza di Marrakech: **la necessità di una previa pronuncia autorizzativa del Parlamento.**

A una prima e superficiale analisi, la richiesta di un'autorizzazione parlamentare può sembrare un fatto positivo,

190 Dibattiti

soprattutto alla luce di quanto finora detto circa la mortificazione delle Camere nella specifica materia della gestione dei flussi migratori. Riflettendo, però, viene da chiedersi a che titolo il Parlamento debba preventivamente esprimersi sulla partecipazione del Governo a una conferenza intergovernativa in cui si discute di un documento allo stato ancora politico.

Nel nostro sistema costituzionale, infatti, la funzione legislativa è chiamata a esprimersi solo con riguardo all'autorizzazione alla ratifica dei trattati internazionali rientranti nell'ambito di applicazione dell'art. 80 della Costituzione, **ma non sembra necessario che il Parlamento autorizzi l'esecutivo a partecipare a una conferenza intergovernativa che ancora deve fissare i contenuti di un accordo e che ancora deve approvarlo.**

In estrema sintesi, quello che sembrava un positivo slancio di coinvolgimento e valorizzazione del dibattito parlamentare sullo scottante tema delle migrazioni, sembra in realtà l'ennesima prova dell'approccio disinvolto dell'esecutivo alle prerogative parlamentari, questa volta utilizzate per giustificare, senza alcuna base giuridica, scelte politiche del Governo. Un alibi, insomma.

5 dicembre 2018

INTERVENTI

Diritto internazionale pubblico

PIERFRANCESCO BRECCIA Limiti alla libertà degli Stati di
accesso allo spazio: il caso
della Corea del Nord

LEONARDO BORLINI La “minaccia” nordcoreana e
la risposta del Consiglio di
sicurezza: impotenza o
inefficacia?

MIRKO SOSSAI L’adozione del Trattato sul
disarmo nucleare tra
entusiasmo, perplessità e
aperta opposizione

ANNA DI LIETO La questione delle *Chagos*
all’esame della Corte
internazionale di giustizia

DANIELE AMOROSO *Inutiliter data?* La
Convenzione delle Nazioni
Unite sui diritti delle persone
con disabilità nella
giurisprudenza italiana

GIULIA BORGNA Cala il sipario della Corte
europea sulle violenze al G8
(ma non sulla tortura in
Italia). Brevi spunti a margine
dei casi *Azzolina e Blair*

- VITO TODESCHINI The Right to Life in Armed Conflict: Reflections on the Human Rights Committee's Draft General Comment 36
- EMANUELE SOMMARIO Stato d'emergenza in Turchia: prime risposte della Corte europea dei diritti umani
- LUDOVICA CHIUSI *Jesner et al. v. Arab Bank, PLC*: Closing the Door to Litigation against Foreign Corporations under the Alien Tort Statute?
- DIEGO MAURI «Laws... of Humanity?». Un resoconto (critico) del primo Gruppo di esperti sulle armi autonome
- LUIGI DANIELE Criminalizzazione delle lotte per la legalità internazionale: il caso del movimento «Boicottaggio, disinvestimento e sanzioni» (anche alla luce della recente risoluzione 2334 del Consiglio di sicurezza)
- GIOVANNA ADINOLFI Le misure USA per la protezione dei mercati nazionali dell'acciaio e dell'alluminio: un nuovo capitolo della crisi dell'Organizzazione mondiale

del commercio?

CHIARA MACCHI «Foreign direct liability
claims» in Europa: sviluppi
recenti e sfide future

MARIO GERVASI Prime riflessioni sulla
dichiarazione statunitense di
denuncia dell'Accordo di
Parigi sul cambiamento
climatico

Limiti alla libertà degli Stati di accesso allo spazio: il caso della Corea del Nord

PIERFRANCESCO BRECCIA (*)

La Corea del Nord, dall'inizio del 2016, ha intensificato le sue attività in campo nucleare e spaziale: ha realizzato due nuovi test nucleari sotterranei (IV-V) e il lancio nello spazio di un nuovo satellite (Kwangmyongsong-4). La questione del programma nucleare del regime di Pyongyang è stata presa in considerazione da [Marco Roscini](#), con un intervento dal titolo *Il quarto test nucleare della Corea del Nord*. L'attenzione del presente intervento si rivolge, invece, alle attività spaziali nordcoreane, partendo dalla considerazione che il lancio in orbita di un satellite avviene tramite vettori che utilizzano la tecnologia dei missili balistici. La prima ad utilizzare questa tecnologia è stata l'Unione Sovietica quando, il 4 ottobre 1957, con una versione modificata del missile balistico intercontinentale R-7 (ICBM), ha lanciato in orbita il primo satellite (Sputnik I), che ha segnato l'inizio dell'era spaziale. La tecnologia dei missili balistici è necessaria per accedere allo spazio, ma è dotata di potenziali applicazioni *dual use* che non hanno mancato di sollevare forti preoccupazioni. Infatti, il

(*) Sapienza Università di Roma.

196 Interventi

lancio del satellite effettuato dalla Corea del Nord è stato condannato dalla comunità internazionale, in particolare, da Stati Uniti, Giappone e Corea del Sud, come grave violazione del diritto internazionale e delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza. Analizziamo i vari aspetti della questione.

A partire dal 1998, la Corea del Nord ha iniziato a sviluppare la tecnologia missilistica, anche allo scopo di effettuare test nucleari. Tali attività hanno sollecitato le Nazioni Unite ad intervenire e, nel 2006, il Consiglio di sicurezza ha adottato all'unanimità, sulla base del capitolo VII della Carta, la Risoluzione [1718](#). Questa non solo ha previsto una serie di sanzioni per impedire lo sviluppo di programmi relativi ai test nucleari e al lancio di missili a lungo o medio raggio Taepodong-2 e Scud, ma ha denunciato anche le attività nordcoreane come una minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale ed ha imposto *«that the Democratic People's Republic of Korea (DPRK) not conduct any further nuclear test or launch of a ballistic missile»*.

Quando, il 5 aprile 2009, il regime di Pyongyang ha eseguito un altro lancio per mettere in orbita un satellite, peraltro fallito, il Consiglio di sicurezza non ha mancato di disapprovare tale attività, proprio a causa dell'impiego di tecnologia balistica in aperta violazione delle restrizioni imposte con la Risoluzione 1718. In un primo momento, però, tale condanna è stata espressa sotto forma di [Statement](#) del Presidente del Consiglio di sicurezza per l'opposizione di Cina e Russia all'adozione di una Risoluzione. Lo *Statement* ha denunciato la violazione da parte della Corea del Nord degli obblighi derivanti dalle decisioni del Consiglio di sicurezza con l'ammonimento a non ripetere nuovi lanci.

Il nuovo divieto di test nucleari e di lancio di missili balistici

imposto dalla Risoluzione [1874](#) (2009) non ha, però, impedito lo sviluppo delle attività spaziali della Corea del Nord. Questa, nel 2012, ha compiuto il lancio del satellite Kwangmyongsong 3-2, cui ha fatto seguire, il 7 febbraio 2016, un nuovo test nucleare e il lancio di un altro satellite. Il Consiglio di sicurezza dell'ONU ha reiterato la sua condanna nel 2013 con la Risoluzione [2087](#) e, nel 2016, con la Risoluzione [2270](#). Quest'ultima, evidenziando che il lancio di satelliti può avvenire solo attraverso il ricorso alla tecnologia dei missili balistici, «*condemns the DPRK's launch of 7 February 2016, which used ballistic missile technology and was in serious violation of resolutions 1718 (2006), 1874 (2009), 2087 (2013), and 2094 (2013)*». La Risoluzione 2270 prevede anche l'adozione di sanzioni più rigide per impedire al regime di Pyongyang di effettuare nuovi test nucleari.

Per superare i condizionamenti imposti ai suoi programmi di sviluppo di lanciatori e alla sua libertà di accedere allo spazio, la Corea del Nord sostiene, invece, che le sue attività spaziali si svolgono nel rispetto del quadro giuridico disposto dai Trattati adottati in materia dalle Nazioni Unite, in particolare il *Trattato sui principi che regolano le attività degli Stati nell'esplorazione ed utilizzazione dello spazio extra-atmosferico, inclusa la luna e gli altri corpi celesti* ([OST](#)) che ha ratificato il 5 marzo del 2009.

Questa posizione è priva di fondamento. Ai sensi dell'art. I.2 e III dell'*OST*, gli Stati sono liberi di esplorare e utilizzare lo spazio, ma tali attività devono essere svolte in conformità al diritto internazionale, compresa la Carta delle Nazioni Unite. Lo stesso Consiglio di sicurezza, nella Risoluzione 2087 (2013), riconosce tale libertà che deve, però, essere *esercitata «in accordance with international law, including restrictions imposed by relevant Security Council resolutions»*. Nel Report dei lavori del Sottocomitato giuridico del *Committee on the Peaceful Uses*

198 Interventi

of Outer Space (COPUOS) del 2016, alcuni Stati hanno affermato che i lanci di satelliti da parte della Corea del Nord costituiscono una grave violazione delle Risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza e uno Stato ha evidenziato che questi sono in aperto contrasto con lo spirito e gli obiettivi dell'OST. Gli Stati membri delle Nazioni Unite, infatti, in base all'art. 25 della Carta, hanno l'obbligo di accettare ed eseguire le decisioni adottate dal Consiglio di sicurezza. Inoltre, l'art. 103 della Carta stabilisce il carattere prevalente degli obblighi derivanti dalla Carta, qualora in contrasto con quelli previsti da un qualsiasi altro accordo internazionale. Nella prassi la nozione di "obblighi derivanti dalla Carta" comprende anche gli obblighi derivanti dalle decisioni del Consiglio di sicurezza (vedi [S. Marchisio](#), p.13). In questo senso si esprime anche il progetto di *International Code of Conduct for Outer Space Activities* (ICoC), proposto dall'Unione europea, come strumento non vincolante, con l'obiettivo di affrontare «[...] la sicurezza, la sostenibilità e i rischi connessi a tutte le attività nello spazio extra-atmosferico»; il progetto è stato sottoposto nel luglio del 2015 a consultazioni multilaterali a New York con la partecipazione di rappresentanti di oltre 100 paesi. Il punto 25 dell'ICoC stabilisce che la libertà degli Stati di accedere, esplorare e utilizzare lo spazio extra-atmosferico deve avvenire «[...] in accordance with international law and obligations [...]».

Quindi dalle considerazioni che precedono, si può concludere che la Corea del Nord ha compiuto un illecito nell'effettuare i lanci in questione. Ora, ai sensi della *Convezione sull'immatricolazione degli oggetti lanciati nello spazio extra-atmosferico* ([REG](#)), di cui la Corea del Nord è parte contraente, gli Stati che posizionano satelliti nello spazio extra-atmosferico, da un lato, sono tenuti a registrarli in un apposito registro nazionale; dall'altro lato, devono notificare le informazioni

concernenti gli oggetti lanciati al Segretariato dell'Onu. Il Registro delle Nazioni Unite degli oggetti lanciati nello spazio è stato istituito il 16 novembre 1976 a seguito dell'entrata in vigore della *REG*, ed è curato dall'Ufficio delle Nazioni Unite per gli affari spaziali (UNOOSA). Tale aspetto diverso, ma collegato con l'attività del lancio di oggetti nello spazio, riguarda un altro problema giuridico sollevato nell'ambito del COPUOS consistente nella questione di sapere se può essere immatricolato un oggetto lanciato in violazione del diritto internazionale. Pertanto, un altro punto da considerare riguarda il dibattito riguardo le notifiche di Pyongyang al Segretario generale dell'Onu dei lanci degli oggetti avvenuti rispettivamente nel 2012 e nel 2016 ai fini della loro immatricolazione ai sensi della *REG*.

A questo proposito, va considerato che il rispetto delle risoluzioni adottate dal Consiglio di sicurezza riguarda non solo i singoli Stati membri, ma anche gli organi dell'Onu. Il Segretariato dell'Onu ha tenuto a precisare che l'immatricolazione dei satelliti coreani non può essere interpretata come legittimazione delle attività della Corea del Nord in violazione di obblighi di cui è titolare secondo le risoluzioni del Consiglio di sicurezza. È stata così confermata la soluzione tecnica espressa dal Segretario generale dell'Onu ([S/2013/108](#) e [S/2016/538](#)) in relazione alle notifiche da parte di Pyongyang dei lanci avvenuti il 12 dicembre 2012 ([ST/SG/SER.E/662](#)) e il 7 febbraio 2016 ([ST/SG/SER.E/768](#)). Nei documenti, indirizzati al Presidente del Consiglio di sicurezza, il Segretario generale afferma che l'inserimento nel registro dei dati forniti, con le notifiche presentate dalla Corea del Nord, si configura come una procedura di carattere esclusivamente tecnico, ai sensi della *REG* e che, pertanto, l'atto di registrazione non conferisce legalità o legittimità ai lanci nordcoreani (Vedi [H. R. Hertzfeld](#)

200 Interventi

[Henry, _____ S, _____ Li,](#) p.94).

Si può quindi concludere che la libertà degli stati di accedere allo spazio extra-atmosferico, da un lato, è pienamente riconosciuta dagli dell'artt. I.2 e III dell'*OST*; dall'altro lato, che tale libertà può incontrare limiti posti da obblighi internazionali derivanti da decisioni vincolanti del Consiglio di sicurezza. Inoltre, con riguardo alla registrazione degli oggetti lanciati dalla Corea del Nord, la posizione del Segretario generale dell'Onu è pienamente condivisibile, in quanto scopo dell'immatricolazione è quello di consentire l'identificazione degli oggetti in orbita e degli Stati che su di essi esercitano giurisdizione e controllo ai sensi dell'art. VIII dell'*OST*, soprattutto ai fini del risarcimento di eventuali danni.

15 febbraio 2017

La “minaccia” nordcoreana e la risposta del Consiglio di sicurezza: impotenza o inefficacia?

LEONARDO BORLINI(*)

Ancora una volta la Corea del Nord provoca la comunità internazionale il giorno della festa dell'indipendenza degli Stati Uniti: mentre il 4 luglio del 2006 il regime di Pyongyang effettuava il primo di cinque test nucleari condotti nell'arco di un solo decennio, esattamente undici anni più tardi ad allarmare gli Stati è l'undicesimo lancio missilistico del 2017. Tra questi, *in primis*, i vicini Giappone e Corea del Sud oltre agli Stati Uniti, che, pur nelle diversità di orientamento politico e di metodo delle diverse amministrazioni che si sono succedute dal 2003 (anno di esercizio del [diritto di recesso](#) dal [Trattato di non proliferazione nucleare](#) da parte della Corea del Nord), hanno promosso e coordinato la maggior parte maggioranza delle iniziative internazionali tese a contenere i programmi di sviluppo nucleare e militare nordcoreani.

Il lancio missilistico dello scorso 4 luglio ha alzato percettibilmente il già elevato livello di allarme: dopo aver volato per circa 930 km, il missile sarebbe caduto, pur senza

(*) Università Bocconi

202 Interventi

provocare danni, nella zona economica esclusiva del Giappone. Inoltre, secondo la versione di Pyongyang e le successive dichiarazioni del [Pentagono](#), l'ultimo testato sarebbe un missile intercontinentale *Hwasong-14*, il più potente tra i missili balistici dell'arsenale nordcoreano, capace di una gittata tale da raggiungere le coste dell'Alaska, le Hawaii e, secondo alcune valutazioni, la città di Seattle. Trattasi dell'ultima di una numerosa serie di esercitazioni militari condotte tra l'inizio del 2016 e i primi sette mesi del 2017 – la detonazione di due bombe nucleari nel sottosuolo nordcoreano il 6 gennaio e il 9 settembre 2016; il lancio in orbita del satellite *Kwangmyŏngsŏng-4* il 7 febbraio 2016; il lancio di cinque missili balistici nel 2016 e undici nel 2017 – che, complessivamente considerate, confermano un significativo avanzamento nella tecnologia dei sistemi di *delivery* delle armi nucleari. Si ricorda, infatti, che i missili balistici costituiscono vettori per portare le ogive atomiche e i satelliti (il cui lancio, peraltro, può avvenire solo attraverso il ricorso alla tecnologia balistica): un elemento essenziale per aumentare la precisione dei sistemi di *delivery* delle stesse. Lo scorso 12 febbraio, inoltre, la Corea del Nord ha testato missili a propellente solido che, rispetto ai modelli a propellente liquido, richiedono un lasso di tempo assai inferiore per la preparazione del lancio e il supporto di una minore quantità di veicoli, ciò che riduce, evidentemente, il margine per la loro intercettazione e distruzione preventiva da parte dei possibili Paesi bersaglio. Infine, se, come pare verificato, i missili lanciati il 4 luglio sono intercontinentali, anche i residui dubbi sulla disponibilità da parte del regime nordcoreano di vettori a lunga gittata per trasportare testate atomiche fino alle coste statunitensi verranno meno.

La valutazione delle attività militari nordcoreane ([test nucleari](#), [lancio di missili balistici](#) e [sfruttamento dello spazio](#)) rispetto ai

diversi regimi giuridici interessati è già stata oggetto di attenti commenti. Al di là della loro dibattuta liceità originaria, esse non potevano ovviamente sottrarsi allo scrutinio del Consiglio di sicurezza *ex art.* 39 della Carta delle Nazioni Unite. Come già osservò [Kelsen](#) (p. 294) all'indomani della sua entrata in vigore, infatti, «[t]he purpose of the enforcement action under Article 39 is not to maintain or restore the law, but to maintain, or restore peace, which is not necessarily identical with the law». Qualificando sin dal 2006 le diverse attività sopra riferite come «[minaccia alla pace internazionale e alla sicurezza](#)» il Consiglio ha, pertanto, disposto nei confronti della Corea del Nord, in forza del successivo art. 41 della Carta, quello che, con l'adozione delle [Risoluzioni n. 2270 e 2321 del 2016](#), è stato definito dal precedente Segretario generale [Ban Ki-moon](#) e da alcuni commentatori ([Bastid Burdeau](#), 508) come il regime sanzionatorio più duro mai adottato nei confronti di uno Stato dai tempi della prima guerra in Iraq. Nondimeno, le ripetute esercitazioni militari condotte dalla Corea del Nord in violazione dell'art. 25 della Carta, dopo l'adozione della Risoluzione 2321, sembrerebbero confermare la diagnosi di coloro che, esclusa la possibilità di adottare misure implicanti l'uso della forza *ex art.* 42 della Carta per il più che prevedibile veto cinese e russo, ritengono che il Consiglio di sicurezza sia sostanzialmente *impotente* nei confronti del programma di sviluppo militare e delle ambizioni nucleari nordcoreane ([Blix](#), 153-4; [Sidhu](#), 332-6).

“Impotenza”, tuttavia, è termine che non necessariamente denota una condizione irreversibile. Ciò che pare incontrovertibile è che le sanzioni multilaterali (e [unilaterali](#)) adottate contro la Corea del Nord sono state *ad oggi inefficaci*. Interrogarsi attentamente sulle ragioni di tale inefficacia e, conseguentemente, su possibili azioni correttive è esercizio tutt'altro che sterile. Ciò, anzitutto, a ragione della natura e

204 Interventi

della gravità della “minaccia nordcoreana” e della circostanza, ribadita più volte dal [Consiglio](#), che ogni progresso nel programma nucleare di Pyongyang costituisce un nuovo ostacolo per gli sforzi internazionali volti al rafforzamento del regime di non proliferazione nucleare. Inoltre, i notevoli problemi insiti nelle possibili “leve” alternative (già tentate o, ancora, “sulla carta”) suggeriscono cautela prima di considerare come definitivamente esaurita la funzione delle sanzioni. Le alternative “pacifiche” – costituite da iniziative diplomatiche condotte sia sotto l’egida dell’ONU che *a latere* di esso (come i c.d. [Six Party Talks](#)) e da misure “positive” per indurre la Corea del Nord ad abbandonare il proprio programma nucleare (così, ad esempio, l’assistenza fornita da Stati Uniti, Corea del Sud e Giappone attraverso la *Korean Peninsula Energy Development Organization* (KEDO) per la costruzione di due reattori nucleari ad acqua leggera) – si sono rivelate spuntate. Anzi, alla luce dell’importanza strategica che il programma nucleare riveste per Pyongyang, ai cui occhi esso garantisce verosimilmente maggiore sicurezza di ogni possibile impegno o concessione offerta dal Consiglio di sicurezza o da altri Stati (Blix, 154), non stupisce che la Corea del Nord abbia sovente sfruttato le suddette aperture per ottenere concessioni, principalmente di natura economica, a fronte di temporanee o apparenti interruzioni dello stesso, salvo poi rilanciarlo repentinamente, una volta esaurito il vantaggio strategico della collaborazione (Sidhu, 335). È poi appena il caso di sottolineare che l’*impasse* del meccanismo coercitivo multilaterale potrebbe portare a sostenere l’opportunità di azioni unilaterali implicanti l’uso della forza per neutralizzare l’armamento nucleare nordcoreano. Tuttavia, un’operazione del tipo di *Osirak* nel 1981 o del bombardamento israeliano sul sito siriano di *Deir Ez Zor* del settembre 2007 sarebbe difficilmente giustificabile come forma legittima di difesa anche qualora si volesse accogliere la lettura, recentemente

affacciatasi proprio in considerazione della “minaccia nordcoreana”, che «the law on anticipatory self-defence is potentially in flux» ([Hakimi](#)): pur se innegabilmente inquietante, l'avanzamento del programma militare della Corea del Nord costituisce *ancora* una minaccia latente ed eventuali attacchi nordcoreani sembrano, ad oggi, solo ipotetici. Sotto questo profilo, ancor più decisiva è, forse, una considerazione di ordine pragmatico: rispetto agli attacchi all'Iraq nel 1981 e alla Siria nel 2007 – comunque condannati come illegittimi ([Ronzitti](#), 112-113) – la Corea del nord *già* possiede un [arsenale di armi nucleari](#), la cui esatta collocazione geografica, pare, peraltro, incerta. Un attacco volto a neutralizzare tale arsenale, per quanto rapido ed efficace, difficilmente annullerebbe le *chance* di [reazioni](#) di Pyongyang e l'eventuale conseguente lancio di testate nucleari o utilizzo di armi chimiche – anch'esse sospettate di essere nella disponibilità nordcoreana – comporterebbe rischi [gravissimi](#) per milioni di vite umane.

Rimangono, quindi, le sanzioni disposte in forza dell'art. 41 della Carta. Quali le principali criticità?

L'apparato sanzionatorio disposto dal Consiglio di sicurezza nei confronti della Corea del Nord è assai articolato; già *ab origine* combinava *sanzioni mirate* volte a colpire l'*establishment* nordcoreano (da, ultimo, aggiornate con la [Risoluzione 2356 del 2017](#)) e *sanzioni economiche generali* nella forma di un embargo su armi e materiale militare progressivamente più esteso, affiancato dal divieto di esportare in Corea del Nord beni di lusso (misura quest'ultima che rappresenterebbe uno schiaffo simbolico all'oligarchia nordcoreana ([Fasulo](#), 69-70)). Con le citate Risoluzioni 2270 e 2321 si è assistito a un considerevole “salto di qualità” nelle sanzioni economiche. Ne risulta un quadro di sanzioni volto a isolare la Corea del Nord dai circuiti bancari e finanziari

206 Interventi

mondiali; pregiudicarne, salvo limitatissime eccezioni, le relazioni diplomatiche; ridurne grandemente le possibilità commerciali, incidendo in particolare sui suoi settori produttivi principali, limitando le possibilità di trasporto di beni per mare e per via aerea e vietando ogni forma di *trade assistance* alle imprese che decidano comunque di intrattenere rapporti commerciali con la Corea del Nord.

Eppure, come anche il test missilistico del 4 luglio sembra dimostrare, Pyongyang non sembra retrocedere rispetto alle proprie ambizioni militari. La [stampa economica](#), seppur con qualche imprecisione, ha recentemente messo in dubbio la capacità delle sanzioni disposte dal Consiglio di sicurezza di incidere in modo significativo sull'economia nordcoreana. Ciò stimola ad indagare in modo più approfondito i problemi del regime sanzionatorio in oggetto. A tal fine conviene distinguere tre piani concettuali: le circostanze che “circondano” l'adozione delle misure da parte del Consiglio, la loro formulazione e l'esistenza di meccanismi di *sui vi* e di misure capaci, eventualmente, di incidere sull'elusione delle sanzioni.

Riguardo al primo punto, si deve sottolineare che le Risoluzioni n. 2270 e 2321 esplicitano l'intenzione di promuovere il regime di non-proliferazione nucleare nei confronti di un Paese, il cui *establishment* politico, come accennato, ritiene che lo sviluppo del programma nucleare costituisca la migliore garanzia per la propria sussistenza. Si comprende bene che per incidere su un tale programma, allora, non bastano sanzioni sulla carta capaci di paralizzare economicamente il Paese. È altrettanto importante, per la concreta attuazione delle stesse, che vi sia assoluta unanimità di intenti e azione da parte almeno degli Stati più influenti. Tuttavia, sebbene entrambe le risoluzioni siano state adottate all'unanimità, le [dichiarazioni](#) rilasciate dall'ambasciatore cinese in occasione dell'adozione della

Risoluzione 2321, per cui le sanzioni *non* sarebbero intese a «affecting the normal economic and trade activities» con la Corea del Nord sollevano serie perplessità, essendo proprio l'isolamento economico e commerciale di Pyongyang l'obiettivo principale delle sanzioni più incisive. Come si avrà modo di osservare a breve, peraltro, l'ambiguità che trasuda dalla citata dichiarazione non ha mancato di riflettersi in fase di attuazione delle sanzioni.

Sulla formulazione, si nota che la maggior parte delle scappatoie che caratterizzavano le misure disposte dalla Risoluzione 2270, lasciando margini discrezionali agli Stati membri in sede di attuazione, sono stati corretti con la Risoluzione 2321. In questo senso, soprattutto, è stata corretta la sanzione economica principale, ossia il divieto per i Paesi membri dell'ONU di importare carbone dalla Corea del Nord, di gran lunga la sua [principale commodity](#). Occorre notare, difatti, che la Risoluzione 2270 vietava l'importazione di carbone tranne che ciò avvenisse «*exclusively for livelihood purposes*», senza però circostanziare ulteriormente tali propositi, né precisare della sussistenza di chi dovesse trattarsi. La Cina – in assoluto, il [principale importatore](#) di carbone nordcoreano – ebbe, dunque, buon gioco, nel sostenere che l'uso finale del carbone (*i.e.* la generazione di energia) esentasse le sue importazioni dal divieto. Solo dopo il test nucleare del settembre 2016, con l'adozione della Risoluzione 2321, il meccanismo di esenzione appena illustrato è stato sostituito dall'introduzione di soglie di valore e volume entro le quali ancora tollerare le importazioni effettuate «*exclusively for livelihood purposes*», purché l'operazione commerciale non coinvolga individui e enti inseriti nelle liste ai fini delle sanzioni mirate. Contestualmente, gli Stati membri sono obbligati a comunicare mensilmente al Comitato delle Sanzioni sulla Corea del Nord il quantitativo raggiunto e terminare immediatamente

208 Interventi

le importazioni al raggiungimento della percentuale del 95% delle soglie tollerate.

Non è la prima volta che la comunità internazionale si è risolta a bloccare il commercio del primario bene di esportazione di un Paese per indurlo a desistere dallo sviluppo di armi di distruzione di massa. La Risoluzione 2321 ricorda, infatti, con alcune importanti differenze, le [misure unilaterali](#) di blocco sul petrolio iraniano che accompagnarono le sanzioni disposte dal Consiglio di sicurezza. Tuttavia, mentre l'Iran poteva contare solamente su una decina di grandi acquirenti direttamente controllati dai rispettivi Stati, il successo della misura contro la Corea del Nord dipende quasi esclusivamente dalla volontà politica di Pechino e dalla sua capacità amministrativa di assicurare che numerosissime imprese di piccole e medie dimensioni situate nelle province di Liaoning e Jilin, per la cui attività il carbone nordcoreano è materia prima essenziale, smettano di importarlo. In effetti, dopo i lanci missilistici dello scorso febbraio, il ministro del commercio cinese, in una [dichiarazione ufficiale](#) rilasciata congiuntamente con l'agenzia delle dogane, annunciò che la Cina avrebbe immediatamente smesso di importare carbone dalla Corea del Nord. Tuttavia, ancora il mese scorso la [stampa](#) riportava di navi cargo nordcoreane cariche di carbone presso diversi porti cinesi. Sempre con riguardo al "disegno" delle sanzioni, non sono ben chiare le ragioni che hanno "salvato" grafite e magnesite dai minerali oggetto di divieto d'importazione dalla Corea del Nord, trattandosi comunque di minerali di cui essa è ricca e la cui vendita avviene principalmente nei [mercati esteri](#).

Infine, i meccanismi di *suivi* disposti dalle risoluzioni del Consiglio di sicurezza rivelano che: «[the DPRK] is flouting sanctions through trade in prohibited goods, with evasion techniques that are increasing in scale, scope and sophistication

[...] Designated entities and banks have continued to operate in the sanctioned environment by using agents who are highly experienced and well trained in moving money, people and goods, including arms and related materiel, across borders [...] Diplomats, missions and trade representatives of [the DPRK] systematically play key roles in prohibited sales, procurement, finance and logistics», ([United Nations Security Council](#), 4). Nel palesare l'esistenza di un fitto sottobosco di intermediari, consulenti e strutture societarie create *ad hoc offshore*, utilizzati, *inter alia*, da soggetti collegati al regime nordcoreano per eludere sanzioni multilaterali e unilaterali, anche i c.d. [Panama Papers](#) forniscono importanti elementi per la presente analisi. Leggendo questi dati alla luce della recente notizia che gli Stati Uniti hanno [sanzionato](#) unilateralmente un gruppo di questi c.d. *foreign enablers* (*in casu*, individui e banche cinesi) per aver agevolato l'evasione delle sanzioni alla Corea del Nord, è agevole comprendere che anche il problema dell'attuazione delle sanzioni multilaterali ormai si interseca con il tema, già evocato in [dottrina](#) e da [autorevoli esperti](#), della promozione di forme più incisive e stringenti di regolamentazione internazionale dei requisiti di trasparenza e dell'attività di tutti quei soggetti giuridici, che, muovendosi nelle pieghe dei diversi ordinamenti e beneficiando dei limiti dei rispettivi ordinamenti domestici, proliferano nell'opacità, permettendo e agevolando la commissione di illeciti di varia natura perpetrando di numerose tipologie di condotte illecite.

In conclusione, è difficile dire se lo strumento delle sanzioni può, da solo, indurre la Corea del Nord a rinunciare al proprio programma di sviluppo militare. Rimane che, al momento, questa sembra l'unica strada percorribile. Dall'analisi che precede appare però evidente che l'attuale regime di sanzioni, per quanto innegabilmente ampio e duro, è indebolito da talune importanti criticità che devono essere corrette.

210 Interventi

Anzitutto, se la via eletta è quella della leva economica, non dovrebbe essere più tollerata alcuna ambiguità, soprattutto da parte degli Stati più influenti; su di essi dovrebbe, quindi, esercitarsi forte pressione diplomatica per assicurarsi che superino quei problemi di compartimentalizzazione amministrativa (ad esempio, in Cina, tra autorità centrali, provinciali e locali) che è di ostacolo all'efficacia delle sanzioni economiche potenzialmente più incisive. Altre correzioni dovrebbero andare nel senso di includere misure di embargo selettivo sui rimanenti prodotti nordcoreani capaci di generare ricchezza attraverso il commercio internazionale. Infine, la comprovata capacità di elusione delle sanzioni da parte della Corea del Nord richiede di essere affrontata in modo sistematico. Anzitutto, attraverso un utilizzo più metodico delle sanzioni secondarie sui soggetti che facilitano l'elusione. In un orizzonte temporale più ampio – ed, evidentemente, non solo ai fini di una maggiore efficacia delle sanzioni contro Pyongyang – è altresì opportuno che siano poste in essere, anche attraverso l'attività delle organizzazioni internazionali con mandato specifico, forme di regolamentazione volte, soprattutto, a rendere maggiormente trasparenti le attività di tanti [soggetti](#) che proliferano grazie all'opacità dei regimi finanziari, bancari e fiscali di alcuni ordinamenti giuridici nazionali.

18 luglio 2017

L'adozione del Trattato sul disarmo nucleare tra entusiasmo, perplessità e aperta opposizione

MIRKO SOSSAI (*)

Il 7 luglio 2017, il [Trattato sul divieto di armi nucleari](#) è stato adottato al termine della seconda e conclusiva sessione della Conferenza diplomatica, con 122 voti a favore, un astenuto (Singapore) e un voto contrario, quello dei Paesi Bassi.

Alla Conferenza diplomatica, convocata dall'Assemblea generale con [ris. 71/258](#), votata lo scorso dicembre, non hanno partecipato i nove Stati che ad oggi si ritiene posseggano armi atomiche: oltre ai cinque Stati militarmente nucleari secondo il **Trattato di non proliferazione nucleare** (TNP) del 1968 (USA, Russia, Regno Unito, Francia e Cina), Israele, India, Pakistan e Corea del Nord. Ad eccezione dell'Olanda, anche gli Stati appartenenti all'Alleanza atlantica hanno disertato il processo negoziale, compresa l'Italia: così, su un grande tema di politica estera, una volta ancora, i membri dell'Unione europea si sono presentati in ordine sparso, con Austria, Irlanda e Svezia al contrario decise sostenitrici dell'iniziativa.

(*) Università degli Studi Roma Tre.

212 Interventi

Come [altri](#) hanno osservato, l'adozione del Trattato è il frutto della combinazione di due diversi fattori: per un verso, la crescente insofferenza di vari Paesi – di cui si erano fatte “portavoce” le [Isole Marshall](#) dinanzi alla CIG – nei confronti degli Stati nucleari rispetto alla (mancata) attuazione delle disposizioni in materia di disarmo contenute nell'art. VI del TNP; dall'altro, l'affermarsi sulla scena internazionale, della c.d. [humanitarian initiative](#), capace di coagulare il sostegno di oltre 150 Stati e di numerose espressioni della società civile intorno all'**impatto umanitario delle armi nucleari**.

Profonda è emersa la frattura rispetto a quanti continuano a sostenere la necessità della **deterrenza nucleare** su cui si è fondata l'architettura di sicurezza internazionale dai tempi della Guerra fredda, che punta sullo scoraggiare il nemico dall'intraprendere un'azione militare, prospettandogli un costo e un rischio superiori ai possibili guadagni. Nella [dichiarazione congiunta](#) resa pubblica lo stesso giorno dell'adozione del Trattato sul disarmo nucleare, gli Stati Uniti, il Regno Unito e la Francia hanno ribadito la necessità della deterrenza nucleare fondata sul TNP, a fronte della grave minaccia rappresentata dal programma nucleare nordcoreano.

La posizione del nostro Paese era stata chiarita alla Camera dei Deputati dal viceministro degli esteri Mario Giro nel febbraio 2017, anche per spiegare l'errore tecnico-materiale dell'Italia in sede di votazione (a favore) all'Assemblea generale, che aveva fatto sperare (inutilmente) nella partecipazione ai negoziati. La scelta di non partecipare ai negoziati era stata [autorevolmente](#) criticata: non soltanto perché si sarebbe in ogni caso potuto influire sul contenuto delle clausole del Trattato ma anche per non lasciare l'iniziativa alla sola Olanda, con la quale si condivide il seggio non permanente al Consiglio di sicurezza.

In risposta a una recente interrogazione parlamentare, il governo ha [ribadito](#) che l'Italia è tra i Paesi fautori di un **approccio progressivo** al disarmo nucleare, pertanto non è apparso opportuno «sostenere un'iniziativa suscettibile di portare ad una forte contrapposizione in seno alla Comunità Internazionale su una questione che richiede un impegno universale e il pieno coinvolgimento anche dei Paesi militarmente nucleari».

Le caratteristiche essenziali del Trattato

Il mandato affidato dall'AG alla Conferenza era quello di negoziare uno strumento giuridicamente vincolante che proibisse le armi nucleari e conducesse alla loro totale eliminazione. Il Trattato adottato il 7 luglio si situa a metà strada tra due diversi modelli di accordi di disarmo: quello della Convenzione sul disarmo chimico del 1993, che stabilisce un sistema di verifiche particolarmente incisivo, e quello delle recenti convenzioni relative a talune armi inumane, come le munizioni cluster e le mine antiuomo, che diversamente puntano sulla trasparenza attraverso una serie di obblighi di dichiarazione in capo agli Stati parte.

Sotto il profilo giuridico, gli aspetti meritevoli di attenzione riguardano sia il contenuto degli obblighi di carattere sostanziale (art. 1), che riprendono la formula ormai d'uso dei divieti «in ogni circostanza», sia il sistema di dichiarazioni e verifiche disegnato dal Trattato (artt. 2 e 3), incentrato sull'attività dell'Agenzia internazionale dell'energia atomica (IAEA). In questo senso, l'elemento centrale del Trattato è dato dalla sua natura di accordo di disarmo, anziché di non-proliferazione: ne consegue che un punto fondamentale – che riconduce le armi nucleari nel solco tracciato dalle convenzioni

214 Interventi

relative alle altre due categorie di armi di distruzione di massa – è il principio di **non-discriminazione** tra gli Stati parte rispetto alla portata dei loro diritti ed obblighi. Si può immaginare che uno dei punti maggiormente dibattuti in sede negoziale abbia riguardato la sua relazione con il TNP.

Per altri aspetti, il Trattato si inserisce nel solco degli accordi di disarmo, quanto ad esempio alle misure di attuazione interna, che prevedano la punibilità delle condotte in violazione del Trattato (art. 5); alla convocazione di periodiche conferenze di riesame e di assemblee degli Stati parte (art. 8); all'impossibilità di apporre riserve (art. 16); alla sua durata illimitata e alla disciplina del recesso (art. 17).

Le disposizioni in materia di **assistenza alle vittime** nonché quelle relative alla cooperazione e assistenza internazionali (artt. 6 e 7) traducono in primo luogo la particolare sensibilità dei redattori del testo rispetto all'impatto umanitario delle armi atomiche, allineandosi anche alle soluzioni già incluse negli artt. 5 e 6 della Convenzione sulle munizioni a grappolo. Rimane da valutare la concreta applicazione di queste disposizioni, quando affidano – in ossequio al principio di sovranità statale – la funzione primaria di assistere le vittime allo Stato colpito dalle contaminazioni dovute all'impiego o alla sperimentazione di armi nucleari e al contempo stabiliscono il *diritto* di una Parte a chiedere e ricevere assistenza esterna (potrebbe essere utile un raffronto con le disposizioni in materia di assistenza, contenute nel progetto di articoli sulla protezione delle persone in caso di disastri adottato dalla Commissione del Diritto internazionale, su cui si vedano le considerazioni [qui](#) riportate). Naturalmente, oggetto di intenso dibattito in sede negoziale è stato il ruolo degli Stati che abbiano impiegato o testato l'arma atomica: a tale riguardo, l'art. 7(6) prevede che essi abbiano «a responsibility to provide adequate assistance to affected States

parties, for the purpose of victime assistance and environmental remediation».

Il Trattato sarà aperto alla firma il prossimo 20 settembre ed entrerà in vigore tre mesi dopo il deposito del cinquantesimo strumento di ratifica. Perché un trattato multilaterale di disarmo sia efficace occorre che sia quanto più possibile universale: può allora stupire che il numero di ratifiche previsto per l'entrata in vigore del Trattato sia relativamente basso, se confrontato con quello stabilito per altre convenzioni (65 ratifiche, ad esempio, per la [Convenzione](#) sul disarmo chimico). La ragione è evidentemente quella di promuovere una pronta entrata in vigore del Trattato, tenendo conto anche del precedente negativo rappresentato dallo stallo in cui continua a versare il [Trattato](#) sulla messa al bando totale degli esperimenti nucleari (CTBT). Significativamente, l'art. 12 contiene un dovere per le Parti di incoraggiare altri Stati ad aderire al Trattato stesso.

«Never under any circumstances»

Occorre naturalmente soffermarsi sul contenuto della disposizione che costituisce la pietra angolare del Trattato. L'art. 1 contiene infatti sia obblighi tipicamente di disarmo – ossia l'impegno categorico a non sviluppare, testare, produrre o acquisire armi nucleari, nonché a non trasferirle – sia norme che appartengono al diritto internazionale umanitario, cioè il divieto della minaccia o dell'uso di tale tipologia di armi di distruzione di massa. Va ricordato che l'utilizzo dell'espressione «mai, in alcuna circostanza» è, come noto, volto ad escludere l'impiego anche a titolo di rappresaglia.

Naturalmente, il Trattato definisce il quadro giuridico per l'adesione degli Stati che al momento attuale posseggono armi

216 Interventi

nucleari. Quanto agli obblighi di distruzione, il combinato disposto degli artt. 2 e 4 individua [due possibili scenari](#): che lo Stato elimini i propri arsenali prima di depositare il proprio strumento di ratifica, oppure che vi aderisca con l'impegno a ritirarle immediatamente dal servizio operativo e a distruggere le armi secondo «a legally binding, time-bound plan for the verified and irreversible elimination of that State Party's nuclear-weapon programme».

Ma l'aspetto che ha destato maggiore interesse è il contenuto dell'ultimo comma dell'art. 1, laddove impone agli Stati di non autorizzare il dislocamento, l'installazione o lo spiegamento di armi nucleari nel proprio territorio o in aree sotto la propria giurisdizione o controllo. Come noto, cinque paesi europei dell'Alleanza atlantica, tra cui l'Italia, ospitano tuttora [armi nucleari tattiche](#) statunitensi all'interno dei propri confini. Per conciliare la presenza di tali armi sul territorio di uno Stato non-militarmente nucleare con gli obblighi di non possederle o riceverle in base all'art. II del TNP, si è stabilito il c.d. sistema della [doppia chiave](#), per cui le armi nucleari rimangono in possesso e sotto lo stretto controllo degli USA che potranno decidere se ricorrervi, sebbene solo a seguito dell'autorizzazione dello Stato territoriale. Va sottolineato che il primo tra i motivi del voto negativo espresso dai [Paesi Bassi](#) all'adozione del testo del Trattato è stato proprio l'incompatibilità con gli impegni assunti in quanto membro della NATO: a nulla sono valsi i tentativi olandesi di introdurre una specifica [clausola temporale](#) all'art. 1.

Standard minimi di verifiche?

Non vi è traccia, nella risposta del governo all'interrogazione parlamentare del 13 luglio 2017, al tema dei divieti imposti dal Trattato. Piuttosto, le perplessità hanno riguardato il sistema di

verifiche in esso previsto, che solleverebbe dubbi non soltanto circa la reale capacità di porsi quale «strumento di disarmo nucleare irreversibile, trasparente e verificabile», ma anche rispetto al rischio di indebolimento del regime di non-proliferazione esistente.

I rilievi critici mossi dal governo italiano hanno toccato tre diversi punti: in primo luogo, il Trattato stabilisce standard di verifiche minime inferiori rispetto a quelli che si stanno affermando nel quadro del TNP; inoltre, non sono chiariti sufficientemente i rapporti tra il Trattato e il TNP, con il rischio che si lasci libero uno Stato di aderire al nuovo Trattato dopo essersi ritirato dal TNP e di sottrarsi, così, a controlli internazionali più stringenti; infine il divieto di esperimenti nucleari incluso nel testo non contempla alcun sistema di controllo e verifiche analogo a quello previsto dal CTBT, diminuendo le sue prospettive di entrata in vigore.

Che il Trattato possa in effetti rappresentare un ulteriore ostacolo al CTBT è stato pure rilevato dalla rappresentante della [Svizzera](#) al momento della votazione del testo. Quanto al primo profilo, la [Svezia](#) si è fatta portavoce dello scetticismo intorno allo standard di verifiche stabilito all'art. 3(2) per gli Stati non militarmente nucleari, dal momento che prevede l'obbligo di concludere con la IAEA un accordo di salvaguardia globale semplicemente in base al [modello](#) stabilito nel 1972 [INFCIRC/153 (Corr.)] e non secondo il più incisivo [modello](#) introdotto nel 1997 con il Protocollo aggiuntivo [INFCIRC/540]. [Altri](#) hanno evidenziato che il Trattato finirebbe per creare persino una situazione di "discriminazione" nei confronti degli Stati oggi nucleari, visto che l'art. 4 impone loro di concludere con la IAEA un accordo di salvaguardia «sufficient to provide credible assurance of the non-diversion of declared nuclear material from peaceful

218 Interventi

nuclear activities and of the absence of undeclared nuclear material or activities in the State as a whole», ossia lo standard richiesto dal modello di Protocollo aggiuntivo del 1997.

Il rapporto con gli obblighi in base al TNP e il CTBT

Dalle sommarie osservazioni sin qui espresse, emerge con tutta evidenza il tema della relazione del Trattato con gli altri accordi in materia nucleare. In una [prima bozza](#), vi era contenuto un riferimento espresso ai diritti e agli obblighi in base al TNP, che, secondo [alcuni](#), avrebbe potuto creare ambiguità circa il persistere di un diritto a possedere l'arma atomica.

La soluzione infine raggiunta è stata invece nel senso di inserire all'art. 18 una clausola di natura generale a stabilire che la sua attuazione non pregiudica gli obblighi assunti in base ad altri accordi internazionali, *in quanto* siano compatibili con il Trattato stesso. La disposizione va comunque interpretata alla luce del preambolo che dichiara il TNP la pietra angolare del regime di disarmo e non-proliferazione nucleare e riconosce l'importanza vitale del CTBT e del suo sistema di verifiche.

Sia la Svizzera che la Svezia, pur votando a favore, hanno manifestato preoccupazione rispetto alla formulazione dell'art. 18, precisando che il Trattato non possa essere in alcun modo interpretato nel senso di ridurre la portata degli obblighi assunti dalle Parti in base al TNP e al CTBT.

Nell'intenzione dei redattori, il Trattato è volto a dare attuazione al TNP. Per questo è difficile immaginare che taluni Stati possano persino decidere di recedere dal TNP per divenire quindi parti contraenti del nuovo Trattato. In ogni caso, come già in precedenza evidenziato, potrebbero emergere problemi di coordinamento tra il Trattato e il TNP, soprattutto

rispetto allo standard del regime di verifiche e al ruolo che la IAEA sarà chiamata a svolgere.

Ora viene il difficile...

Il titolo di queste considerazioni conclusive riassume la reazione più comune tra gli osservatori, dopo l'approvazione del testo del Trattato. Le assenze eccellenti alla Conferenza diplomatica hanno mostrato tutti i limiti di un processo negoziale che non ha potuto legittimarsi in un dialogo «il più inclusivo possibile di tutti», come auspicava [papa Francesco](#).

Il Presidente del Comitato internazionale della croce rossa, Peter Maurer, ha commentato l'approvazione del Trattato come un [passo storico](#) verso la delegittimazione di armi indiscriminate e inumane, che costituisce la base cruciale verso la loro futura eliminazione. Il Trattato, a suo avviso, colma un vuoto: per troppo tempo, le armi nucleari sono state l'unica tipologia di armi di distruzione di massa non esplicitamente proibite dal diritto internazionale.

D'altro canto, Stati Uniti, Francia e Regno Unito hanno ribadito che non intendono firmare e ratificare il Trattato, che non vi sarà pertanto alcuna modifica agli obblighi giuridici in questa materia e, infine, che il Trattato non riflette né contribuirà allo sviluppo del diritto internazionale consuetudinario.

Sul piano politico, rimane ovviamente il punto interrogativo rispetto alle reali possibilità per i sostenitori del Trattato di convincere gli Stati nucleari ad aderire. Un primo banco di prova sarà con ogni probabilità il processo preparatorio appena avviato che porterà alla Conferenza di riesame del TNP nel 2020, giacché diversi Stati non-militarmente nucleari

220 Interventi

tenteranno in promuovere un riferimento espresso al Trattato tra le iniziative volte a dare attuazione all'art. VI.

31 luglio 2017

La questione dell'Arcipelago *Chagos* all'esame della Corte internazionale di giustizia

ANNA DI LIETO (*)

Il 22 giugno 2017 l'Assemblea Generale delle Nazioni Unite ha adottato la [risoluzione](#) A/RES/71/292 contenente la richiesta alla Corte internazionale di giustizia (CIG) di un parere concernente: a) la legittimità dell'avvenuto processo di decolonizzazione con il riconoscimento dell'indipendenza di Mauritius dal Regno Unito successivamente alla separazione dal territorio di Mauritius dell'Arcipelago delle isole Chagos e b) le conseguenze della perdurante amministrazione delle isole Chagos da parte britannica che impedisce a Mauritius il reinsediamento nell'Arcipelago dei suoi cittadini di origine chagossiana.

Per comprendere perché una questione risalente ad oltre 50 anni fa sia stata sottoposta adesso dall'Assemblea Generale al vaglio della CIG è opportuno illustrare i dati della vicenda iniziata nel 1965 quando [il Regno Unito](#), madrepatria di Mauritius, separò da Mauritius l'Arcipelago, costituendolo Territorio britannico dell'Oceano Indiano (British Indian

(*) Università di Napoli Federico II.

222 Interventi

Ocean Territory BIOT), sotto la sovranità inglese. Gli abitanti furono deportati a Mauritius e alle Seychelles e fu accordato agli Stati Uniti di installare una base militare a Diego Garcia, l'isola più grande, collocata per la sua posizione geografica in una zona strategica. Mauritius, nel 1968, ottenne l'indipendenza dal Regno Unito ma trovandosi in una perdurante situazione socio-economica difficile che la costrinse a mantenere buoni rapporti con il Regno Unito non avanzò alcuna rivendicazione di sovranità sull'Arcipelago delle Chagos temendo le conseguenze negative di una sua azione. Soltanto a partire dagli anni '80 ha indirizzato al Regno Unito formali proteste chiedendo di rimuovere una *historic injustice* e ha inviato periodicamente all'Assemblea Generale delle NU [dichiarazioni](#) in cui affermava che la situazione creata dal Regno Unito nell'Arcipelago viola il diritto internazionale ed in particolare gli obblighi scaturenti dai diritti fondamentali dell'uomo e dal principio di autodeterminazione così come richiamati in alcune risoluzioni dell'Assemblea stessa in relazione al caso ([RES/1514/XV](#), del 14 dicembre 1960, [2066/XX](#) del 16 dicembre 1965, [2232/XXI](#) del 20 dicembre 1966 e [2357/XXII](#) del 19 dicembre 1967).

Mauritius ha protestato anche contro la proclamazione, avvenuta da parte del Regno Unito il 1° aprile 2010, di un'Area Marina Protetta (AMP) a largo delle isole Chagos ed ha chiesto ed ottenuto che, ai sensi dell'articolo 286 della Convenzione di Montego Bay (UNCLOS), fosse istituito un Tribunale arbitrale, conformemente all'allegato VII UNCLOS, competente in base all'articolo 288 UNCLOS. Il Tribunale con [sentenza del 18 marzo 2015](#) ha affermato che la controversia riguardava una questione di sovranità, nella specie sulle isole Chagos, materia che non rientra tra quelle di sua competenza e di conseguenza non ha risolto il caso. Ha tuttavia rilevato che il Regno Unito, prima di istituire una zona di protezione ecologica, avrebbe

dovuto informare e consultare lo Stato costiero contiguo e avrebbe dovuto rispettare l'impegno assunto con un accordo concluso con Mauritius il 23 settembre 1965 al termine dei [Lancaster House Meetings](#) di trattare la restituzione dell'Arcipelago a Mauritius. I colloqui intercorsi tra le due parti successivamente alla sentenza arbitrale non hanno sortito effetti positivi per cui Mauritius, come aveva già annunciato nel [2016](#), con il sostegno del Congo e dell'Unione Africana, ha chiesto che l'Assemblea Generale sottoponesse il caso all'esame della CIG cui spetta ora dare una risposta ad una problematica che da come illustrato si presenta particolarmente complessa.

In chiave prospettica si può osservare che la Corte potrebbe anche rifiutare di pronunciarsi sul primo quesito, seguendo quanto sostenuto dal Regno Unito, che considera la richiesta di parere da parte dell'Assemblea Generale «*a distraction*», un ostacolo ai colloqui bilaterali e «*a terrible precedent*» per la stessa Assemblea e per la Corte. A tal riguardo l'Ambasciatore inglese [Matthew Rycroft](#) ha affermato che la questione sottoposta alla Corte non è quella indicata nella risoluzione dell'Assemblea, ma una controversia sorta in ambito bilaterale e portata all'Assemblea solamente al fine di ottenere un parere o risolvere una controversia bilaterale. Di conseguenza il Regno Unito «*is not obliged to have its bilateral disputes submitted for judicial settlement without its consent*», e la Corte non può emanare un parere. Al riguardo [è stato rilevato](#) che non esiste un precedente di rifiuto della Corte di dare un parere per mancanza di consenso delle parti e che non si possa considerare tale il parere della Corte Permanente di giustizia internazionale (CPGI) [sullo Statuto della Carelia orientale](#) ove la CPGI non si pronunciò sui quesiti posti dal Consiglio della Società delle Nazioni in difetto degli elementi di giudizio necessari ai fini dell'accertamento dei fatti data la mancata partecipazione al procedimento dell'Unione Sovietica,

224 Interventi

che però non era membro della Società delle Nazioni né parte dello Statuto della CPGI.

D'altro canto, va tenuto presente che la Corte, in base all'art. 65 del suo Statuto, gode di un ampio potere discrezionale e che secondo la risoluzione dell'Assemblea Generale la questione non riguarda, o non soltanto, la sovranità sull'Arcipelago, come affermato dal Regno Unito, ma piuttosto il diritto di autodeterminazione. La Corte può quindi decidere che la sua risposta è effettivamente utile all'Assemblea Generale e che, come nel [parere sull'edificazione di un muro nei territori palestinesi](#) [par. 50], la problematica non è soltanto una questione fra Stati, ma è di interesse per le Nazioni Unite.

In relazione al secondo quesito posto alla Corte relativo al reinsediamento nell'Arcipelago dei cittadini di Mauritius di origine chagossiani va osservato che il problema non è stato oggetto di attenzione dei primi commenti alla risoluzione dell'Assemblea Generale, attenzione peraltro non manifestata neanche dai due Stati coinvolti nella vicenda. Mauritius si è occupata soprattutto della questione di sovranità sulle isole Chagos e nella richiesta rivolta all'Assemblea Generale ha precisato che il reinsediamento non riguarderà l'isola di Diego Garcia. Per il governo britannico i Chagossiani non sono né residenti né popolo indigeno ma semplicemente immigrati provenienti da Mauritius o dalle Seychelles, in quanto lavoratori di grandi società produttrici di olio [le isole sono ricche di piantagioni di cocco da cui si estraeva la copra (la polpa di cocco essiccata) per la produzione di olio], allora presenti nell'Arcipelago, che avevano loro offerto un alloggio. Pertanto l'allontanamento degli abitanti non ha costituito una violazione della Carta delle NU, in particolare dell'art. 73 relativo ai territori non autonomi, non avendo il Regno Unito inserito tra essi il Territorio britannico dell'Oceano Indiano.

Inoltre un'operazione di reinserimento di individui nelle isole non sarebbe soltanto molto (o troppo) costosa per il Regno Unito, come da esso più volte affermato, ma in realtà costituirebbe un intralcio alle operazioni militari degli Stati Uniti nell'isola di Diego Garcia nonostante le assicurazioni date al riguardo da [Anerood Jugnauth, Ministro della difesa di Mauritius](#), nella sua dichiarazione all'Assemblea Generale delle Nazioni Unite.

In definitiva va notato che da tempo le Nazioni Unite dedicano particolare attenzione alle questioni riguardanti i popoli indigeni soprattutto dopo la dichiarazione del 2007 sui diritti di tali popoli ed il parere richiesto dall'Assemblea Generale potrebbe costituire un'occasione per la Corte per esprimersi in materia ed essere di supporto alla lotta degli abitanti dell'Arcipelago e dei loro discendenti che finora si sono rivolti a [tribunali interni](#) ed [internazionali](#) per ottenere il riconoscimento dei loro diritti di popolo indigeno ma senza alcun risultato.

Ricordiamo che, in relazione ai popoli indigeni, nelle Nazioni Unite sono stati creati tre organi *ad hoc*. Il primo è il Gruppo di lavoro sulle popolazioni indigene, istituito nel 1982 dal Consiglio economico e sociale delle Nazioni Unite con la risoluzione 1982/34 del 7 maggio, sostituito nel 2007 da un Meccanismo di esperti creato dal Consiglio dei diritti dell'uomo con risoluzione 6/36 del 25 settembre 2007. Il secondo è il *Forum* Permanente delle Nazioni Unite sulle questioni indigene, organo consultivo del Consiglio Economico e Sociale, istituito con risoluzione n. 2000/22 del 28 luglio 2000. Il terzo è il Relatore Speciale sui diritti dei popoli indigeni creato dalla Commissione sui diritti umani (ora Consiglio sui diritti umani), nel 2001 (con risoluzione n. 2001/57 del 24 aprile 2001). A seguito dell'attenzione dedicata in sede di Nazioni

226 Interventi

Unite ai problemi dei popoli indigeni, sono state adottate convenzioni ed emanati atti che sanciscono l'obbligo degli Stati di garantire diritti ai popoli indigeni e si sta sviluppando una giurisprudenza internazionale in materia [v. le sentenze della Corte interamericana nel caso [Yatama contro Nicaragua](#), nel caso [Comunidad Magagna \(Sumo\) Awas Tingni c. Nicaragua](#), nel caso [Saramaka People v. Suriname](#), nel caso [Pueblo Indígena Kichwa de Sarayaku contro Ecuador](#)], mentre a livello interno, negli Stati in cui sono presenti comunità indigene, sono state promulgate specifiche leggi a protezione dei popoli indigeni [ad es. nelle più recenti costituzioni di Stati, in cui sono presenti popoli indigeni, sono state inserite disposizioni che espressamente affermano un riconoscimento formale di tali popoli e dei loro diritti come la costituzione dell'Ecuador, che alle sezioni 83- 85 parla dei diritti collettivi ad essi riconosciuti, o la Costituzione messicana che all'art 2 parla di diritto all'autodeterminazione.] e si registrano decisioni applicative delle norme interne e internazionali a loro tutela [v. [Digesto de jurisprudencia latinoamericana sobre los derechos de los pueblos indígenas a la participación, la consulta previa y la propiedad comunitaria](#)].

Per incidens va ricordato il problema [sollevato](#) relativamente alla composizione della Corte in quanto due dei suoi attuali giudici hanno fatto parte del Tribunale arbitrale che si è occupato del caso dell'Area Protetta Marina a largo delle isole Chagos, ossia il giudice Greenwood, designato come giudice dal Regno Unito, ed il giudice Crawford nominato consulente di Mauritius. La prima questione posta al Tribunale arbitrale era se il Regno Unito fosse uno Stato costiero rispetto alle isole di Chagos e quindi indirettamente sollevava la questione se il Regno Unito aveva sovranità sugli arcipelaghi. Analogamente, la domanda rivolta alla Corte dall'Assemblea generale è essenzialmente se il Regno Unito possa amministrare

Diritto internazionale pubblico 227

l'Arcipelago delle Isole Chagos e quali conseguenze giuridiche derivano da tale amministrazione. La questione non è identica, né vi è alcuna identità di parti (in quanto non ci sono parti in un procedimento consultivo). Pertanto non dovrebbe aversi riconsiderazione. Resta tuttavia un'altra questione, forse più interessante, relativa alla composizione della Corte. Se non ci sarà riconsiderazione e se il giudice Greenwood farà parte della Corte Mauritius potrebbe voler nominare un giudice *ad hoc*. Non c'è una prassi univoca in materia. La Corte nel caso della Namibia ha rifiutato tale nomina per il [Sudafrica](#) mentre nel caso del [Sahara occidentale](#) l'ha rifiutata per la Mauritania e l'ha ammessa per il Marocco.

7 agosto 2017

Inutiliter data? La Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità nella giurisprudenza italiana

DANIELE AMOROSO (*)

La recente [sentenza n. 275 del 2016](#) della Corte Costituzionale, che riconosce la prevalenza della tutela del diritto del disabile all'istruzione sul principio dell'equilibrio di bilancio, offre l'occasione per una riflessione **sul trattamento riservato dai giudici italiani alla [Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità](#)** (ratificata dall'Italia il 15 maggio 2009 e introdotta, nel nostro ordinamento, con l. 3 marzo 2009, n. 18; d'ora in poi "la Convenzione", sulla quale v. [Seatzu](#)). Nel caso di specie, la Corte era stata chiamata a valutare la costituzionalità dell'art. 6, co. 2-*bis*, l. reg. Abruzzo n. 78/1978, nella parte in cui condizionava alla presenza di disponibilità in bilancio l'erogazione del contributo regionale per il servizio trasporto degli studenti disabili. In particolare, il giudice rimettente (TAR Abruzzo) dubitava della compatibilità di tale previsione con il diritto fondamentale del disabile all'istruzione, garantito

(*) Università di Cagliari.

dall'art. 38 co. 3 e 4 Cost. e dall'art. 24 della Convenzione (in relazione a quest'ultimo, sia detto per inciso, il giudice *a quo* invocava erroneamente l'art. 10 invece dell'art. 117 Cost.). La risposta data dalla Corte, pur pienamente condivisibile nel merito (sul punto v. il [post](#) di Francesco Pallante), si segnala *in negativo* per il ruolo del tutto marginale cui è stata relegata la Convenzione. Dopo aver ricordato, in apertura di sentenza, che il diritto del disabile all'istruzione «è tutelato anche a livello internazionale dall'art. 24 della Convenzione» (par. 5), la Corte ha infatti deciso (e accolto) la questione di costituzionalità sulla sola base del parametro interno (par. 5-19). La censura riferita al parametro convenzionale è stata invece ritenuta assorbita (par. 20), con la conseguenza che il riferimento alla Convenzione ha assunto le forme di un mero (e del tutto privo di effetti) richiamo di stile.

La scarsa propensione della Corte Costituzionale – quantomeno nella sua attuale composizione – a servirsi della Convenzione nell'affrontare questioni attinenti ai diritti dei disabili appare ancor più evidente in una pronuncia resa all'inizio del 2016 ([sentenza n. 2 del 2016](#)). In tale circostanza, il Tribunale di Trento aveva sollevato dubbi sulla legittimità costituzionale della legge della Provincia autonoma di Trento n. 13/2007, nella parte in cui prevede che la persona disabile che fruisca di prestazioni assistenziali consistenti nella erogazione di un servizio sia chiamata a partecipare alla spesa in relazione alla condizione economico-patrimoniale del nucleo familiare di appartenenza, anziché in riferimento al reddito esclusivo dell'interessato. In particolare, secondo il giudice *a quo*, la normativa censurata finiva col porre l'assistito in una condizione di dipendenza economica dal proprio nucleo familiare, in violazione di uno dei principi-cardine della Convenzione, vale a dire il dovere di valorizzare l'autonomia individuale della persona disabile (art. 3). Ebbene, la Consulta

230 Interventi

– pur affermando che nel sistema della Convenzione non si rinvenivano indicazioni «che possa[no] indurre a sollecitare, sul piano normativo, l'esclusione dei familiari, o il loro disimpegno, da qualsiasi programma di assistenza» (par. 3.1) – ha inteso rimarcare, nel modo più netto possibile, la sostanziale inidoneità della Convenzione *nel suo complesso* a fungere da parametro interposto di costituzionalità. Il Giudice delle leggi ha difatti qualificato il “necessario rispetto” della Convenzione in parola come “obbligo di risultato”. Di conseguenza, agli Stati aderenti sarebbe accordata la più ampia libertà «di individuare in concreto – in relazione alle specificità dei singoli ordinamenti e al correlativo e indiscusso margine di discrezionalità normativa – i mezzi ed i modi necessari a darvi attuazione» (*ivi*): in una parola, dunque, **la Convenzione non conterrebbe una disciplina «autoapplicativa».**

Alla luce di queste pronunce, ci si potrebbe chiedere se la Convenzione sia effettivamente in grado di spiegare una qualche incidenza sul nostro ordinamento, se non altro in ambito giudiziario. Per un verso, invero, il diritto italiano parrebbe offrire ai disabili – grazie soprattutto alla meritoria attività interpretativa operata dalla Consulta a partire dagli artt. 3 e 38 Cost. (sulla quale v. [Colapietro](#)) – una tutela del tutto sovrapponibile a quella ricavabile dalla Convenzione o addirittura «più stringente» (TAR Sardegna, sez. I, [sentenza n. 2442 del 2010](#), par. II). Per altro verso, come sembrerebbe suggerire [Corte Cost. n. 2 del 2016](#), la Convenzione sarebbe insuscettibile di essere invocata ed applicata in giudizio ponendo soltanto un generico obbligo di risultato in capo al legislatore.

Entrambe le affermazioni sono però infondate. Quanto alla prima, è sufficiente ricordare che, come ben evidenziato in uno [studio](#) condotto dall'Istituto di Studi Giuridici Internazionali

del CNR, l'ordinamento italiano, pur potendosi dire nel complesso conforme ai principi e agli obiettivi della Convenzione, necessita di alcuni interventi di adeguamento alla disciplina convenzionale. Si pensi, su tutti, alla definizione di «persona handicappata» *ex art. 3 co. 1 l. 104/1992*, la quale (al di là dell'opportunità di un ripensamento terminologico) andrebbe resa conforme al «modello bio-psico-sociale della condizione di disabilità» adottato dall'*art. 1 co. 2 della Convenzione*, attraverso l'inserimento di «un riferimento all'ambiente in cui la persona vive ed interagisce in rapporto al quale le “menomazioni” devono essere valutate» (v. il rapporto di Della Fina, *Art. 1. Scopo*, nello [studio](#) appena citato, p. 42 ss., p. 53).

D'altro canto, le conclusioni raggiunte dalla Corte in merito alla natura non «autoapplicativa» della Convenzione appaiono **inesatte sotto molteplici profili**.

In primo luogo, occorre sottolineare che l'efficacia *self-executing* non può essere valutata in relazione al trattato nel suo complesso, come fatto dalla Consulta nella sentenza n. 2 del 2016, ma avendo riguardo alla singola norma rilevante ([Condorelli](#), pp. 34-37). Né, in senso contrario, può invocarsi la presenza nella Convenzione di una “clausola di esecuzione”, con la quale gli Stati si sono impegnati ad adottare tutte le misure necessarie per darvi attuazione (art. 4). Com'è stato osservato, tali clausole, lungi dall'escludere *ipso iure* l'efficacia interna delle disposizioni pattizie, si limitano a ribadire «la volontà e l'aspettativa del trattato di... essere applicato» ([Conforti](#), p. 343; nel senso qui criticato si è invece espressa la CGUE in [Z.](#), sentenza del 18 marzo 2014, C-363/12, punti 84-90).

Il ragionamento della Consulta appare inoltre censurabile nella

232 Interventi

misura in cui fa discendere la natura «non autoapplicativa» delle disposizioni convenzionali dal tenore degli obblighi in esse contenuti. In realtà, la distinzione tra disposizioni *self-executing* e non *self-executing* va operata non solo (e non tanto) sulla base delle caratteristiche della norma pattizia, quanto piuttosto osservando il «modo in cui [l'ordinamento interno] si presta ad accoglierl[e]» ([Condorelli](#), p. 85). Il carattere vago o programmatico di una determinata norma pattizia, in altri termini, non costituisce un elemento decisivo al fine di escluderne la natura *self-executing*, mentre invece può esserlo l'assenza degli organi e delle procedure indispensabili alla sua applicazione o la presenza di impedimenti di ordine costituzionale ([Conforti](#), p. 340).

In ogni caso, la natura «non autoapplicativa» di un trattato internazionale non ne esclude, di per sé, l'utilizzabilità come parametro interposto *ex art. 117 Cost.* Pronunciandosi in tema di rapporti tra legislazione statale e diritto dell'Unione europea, la Consulta ha chiarito – con argomenti che sembrano potersi estendere al diritto pattizio – che il carattere non *self-executing* di una direttiva non implica la sottrazione della legislazione statale al «controllo di conformità al diritto comunitario, che spetta a questa Corte, davanti alla quale il giudice può sollevare questione di legittimità costituzionale» (Corte Cost., [sentenza n. 28 del 2010](#), par. 5). A ragionare diversamente, infatti, «non si arriverebbe soltanto alla conclusione del carattere non autoapplicativo delle direttive comunitarie [...], ma si toglierebbe a queste ultime ogni efficacia vincolante per il legislatore italiano», nonostante esse siano «cogenti e sovraordinate alle leggi ordinarie [...] per il tramite [dell'art.] 117, primo comma, Cost.» (*ivi*, par. 7).

L'asserita inidoneità della Convenzione ad incidere sul nostro ordinamento appare messa in dubbio, poi, dalla stessa

giurisprudenza della Corte Costituzionale. Basta infatti considerare le pronunce rese dalla Corte quando la sua composizione rifletteva, per così dire, una maggiore “sensibilità” ai temi internazionalistici, per rendersi conto di come alla Convenzione fosse stato riconosciuto ben altro peso. Nella [sentenza n. 251 del 2008](#), il Giudice delle leggi si è servito della Convenzione come «ausilio interpretativo», ancorché la procedura di ratifica non fosse ancora ultimata, «per il suo carattere espressivo di principi comuni ai vari ordinamenti nazionali» (par. 12). Nell'[ordinanza n. 285 del 2009](#), la Corte ha qualificato l'entrata in vigore della Convenzione per l'Italia come «elemento di “novità”», tale da «impo[rre] il riesame della rilevanza della questione» di costituzionalità ad essa sottoposta (penultimo Considerato in diritto). Nella nota [sentenza n. 80 del 2010](#) (Giudice Relatore, significativamente, [Maria Rita Saulle](#), che di questi temi si è ampiamente occupata sia in ambito accademico che istituzionale), la Corte ha fatto leva sulla Convenzione – *in una posizione di parità con le rilevanti disposizioni costituzionali* – per individuare il «nucleo indefettibile di garanzie» che limiterebbe la discrezionalità del legislatore nell'individuazione delle misure necessarie a tutela dei diritti delle persone disabili (par. 4). Infine, nella [sentenza n. 236 del 2012](#), la Consulta ha affrontato i problemi di adattamento posti dalla natura di “accordo misto” della Convenzione, chiarendo che quest'ultima «vincola l'ordinamento italiano con le caratteristiche proprie del diritto dell'Unione europea, limitatamente agli ambiti di competenza dell'Unione medesima, mentre al di fuori di tali competenze costituisce un obbligo internazionale, ai sensi dell'art. 117, primo comma, Cost.» (par. 4.3). I profili di contrasto tra tale indicazione e quanto affermato dalla Corte nella [sentenza n. 2 del 2016](#) sono evidenti. Non solo, infatti, la Convenzione viene reputata idonea a fungere da parametro interposto di legittimità costituzionale *ex art. 117 Cost.*; ma le è accordata,

234 Interventi

nelle materie di competenza dell'Unione europea (per le quali v. l'elenco contenuto nella [dichiarazione](#) depositata dall'Unione al momento dell'approvazione della Convenzione), la peculiare forza giuridica propria delle norme di origine sovranazionale. Un riconoscimento, questo, che ha importanti ripercussioni sotto il profilo dell'adattamento: si pensi, in particolare, alla possibilità di invocare la responsabilità risarcitoria dello Stato italiano per mancata attuazione della Convenzione o all'attribuzione al giudice comune del potere-dovere di disapplicare la normativa interna incompatibile (quest'ultimo effetto, tuttavia, potrebbe essere precluso dalla giurisprudenza della CGUE che nega efficacia diretta alla Convenzione: v., oltre alla già citata [Z., Glatzel](#), sentenza del 25 maggio 2014, C-356/12, punto 69).

Più in generale, l'attitudine della Convenzione a produrre effetti giuridici apprezzabili nell'ordinamento italiano risulta confermata dal suo largo (e multiforme) utilizzo ad opera della giurisprudenza amministrativa e, soprattutto, ordinaria.

Per un verso, vanno richiamate le decisioni che impiegano, in riferimento alla Convenzione, il canone ermeneutico dell'**interpretazione conforme** (tanto al diritto internazionale quanto, come si è visto, al diritto dell'Unione europea). Sotto questo profilo, particolarmente eloquente è la giurisprudenza della sezione lavoro della Corte di Cassazione: «[Q]uesta Corte» – si legge in alcune recenti decisioni in tema di tutela del lavoratore disabile – «nel dubbio interpretativo, non può che dare una interpretazione conforme alla Convenzione sui diritti del disabile delle Nazioni unite» (Cass. civ. sez. lav., [sentenza n. 2210 del 2016](#), p. 3), sforzandosi di individuare l'«unica [soluzione interpretativa] coerente con il diritto internazionale» (Cass. civ., sez. lav., [sentenza n. 17867 del 2016](#), p. 3). Al di fuori del contesto lavoristico, ma in una

prospettiva analoga, vale poi la pena di ricordare la [sentenza](#) resa dal Tribunale civile di Arezzo il 24 settembre 2012, relativa all'erogazione di prestazioni assistenziali in favore delle persone con disabilità. In particolare, il giudice aretino era stato chiamato a valutare se una disposizione di legge *interna*, l'art. 3 co. 2-ter del d.lgs. 109/1998, fosse immediatamente applicabile nonostante la mancata adozione della normativa regolamentare di dettaglio. Ebbene, il Tribunale si è pronunciato in senso affermativo invocando, a sostegno di questa conclusione, «i principi della Convenzione».

Per altro verso, i giudici italiani si sono serviti della Convenzione per **integrare** la disciplina italiana in materia di tutela di disabili. In particolare, questa tendenza è riscontrabile in relazione a tre ordini di problemi. Un primo settore di intervento ha riguardato la qualificazione delle pretese giuridiche del disabile nei confronti della P.A. come diritto soggettivo o interesse legittimo, ai fini del riparto di giurisdizione tra giudice ordinario e giudice amministrativo. Le Sezioni Unite, infatti, hanno iscritto tale posizione nell'alveo dei diritti fondamentali e, dunque, soggettivi, all'esito di un ragionamento nel quale l'introduzione della Convenzione nel nostro ordinamento ha svolto un ruolo in tutto e per tutto comparabile a quello delle pertinenti norme costituzionali ([sentenza n. 25011 del 2014](#), par. 2.4; ma v. già TAR Lazio [sentenza n. 8650 del 2009](#); cfr., inoltre, TAR Sicilia, [sentenza n. 2519 del 2015](#), par. 4, il quale tuttavia raggiunge conclusioni opposte in tema di giurisdizione).

Un altro ambito è costituito dalla definizione di "disabile". Analogamente a quanto fatto dalla Corte di giustizia dell'Unione europea nel noto caso [HK Danmark](#) (sentenza dell'11 aprile 2013, C-335/11 e C-337/11, punti 37-39), la Corte di Cassazione si è servita della definizione contenuta

236 Interventi

nell'art. 1 della Convenzione per “aggiornare” la disciplina italiana sul punto ed accogliere «una nozione che, proponendo un modello “sociale” di disabilità, [si] riconfigur[i] sulla base di una relazione tra menomazione personale ed esistenza di barriere ambientali e sociali» (Cass. civ., sez. lav., [sentenza 284 del 2017](#), p. 4). Questa sentenza appare degna di nota sotto un duplice profilo. Per un verso, e a differenza delle altre pronunce sin qui richiamate, la disposizione convenzionale costituisce l'unico parametro preso in considerazione dai giudici di legittimità; per altro verso, vertendosi in una materia (quella della parità di trattamento dei lavoratori) rientrante tra le competenze dell'Unione, la Corte ha correttamente applicato la Convenzione non già quale strumento internazionale di natura pattizia, bensì in quanto «parte integrante del diritto della Unione Europea» (*ivi*).

Una terza ed ultima area di intervento, senza dubbio la più interessante, ha ad oggetto i poteri dell'amministratore di sostegno *ex art.* 404 ss. c.c. L'adattamento del diritto italiano alla Convenzione ha determinato l'ingresso di una serie di principi e norme, anche piuttosto dettagliati, che la giurisprudenza ha ritenuto idonei a guidare il giudice nel definire «le concrete modalità “operative” dell'amministrazione» (così, Trib. Varese, [decreto del 6 ottobre 2009](#); *Id.*, [decreto del 5 marzo 2012](#), par. 5; ma vedi pure Cass. civ., sez. I, [sentenza n. 23707 del 2012](#), pp. 10-11; Trib. Milano, [decreto del 19 febbraio 2014](#); Trib. Catania, [ordinanza del 15 gennaio 2015](#)). In tali decisioni, a ben vedere, le disposizioni convenzionali costituiscono il principale – se non l'unico – parametro normativo di riferimento, fornendo ai giudici un appiglio sicuro nell'esercizio di una complessa e delicata attività interpretativa (nella giurisprudenza italiana, una funzione analoga è stata svolta dalla Convenzione di Oviedo, v. [Palombino](#)). Di notevole rilievo, a questo riguardo, è la

[sentenza n. 14794 del 2014](#) in tema di invalidità del matrimonio contratto dall'incapace, nella quale la Corte di Cassazione, recependo le indicazioni provenienti dalla giurisprudenza di merito (v. le decisioni del Tribunale di Varese richiamate sopra), ha operato un «ridimensionamento della portata assoluta del divieto di intervento nel compimento di atti personalissimi da parte di terzi», invitando in particolare i giudici tutelari ad attribuire all'amministratore di sostegno il potere di coadiuvare la volontà della persona disabile anche in relazione al compimento di atti personalissimi, quali appunto il matrimonio o la proposizione del ricorso per separazione personale. Ad avviso della Suprema Corte, infatti, tale approdo ermeneutico risulterebbe necessitato dall'esigenza di scongiurare un *vulnus* «al diritto della persona [disabile] di effettuare la scelta di contrarre matrimonio in modo libero e consapevole, la cui importanza è riconosciuta dalla Convenzione di New York del 13 dicembre 2006» (p. 10).

Insomma, a dispetto di quanto sembrerebbe suggerire la giurisprudenza costituzionale del 2016 in materia di disabili, la Convenzione non è **né superflua né insuscettibile di essere invocata**, dal giudice e dalle parti, nell'ambito di un giudizio interno. Al contrario, questa breve analisi ha messo in luce non solo l'astratta idoneità della Convenzione a fungere da parametro interposto di costituzionalità delle leggi, ma anche la sua attitudine ad incidere sul significato delle regole applicabili in tema di protezione dei disabili, sia attraverso la tecnica dell'interpretazione conforme, sia integrando – ove necessario – la disciplina italiana.

Ci si può chiedere, a questo punto, prendendo in prestito le parole di autorevole dottrina, se la Convenzione sia altresì idonea a «modificare *nettamente* la risposta che l'ordinamento [italiano] dà» ai problemi posti dalla protezione delle persone

238 Interventi

disabili ([Condorelli](#), p. 75, corsivo aggiunto). In linea di principio, saremmo propensi a dare, a tale quesito, risposta negativa. Come si è detto, il diritto italiano è, nel suo complesso, conforme ai principi della Convenzione. E ciò grazie soprattutto alla giurisprudenza (in particolare quella costituzionale), che si è rivelata sensibile al tema della disabilità, dimostrandosi recettiva agli stimoli provenienti dalla comunità scientifica e dalla società civile e, quindi, in grado di pervenire – in modo autonomo – a soluzioni largamente coincidenti con quelle previste dal diritto internazionale (come evidenziato, da ultimo, proprio dalla sent. 275 del 2016, da cui è partita la nostra riflessione).

L'introduzione della Convenzione nel nostro ordinamento, dunque, non avrebbe determinato una modifica radicale della disciplina in materia di disabilità, svolgendo piuttosto una diversa, e altrettanto preziosa, funzione. In ragione della pregevole fattura di molte sue disposizioni, infatti, la Convenzione è suscettibile di orientare l'attività interpretativa dei giudici italiani, contribuendo a rendere più solide le loro argomentazioni e ad accelerare, così, certi percorsi evolutivi, che sarebbe stato molto meno agevole (ma non impossibile) imboccare sulla base degli artt. 3 e 38 Cost.

Se questo è vero in termini generali, è tuttavia possibile immaginare che, in relazione ad alcuni ambiti circoscritti, l'attuazione della Convenzione possa richiedere un netto mutamento di prospettiva da parte dei giudici italiani. Un esempio è dato dagli interventi di chirurgia estetica genitale cui sono sottoposti, in tenerissima età, i soggetti *intersex*. Questa pratica medica, relativamente comune in Italia, è stata recentemente [condannata](#) dal Comitato delle Nazioni Unite per i diritti delle persone disabili come contraria al diritto all'integrità personale *ex art.* 17 della Convenzione

Diritto internazionale pubblico 239

(CRPD/C/ITA/CO/1, [*Concluding observations on the initial report of Italy*](#), 6 ottobre 2016, par. 45-46). Non è certo questa la sede per addentrarsi in tale, delicatissima questione. Ci limiteremo ad osservare che, qualora un giudice fosse chiamato a pronunciarsi sul punto, non vi è dubbio che l'applicazione dei principi della Convenzione, secondo l'interpretazione (non vincolante) datane dal Comitato, lo porterebbe lungo strade che difficilmente avrebbe percorso alla luce del solo diritto interno.

7 febbraio 2017

Cala il sipario della Corte
europea sulle violenze al G8
(ma non sulla tortura in Italia).
Brevi spunti a margine dei casi
Azzolina e Blair

GIULIA BORGNA (*)

Introduzione

Cala il sipario della Corte europea dei diritti dell'uomo sulle violenze commesse in occasione del G8 di Genova del 2001. Con due sentenze “gemelle” nei casi [*Azzolina et al.*](#) e [*Blair et al.*](#) del 26 ottobre 2017, la Corte di Strasburgo ha nuovamente condannato l'Italia per la violazione del divieto di trattamenti inumani e degradanti di cui all'art. 3 CEDU, stavolta in relazione alle violenze perpetrate dalle forze di polizia all'interno della caserma di Bolzaneto.

Chiuso così il contenzioso europeo sulle violenze del G8, è ora possibile tracciare un bilancio complessivo della vicenda. Un bilancio non certo lusinghiero per lo Stato italiano, reduce da

(*) LUMSA, Roma.

quattro pesantissime condanne (alle due pronunce che qui si annotano si aggiungono le sentenze [Cestaro](#) del 14 aprile 2015 e [Bartesaghi Gallo et al.](#) del 22 giugno 2017 relative ai fatti nella scuola “Diaz-Pertini”, nonché le due decisioni di radiazione dal ruolo per componimento amichevole nei casi [Alfarano](#) e [Battista et al.](#) del 14 marzo 2017), che hanno censurato il carattere drammaticamente deficitario del sistema sanzionatorio italiano (quantomeno quello dell’epoca), puntando apertamente il dito contro la colpevole inerzia del legislatore (per un commento alla sentenza *Cestaro*, si rinvia ad un nostro [precedente post](#)).

Su questo scenario desolante si innesta la recente novella legislativa che, colmando l’imbarazzante e prolungato vuoto normativo, ha finalmente dotato l’ordinamento penale di una nuova fattispecie incriminatrice, l’art. 613-*bis* c.p., tesa a sanzionare atti di tortura e trattamenti inumani e degradanti. Eppure, come si dirà, questo intervento non ci pare di per sé idoneo a mettere lo Stato italiano al riparo da nuove condanne per violazione dell’art. 3 CEDU.

L’impunità dei responsabili delle violenze e i ricorsi alla Corte europea

Le vicende oggetto delle sentenze *Azzolina* e *Blair* si inscrivono nel generalizzato contesto di disordini e violenze che hanno accompagnato il vertice del G8 tenutosi a Genova nel luglio 2001 (cfr. *amplius* in [Giuliani e Gaggio \[GC\]](#), 24 maggio 2011, parr. 12-30). A finire sotto la lente di Strasburgo è stato quanto accaduto all’interno della caserma “Nino Bixio” di Bolzaneto, teatro di brutali violenze da parte delle forze dell’ordine ai danni di centinaia di soggetti fermati in un clima che la [Cassazione](#) non avrebbe esitato a definire di «accantonamento dei principi-cardine dello Stato di diritto».

242 Interventi

L'indagine successivamente avviata dalle autorità inquirenti era sfociata nel rinvio a giudizio di quarantacinque fra agenti e funzionari di polizia per una pluralità di reati, fra cui abuso d'ufficio, violenza privata aggravata, minacce, lesioni e calunnia. L'imponente impianto accusatorio mosso dalla Procura di Genova nei confronti dei presunti responsabili si era però progressivamente sgretolato sotto il peso della prescrizione. Sulle quarantacinque condanne pronunciate in primo grado dal [Tribunale di Genova](#) si era, infatti, abbattuta la scure della prescrizione durante i processi di [appello](#) e di [legittimità](#), sostanzialmente azzerando il novero delle condanne e permettendo così alla maggior parte degli autori materiali delle violenze di scampare ogni forma di responsabilità in sede tanto penale quanto disciplinare.

Per questo motivo, i ricorrenti si erano rivolti alla Corte di Strasburgo, censurando la violazione dell'art. 3 CEDU sotto il duplice profilo sostanziale (per essere stati sottoposti ad atti di tortura) e procedurale (per la sostanziale impunità dei responsabili delle violenze).

La caserma di Bolzaneto come “*lieu de non-droit*”

La prima questione su cui la Corte è stata chiamata a confrontarsi era se le violenze fisiche e psichiche perpetrate dalle forze dell'ordine nella caserma di Bolzaneto potessero innescare la responsabilità dello Stato italiano ai sensi dell'art. 3 CEDU. La condanna dell'Italia era fin troppo scontata, trattandosi per certi versi di un itinerario accertativo “a rime obbligate”. Come nel caso *Cestaro*, infatti, il copione era già stato scritto dalle giurisdizioni interne occupatesi a vario titolo della vicenda ed i giudici europei non hanno dovuto far altro che trasfonderne i passaggi più significativi nella propria

motivazione. Facendo proprio il percorso argomentativo delle pronunce interne, la Corte di Strasburgo ha ritenuto che i maltrattamenti lamentati dai ricorrenti fossero provati «al di là di ogni ragionevole dubbio» (*Azzolina*, par. 127; *Blair*, par. 96). Secondo la Corte, «i ricorrenti, trattati come oggetti nelle mani dell'autorità pubblica, hanno vissuto durante la loro detenzione in un luogo di “non-diritto” ove le più elementari garanzie sono state sospese» (*ivi*, par. 134). In un siffatto contesto non poteva dunque ragionevolmente accedersi al tentativo del Governo italiano di minimizzare l'accaduto – bollato come «episodio isolato ed eccezionale» (*ivi*, par. 125) – e di “relativizzarlo” nel più generale contesto di tensione che aveva segnato lo svolgimento del G8. È indubbio che gli eventi del G8 siano stati accompagnati da disordini e tensioni di natura eccezionale, ma questo argomento – comunque svilente – non poteva in alcun modo fungere da scusante per la gravissima condotta delle forze dell'ordine, stante anche il carattere assoluto e inderogabile del divieto di cui all'art. 3 CEDU. Tra l'altro, non è forse una coincidenza che, proprio lo stesso giorno delle sentenze *Azzolina* e *Blair*, la Corte di Strasburgo abbia reso un'altra condanna all'indirizzo dello Stato italiano per atti di tortura all'interno del carcere di Asti ([Cirino e Renna c. Italia](#), 26 ottobre 2017). Quasi a rimarcare il fatto che in Italia si tortura, eccome, e che il fenomeno è tutt'altro che episodico o isolato.

Visto l'esito largamente prevedibile del giudizio viene da domandarsi per quale ragione il nostro Governo non abbia adottato una diversa strategia difensiva – l'unica, per la verità, che gli avrebbe forse consentito di evitare questa ennesima condanna. Con ogni probabilità, infatti, il Governo avrebbe potuto chiudere la partita a Strasburgo in modo relativamente indolore facendo ricorso allo strumento della dichiarazione unilaterale. Ai sensi dell'[art. 62\(A\) del Regolamento della](#)

244 Interventi

Corte, uno Stato convenuto – falliti i tentativi di componimento amichevole della controversia – può chiedere la radiazione dal ruolo del ricorso, previo riconoscimento della violazione dedotta in giudizio e impegno a porre in essere condotte riparatorie.

Come emerge dal testo delle pronunce *Azzolina* e *Blair*, numerose posizioni individuali sono state radiate dal ruolo a seguito di componimento amichevole della controversia. L'accordo con cui lo Stato italiano si è impegnato a corrispondere € 45.000 a titolo di risarcimento del danno è stato ritenuto «conforme al rispetto dei diritti dell'uomo». Da qui la decisione di radiare dal ruolo le posizioni interessate dal componimento, non avendo la Corte ravvisato «alcun motivo atto a giustificare la prosecuzione dell'esame» del ricorso (*Azzolina*, par. 88; *Blair*, par. 86; analogo epilogo avevano avuto anche i casi *Alfarano*, *Battista et. al.* e *Bartesaghi Gallo et al.*). Il giudizio era invece proseguito per tutti coloro che non avevano ritenuto di aderire alla proposta transattiva del Governo.

Ciò premesso, appare legittimo domandarsi per quale ragione il Governo non abbia fatto ricorso allo strumento della dichiarazione unilaterale. Considerando che l'accoglimento di una tale dichiarazione è soggetto allo stesso metro di giudizio del componimento amichevole (il «rispetto dei diritti umani»), è presumibile ipotizzare che la Corte di Strasburgo avrebbe disposto la radiazione dal ruolo delle residue posizioni individuali (come d'altronde già avvenuto nei casi *Alfarano* e *Battista*, concernenti le stesse violenze a Bolzaneto). Né si può ragionevolmente pensare che permanessero, dalla prospettiva del nostro Governo, margini di incertezza o aleatorietà circa l'esito del giudizio tali da giustificare la prosecuzione.

L'inadeguatezza della risposta punitiva dello Stato

Acclarata la sussistenza di maltrattamenti contrari all'art. 3 CEDU, la Corte di Strasburgo è passata a vagliare la compatibilità della (deludente) risposta sanzionatoria italiana con gli obblighi procedurali discendenti dalla medesima disposizione. L'assenza di una norma incriminatrice *ad hoc* aveva costretto le autorità inquirenti ad articolare l'impianto accusatorio intorno a fattispecie espressive di una microcriminalità comune, assistite da cornici edittali irrisorie, incongrue e distoniche rispetto all'oggettiva gravità dei fatti. Date le premesse, non sorprende che gli esecutori materiali delle violenze fossero usciti sostanzialmente indenni dall'intera vicenda. Complici l'intervenuta prescrizione e il muro di omertà frapposto dalle forze dell'ordine all'identificazione dei colpevoli, vi erano state poche condanne e a pene comunque miti, peraltro condizionalmente sospese o condonate per effetto dell'indulto. A conti fatti, l'inadeguatezza degli strumenti repressivi aveva determinato un depotenziamento (se non un vero e proprio annacquamento) della risposta punitiva dello Stato italiano, a nulla rilevando che le giurisdizioni interne avessero accertato, «al di là di ogni ragionevole dubbio», violenze sistematiche e prolungate di inaudita brutalità.

A quest'ultimo riguardo, il Governo italiano non soltanto non ha contestato la ricostruzione fattuale operata dai giudici interni, ma ne ha integralmente sottoscritto le conclusioni «en gage de complète reconnaissance (...) des violations des droits perpétrées» (*Azzolina*, par. 124). La posizione apparentemente remissiva e conciliativa del nostro Governo non deve però trarre in inganno. Non si trattava affatto di una resa incondizionata davanti alle pretese avanzate dai ricorrenti. Tutto il contrario, essa era funzionale ad una ben precisa strategia difensiva, tesa a fare leva proprio sull'accertamento

246 Interventi

sostanziale di colpevolezza contenuto nelle pronunce interne per eccepire la perdita della qualità di vittima ai sensi dell'art. 34 CEDU. Segnatamente, secondo il Governo, la qualità di vittima dei ricorrenti doveva ritenersi *medio tempore* venuta meno per effetto dell'espreso riconoscimento delle violenze ad opera delle giurisdizioni interne e della conseguente liquidazione in loro favore di una provvisoria a titolo risarcitorio (*Azzolina*, par. 93; *Blair*, par. 94). Due condizioni, queste, già ritenute astrattamente idonee a neutralizzare gli effetti pregiudizievoli della violazione dell'art. 3 CEDU e, sul versante processuale, a far venire meno la qualità di vittima (cfr., fra gli altri, [Gäfgen c. Germania \[GC\]](#), 1 giugno 2010, parr. 115-116; [Shestopalov c. Russia](#), 28 marzo 2017, parr. 55-58).

Nel caso di specie, però, la Corte ha ritenuto che i pur «*remarquables efforts*» profusi dalle giurisdizioni interne nell'accertamento della verità non fossero sufficienti a controbilanciare la palese inidoneità degli strumenti repressivi approntati dall'ordinamento interno. La complessiva *débâcle* giudiziaria aveva, infatti, disvelato il carattere apertamente deficitario di un sistema penale – quello italiano – in cui la brevità dei termini di prescrizione e l'anomala operatività di istituti premiali avevano sostanzialmente vanificato la punizione dei responsabili. Le «*défaillances structurelles*» dell'ordinamento italiano hanno fatto sì che «in concreto, nessuno [abbia] trascorso nemmeno un giorno in carcere per i trattamenti inflitti ai ricorrenti» (*Azzolina*, par. 153). In aggiunta, gli imputati non erano stati sospesi dal servizio in pendenza di processo, né avevano altrimenti riportato sanzioni disciplinari. Il che si pone in contrasto con il costante insegnamento della Corte secondo cui, «ogniquale volta agenti statali sono accusati di maltrattamenti, è essenziale che essi siano sospesi dal servizio in pendenza di indagine o processo e

che siano destituiti in caso di condanna» (*Azzolina*, par. 164 e, in termini analoghi, anche *Gäfgen*, par. 125).

L'assenza di una risposta punitiva adeguata ha dunque vanificato, ai fini della sussistenza della qualità di vittima ai sensi dell'art. 34 CEDU, l'esplicito riconoscimento della violazione da parte delle autorità statali e la liquidazione di importi a titolo risarcitorio. Per le stesse ragioni, la Corte ha rigettato l'eccezione di mancato previo esaurimento dei rimedi interni ai sensi dell'art. 35, par. 1, CEDU per non avere i ricorrenti instaurato contenziosi di risarcimento del danno in sede civile. Secondo la Corte, la reazione di uno Stato dinanzi a maltrattamenti non può limitarsi al mero ristoro economico, dovendo necessariamente ricomprendere la punizione dei responsabili (sul punto, si veda anche *Gäfgen*, par. 199 e, più di recente, [Jeronovičs c. Lettonia \[GC\]](#), 5 luglio 2016, parr. 107 e 122).

Il nuovo art. 613-bis c.p.: la tortura come problema del passato?

«L'origine del problema» – secondo la Corte europea – «risiede nel fatto che nessuna delle fattispecie incriminatrici esistenti è stata idonea ad intercettare lo spettro di questioni sollevate da un atto di tortura» (*Azzolina*, par. 159). Il vuoto ordinamentale era già stato censurato dalla Corte nel caso *Cestaro*. In tale occasione, nel tentativo di risvegliare un legislatore pervicacemente inattivo sul fronte dell'adeguamento agli obblighi internazionali di criminalizzazione della tortura, la Corte aveva indicato allo Stato italiano l'adozione di misure generali ai sensi dell'art. 46 CEDU (*Cestaro*, par. 246; per un approfondimento, si rinvia al nostro [precedente post](#)).

248 Interventi

Ora, è noto che, secondo il costante insegnamento di Strasburgo, l'obbligo di criminalizzazione non deve necessariamente tradursi nell'introduzione di un reato autonomo di tortura, ben potendo i relativi maltrattamenti ricadere, altrettanto efficacemente, nell'ombrello punitivo offerto da altre previsioni normative (*Azzolina*, parr. 160-161). Eppure, il caso *Cestaro* ci era sembrato sin da subito correre lungo binari parzialmente inediti. L'ampia discrezionalità tradizionalmente riconosciuta agli Stati in fase di esecuzione era persa fortemente compressa dalle specifiche esigenze di riforma segnalate dalla Corte europea. E ciò in quanto le criticità evidenziate nella sentenza *Cestaro* erano talmente profonde e strutturali da non poter essere sanate attraverso un semplice intervento riparatore. Insomma, tutti gli indizi sembravano puntare verso una soluzione "obbligata": l'introduzione di una norma incriminatrice *ad hoc* (un simile monito si rinviene anche in [Myumyun c. Bulgaria](#), 3 novembre 2015, par. 77).

E così è stato. Con [l. n. 110 del 14 luglio 2017](#), il legislatore ha finalmente dotato l'ordinamento italiano di un autonomo reato di tortura enucleato nell'art. 613-*bis* c.p. Il nuovo delitto di tortura è già stato scomposto e vagliato dalla dottrina penalistica (si rinvia, fra gli altri, a [Lobba](#), p. 220 ss., e [Marchi](#), p. 155 ss.).

Nei casi *Azzolina*, *Blair* e *Cirino e Renna*, la Corte europea ha preso atto della novella legislativa, ma non si è espressa sulla sua compatibilità con l'art. 3 CEDU, stante l'inapplicabilità *ratione temporis* alla vicenda in esame. Eppure, non pare prematuro interrogarsi sull'idoneità della novella a disinnescare future possibili violazioni dell'art. 3 CEDU. La risposta a questo interrogativo è tutt'altro che scontata (si vedano, sul punto, le perplessità sollevate dal CPT nel [rapporto sull'Italia](#)

[dell'8 settembre 2017](#)). Quello che pare essere sfuggito al legislatore italiano è che l'adozione di una norma incriminatrice *ad hoc* con una dosimetria sanzionatoria adeguata, qual è quella prevista dall'art. 613-*bis* c.p., non è di per sé sufficiente ad assolvere gli obblighi di tutela penale. Invero, le carenze rilevate dalla Corte europea non sono affatto limitate al solo profilo del trattamento sanzionatorio. Già nel caso [Saba c. Italia](#) del 1 luglio 2014, infatti, la Corte aveva individuato il principale "colpevole" della frequente impunità dei responsabili di tortura in Italia nella brevità dei termini prescrizionali.

E che sia proprio l'istituto della prescrizione a fungere da decisivo ago della bilancia si coglie anche da una diversa prospettiva. Se l'assunto di fondo della vicenda che ci occupa è che l'ordinamento italiano non offriva rimedi "adeguati" ed "effettivi" per censurare gli atti di tortura, a rigor di logica, la Corte avrebbe dovuto dichiarare tardivo il ricorso *Azzolina*, giacché introdotto ad oltre otto anni di distanza dai fatti (secondo il consolidato orientamento della Corte, qualora non vi siano rimedi interni da esperire, occorre introdurre il ricorso entro sei mesi dalla data dei maltrattamenti; sul punto si vedano, per tutti, [Devrim Turan c. Turchia](#), 2 marzo 2006, par. 32, e [Aden Ahmed c. Malta](#), 23 luglio 2013, par. 69).

La Corte ha però rigettato l'eccezione di tardività sollevata dal Governo italiano, ritenendo sostanzialmente legittimo che i ricorrenti attendessero l'esito del procedimento penale. Secondo la Corte, infatti, «l'applicazione della prescrizione e dell'indulto sono due elementi che incidono sulla valutazione dell'esaurimento dei rimedi interni» (*Azzolina*, par. 107). Come a dire, se tali istituti non avessero trovato applicazione nel caso di specie, la conclusione della Corte sul punto avrebbe potuto essere diversa.

250 Interventi

Ebbene, nonostante la centralità dell'istituto della prescrizione, la recente novella legislativa non è minimamente intervenuta sul punto. Anzi, dal disegno di legge approvato alla Camera nel 2015 è stata espunta la previsione dell'inserimento del delitto di tortura fra quelli per cui è previsto il raddoppio dei termini di prescrizione ai sensi dell'art. 157, u.c., c.p. Una simile previsione sarebbe stata coerente con la *ratio* del nuovo delitto di tortura e avrebbe assicurato un giusto temperamento fra le diverse istanze di giustizia e di delimitazione temporale della pretesa punitiva dello Stato, evitando le note derive disfunzionali e patologiche della prescrizione nella realtà della giustizia penale.

Purtroppo, l'impazienza (si fa per dire) del Parlamento di conformarsi al monito di Strasburgo ha lasciato un evidente nervo scoperto che rischia di esporre l'Italia ad ulteriori censure in sede europea (come segnalato anche dal Commissario per i diritti umani del CoE nella sua [lettera aperta](#) al Parlamento italiano del 16 giugno 2017).

Conclusioni

Il quadro tratteggiato dalla Corte di Strasburgo è sinceramente sconcertante sia per l'ampiezza del fenomeno criminoso (come emerge dalla coeva pronuncia nel caso *Cirino e Renna* e dalla precedente [Pennino c. Italia](#) del 12 ottobre 2017), sia per l'incapacità dello Stato di porre un freno alle violazioni del dettato convenzionale.

L'introduzione dell'art. 613-*bis* c.p. deve indubbiamente salutarsi con favore, pur nella consapevolezza che la novella legislativa non sarà da sola sufficiente a fungere da antidoto contro episodi di tortura in Italia. Le criticità del sistema penale

Diritto internazionale pubblico 251

italiano non sono, infatti, circoscritte al solo profilo della cornice edittale degli strumenti penalistici, ma investono, fra gli altri, il regime della prescrizione, l'accesso ai benefici premiali, le sanzioni disciplinari e la previsione di specifiche garanzie atte a consentire l'identificazione degli agenti delle forze dell'ordine responsabili di maltrattamenti.

Benché trascurati dal legislatore, questi profili sono già stati ritenuti essenziali dal Comitato dei Ministri in sede di controllo sull'esecuzione della sentenza *Cestaro* (si vedano sul punto [i rilievi del Comitato dei Ministri](#) alla 1280esima riunione del 7-10 marzo 2017).

A nostro avviso, l'obiettivo della piena conformazione dello Stato italiano agli obblighi internazionali è ancora lontano e richiede una riflessione a più ampio spettro, che trascende il piano prettamente normativo, giacché è noto come «il più sicuro ma più difficil mezzo di prevenire i delitti si è di perfezionare l'educazione» (Cesare Beccaria).

10 novembre 2017

The Right to Life in Armed Conflict: Reflections on the Human Rights Committee's Draft General Comment 36

VITO TODESCHINI (*)

In August 2017, the United Nations Human Rights Committee (HRC) presented the revised text of [Draft General Comment 36](#) on the right to life (Draft GC 36), which offers an in-depth reading of Article 6 of the [International Covenant on Civil and Political Rights](#) (ICCPR or the Covenant). In discussing the protection of the right to life in situations of armed conflict, the HRC considers the relationship between the Covenant and International Humanitarian Law (IHL) (for an earlier commentary, see [Haque](#)). In this post, I will analyse the HRC's general approach to the interplay between the ICCPR and IHL, and look at how this is applied to the regulation of the use of force in armed conflicts. In particular, I will comment on the HRC's failure to distinguish between the paradigms of the conduct of hostilities and law enforcement,

(*) Università di Trento.

which risks to undermine the protection of the right to life provided by the Covenant.

The Relationship between the ICCPR and IHL

In para. 67 of Draft GC 36, the HRC states the following:

«Like the rest of the Covenant, article 6 continues to apply also [to the conduct of hostilities] in situations of armed conflict to which the rules of international humanitarian law are applicable. While rules of international humanitarian law may be relevant for the interpretation and application of article 6, both spheres of law are complementary, not mutually exclusive».

The language used in this passage borrows – partly *verbatim* – from previous GCs, specifically [GC 29](#) (Derogations), [GC 31](#) (Obligations under the Covenant), and [GC 35](#) (Right to personal liberty and security). The first sentence reiterates what is now a largely accepted interpretation within international law: human rights law continues to apply in armed conflicts despite the concurrent applicability of IHL (ICJ [Wall](#), para. 106). The second sentence, in turn, sets the theoretical elements upon which, in the HRC's view, the relationship between the ICCPR and IHL rests: complementarity and systemic integration. Complementarity means that the two bodies of law to some extent converge in protecting certain rights. For example, in its [2006 Concluding Observations](#) on the United States (US), the HRC held that [Common Article 3](#) of the 1949 Geneva Conventions «reflects fundamental rights guaranteed by the Covenant in any armed conflict» (para. 5). The complementarity perspective underlines that the ICCPR and IHL cannot be seen as either mutually exclusive or *a priori* conflicting. They should rather be considered, as far as possible, in a perspective of harmonious coexistence.

Since IHL is the principal legal framework governing armed conflicts, the HRC's established view is that «more specific rules of international humanitarian law may be specially relevant for the purposes of the interpretation of Covenant rights» ([GC 31](#), para. 11). The above-quoted passage shows that Draft GC 36 adopts this same position with regard to Article 6 ICCPR. In this respect, the HRC makes implicit use of the principle of systemic integration codified in Article 31(3)(c) of the [Vienna Convention on the Law of Treaties](#) (VCLT), according to which the interpretation of a norm must take account of «any relevant rules of international law applicable in the relations between the parties». By stating that in situations of armed conflict the Covenant is to be applied taking into account relevant and applicable IHL rules, the HRC adopts a harmonious interpretation of the norms pertaining to the two legal frameworks. The principle of systemic integration is in fact the interpretive criterion that operationalizes the complementary character of IHL and human rights law at the level of specific norms. This is confirmed by the case law of other human rights bodies (IACoMHR [Molina](#), para. 121; ECtHR [Hassan](#), para. 102; IACtHR [Ituango](#), para. 179; ACoMHPR [DRC](#), para. 70). It is also worth noting that the HRC avoids making reference to the principle of *lex specialis*, originally invoked by the ICJ in the [Nuclear Weapons](#) opinion (para. 25), which attracted wide criticism ([Prud'homme](#), [Milanovic](#), [De Cooker and Ruys](#)).

Applying Article 6 ICCPR in Armed Conflicts

What does it mean, then, to construe Article 6 ICCPR in light of IHL? According to Draft GC 36:

«[...] Uses of lethal force authorized and regulated by and

complying with international humanitarian law are, in principle, not arbitrary».

This sentence echoes the wording of para. 64 of [GC 35](#), where it is stated that security detention «authorized and regulated by and complying with» IHL does not in principle violate the prohibition of arbitrary deprivation of liberty prescribed by Article 9 ICCPR (for commentary see [Fatima](#)).

The HRC is proposing the same reasoning in respect of the prohibition on arbitrary deprivation of life enshrined in Article 6 ICCPR («No one shall be arbitrarily deprived of his life»): an attack conducted in accordance with IHL – notably the principles of distinction, proportionality, and precautions – and resulting in an individual's death does not *per se* violate the Covenant. This interpretation is evidently founded on the principle of systemic integration: the prohibition of arbitrary deprivation of life is construed taking the IHL rules on the conduct of hostilities into account, as prescribed by Article 31(3)(c) VCLT. Thus, the HRC interprets the IHL and Covenant norms harmoniously, and avoids potential norm conflict between less restrictive IHL norms and more restrictive ICCPR provisions. The outcome is that a State cannot be held responsible under the Covenant for acts that are lawful under IHL.

In practice this means that, as long as IHL is respected, the use of lethal force against combatants or civilians directly participating in hostilities does not constitute an arbitrary deprivation of life. The same goes for proportionate collateral damage among civilians: incidental loss of civilian life which is not excessive in relation to the concrete and direct military advantage anticipated (see Article 57 [AP I](#)) is not arbitrary under Article 6 ICCPR. It is worth noting that the ICJ and

256 **Interventi**

human rights bodies have adopted similar views (ICJ [Nuclear Weapons](#), para. 25; IACoMHR [Avilan](#), para. 168; IACtHR [Santo Domingo](#), para. 211; ACoMHRP [GC 3](#), para. 32). In my opinion, this is a correct approach, as it strikes a reasonable balance between IHL and human rights norms governing the use of force. Holding otherwise would mean that States could not conduct the hostilities without breaching applicable human rights obligations. This would not only undermine the authority of IHL; it would also defeat its fundamental purpose of regulating the conduct of hostilities and protecting civilians and persons *hors de combat*.

Conduct of Hostilities versus Law Enforcement

What is problematic, however, is the failure by the HRC to nuance its position depending on the character of the conflict – international (IAC) or non-international (NIAC) – and to distinguish between the two paradigms governing the use of force: conduct of hostilities and law enforcement (for thorough analyses of these concepts see the ICRC [report](#) of the Expert Meeting on the use of force in armed conflict; the ICRC [report](#) of the Expert Meeting on Occupation and Other Forms of Administration of Foreign Territory; and the ICRC [booklet](#) on violence and the use of force). While the notion of law enforcement is not defined in international law, it is [generally connected](#) to the State function of maintaining law and order and to the power of law enforcement officers to use force, arrest and detain to that end. Law enforcement is primarily regulated by human rights norms, [soft law instruments](#), and domestic law. Although in armed conflicts certain IHL provisions become relevant to the law enforcement paradigm (e.g. Article 43 [Hague Regulation IV](#)), the IHL rules on the use of force only apply to the conduct of hostilities. In particular, IHL regulates uses of force taking place in an armed conflict

and having a nexus with it. As the ICRC [explains](#) (at 34), the rules governing the two paradigms differ substantially in many respects:

«There are important differences between the conduct of hostilities and law enforcement paradigms. Principles of necessity, proportionality and precautions exist in both, but have distinct meanings and operate differently. While the conduct of hostilities paradigm allows lethal force to be directed against lawful targets as a first resort, the use of lethal force in law enforcement operations may be employed only as a last resort, subject to strict or absolute necessity. Persons posing a threat must be captured rather than killed, unless it is necessary to protect persons against the imminent threat of death or serious injury or to prevent the perpetration of a particularly serious crime involving grave threat to life, and this objective cannot be addressed through means less harmful than the use of lethal force».

The pre-eminence of IHL is straightforward only when the use of force is clearly part of the conduct of hostilities, be it in IACs (confrontations between enemy armed forces) or NIACs (e.g. the US-Iraqi military operation to re-take Mosul from the Islamic State). In these contexts, it is undisputed that the rule prohibiting arbitrary deprivations of life must be applied taking the rules of IHL into account (Syria COI, [Aleppo Report](#), para. 19).

In other instances, the dividing line between the conduct of hostilities and law enforcement paradigms is harder to draw. One reason is that State armed forces may be tasked with maintaining law and order, a situation that is most likely to occur during occupation (especially prolonged occupation), low intensity NIACs, NIACs taking place in limited portions of

258 **Interventi**

a State's territory, and extraterritorial NIACs where a foreign State acts in support of the local government. If in the course of an armed conflict a riot erupted or a demonstration turned violent, armed forces would need to apply the law enforcement paradigm (for lack of a nexus between the riots/demonstrations and the conflict). As a consequence, (potentially) lethal force could only be used as a last resort, if strictly necessary, and in a proportionate manner. Only if civilians taking direct part in hostilities were to blend among the rioters or demonstrators, could lethal force be used against them pursuant to IHL (meaning that all feasible precautions to spare the life and limb of the other civilians would have to be adopted). In practice, however, it may be too difficult to clearly distinguish between fighters and civilians in such situations. This is why, for instance, the ICRC [proposed](#) «to deal with the entire situation under law enforcement, and apply an escalation of force procedure with respect to all persons posing a threat» (at 36).

This example shows the importance for the HRC to acknowledge that only in respect of the conduct of hostilities IHL is to be taken into account for the interpretation of Article 6 ICCPR. While reviewing the US policy on drones and targeted killings, the HRC already highlighted the relevance of the conflict nexus for using lethal force under IHL ([2014 Concluding Observations](#), para. 9). The HRC should indeed recognise that during armed conflicts the rules on the use of force deriving from Article 6 ICCPR may be given priority based on a context-specific determination.

Conclusion

In my opinion, the HRC should amend the current text of Draft GC 36 and clarify that: 1) IHL governs only acts taking place in an armed conflict and which have a nexus with it; 2)

Diritto internazionale pubblico 259

Article 6 ICCPR regulates the use of force in law enforcement operations even during armed conflicts, with no need to take account of IHL for its interpretation; and 3) Article 6 may guide the use of force in all situations where the two paradigms apply concurrently and it is too difficult to isolate fighters from civilians. The HRC may, for those purposes, take inspiration from the African Commission's [GC 3](#):

«International humanitarian law on the conduct of hostilities must only be applied during an armed conflict and where the use of force is part of the armed conflict. In all other situations of violence, including internal disturbances, tensions or riots, international human rights rules governing law enforcement operations apply».

The effective protection of the right to life in armed conflicts requires that in Draft GC 36 the distinction between the conduct of hostilities and law enforcement paradigms be clearly acknowledged. Otherwise, a risk exists that States will perceive they may use lethal force in accordance with IHL rules in instances where, during armed conflicts, the legal parameters set by Article 6 ICCPR are applicable.

21 dicembre 2017

Stato d'emergenza in Turchia: prime risposte dalla Corte europea dei diritti umani

EMANUELE SOMMARIO (*)

1. Introduzione

Nel luglio 2016 la Turchia è stata teatro di un [tentativo di colpo di stato](#), fallito nell'arco di poche ore. In reazione agli eventi, il governo turco ha messo in atto una serie di misure repressive, volte a individuare e punire quanti fossero – a diverso titolo – coinvolti nel tentato *putsch*, e a smantellare il gruppo «terroristico» denominato *Fethullahçı Terör Örgütü* (FETÖ), individuato come responsabile della sedizione. I provvedimenti – introdotti per mezzo di decreti emergenziali – hanno determinato una serie di profonde modifiche all'assetto giuridico-istituzionale del Paese, stabilendo l'accentramento del potere nelle mani dell'esecutivo, consentendo l'arresto e il licenziamento di decine di migliaia di cittadini turchi, esonerando gli organismi giurisdizionali nazionali dall'esercizio di parte dei propri compiti di controllo, indebolendo le garanzie in materia di equo processo, autorizzando la chiusura e la liquidazione di organi di stampa considerati vicini ai golpisti, e introducendo altre misure

(*) Scuola Superiore Sant'Anna, Pisa.

normalmente incompatibili con l'ordinamento turco.

Sul piano internazionale, per fornire giustificazione giuridica alla propria condotta, il governo ha scelto di avvalersi della facoltà di sospendere gli obblighi derivanti dalla Convenzione europea per i diritti umani (CEDU) e dal Patto internazionale per i diritti civili e politici (PIDCP), facendo ricorso alle clausole derogatorie contenute, rispettivamente, nell'art. 15 e nell'art. 4 dei due trattati. Come noto, le clausole di deroga sono invocabili dagli Stati qualora questi si trovino alle prese con una situazione di pericolo pubblico eccezionale. La *ratio* della disposizione risiede nel consentire l'introduzione di misure emergenziali – altrimenti incompatibili con gli obblighi convenzionali – per permettere un'azione più rapida e efficace di contrasto all'emergenza. Tuttavia, gli Stati che volessero esercitare tale diritto devono conformarsi agli obblighi sostanziali e procedurali contenuti nelle clausole, e rimangono sottoposti allo scrutinio degli organi internazionali che verificano il rispetto dei trattati (per una panoramica, v. [Eboli](#)). Per quanto concerne la CEDU, tale ruolo è svolto dalla Corte europea dei diritti umani (CtEDU).

Fino ad ora, la CtEDU non si era ancora espressa sulla conformità della condotta turca rispetto agli standard imposti dalla Convenzione. Il 20 marzo 2018 ha finalmente licenziato due sentenze ([Mehmet Hasan Altan c. Turchia](#) e [Şahin Alpay c. Turchia](#)) concernenti la carcerazione preventiva di due giornalisti, accusati di essere organici al FETÖ. Le due sentenze – assai simili nei contenuti – rappresentano le prime pronunce di un organo giurisdizionale internazionale sul rispetto dei parametri fissati dalla clausola di deroga con riferimento allo stato d'emergenza in vigore in Turchia (per un commento a caldo, v. [Gatta](#)). Tuttavia, la Corte europea ha assunto determinazioni importanti anche riguardo al contegno delle corti nazionali rispetto alle pronunce della Corte Costituzionale Turca (CCT). Questa si era infatti già

pronunciata sulle doglianze dei ricorrenti, disponendone la scarcerazione. Ciononostante, anche a fronte di sentenze vincolanti emesse dal tribunale supremo, le corti inferiori hanno deciso di disattendere la richiesta, mettendo così in discussione l'effettività del ricorso alla CCT (sul punto, v. [Çali](#)). Il presente intervento esaminerà brevemente le sentenze, concentrandosi in prima battuta sulla questione della mancata efficacia del ricorso individuale alla Corte costituzionale, e subito dopo sulla conformità della condotta turca con i principi che informano il funzionamento della clausola derogatoria. Prima, tuttavia, un breve riepilogo dei fatti.

2. I fatti sui quali si è pronunciata la Corte europea

In un clima di sempre maggior controllo sugli organi di informazione, i due ricorrenti Alpay e Altan – entrambi cittadini turchi, giornalisti e professori universitari – venivano arrestati (rispettivamente il 27 luglio 2016 e il 10 settembre 2016) e posti in detenzione amministrativa, in quanto sospettati di essere collusi col FETÖ. Le accuse mosse nei loro confronti si basavano esclusivamente sui contenuti di alcuni articoli da essi pubblicati, in cui manifestavano opinioni critiche verso il governo turco, e su labili prove indiziarie.

Dopo aver intrapreso – senza successo – diverse azioni legali per porre fine al loro stato di detenzione, Alpay e Altan proponevano un ricorso individuale alla CCT, che, con due sentenze emesse nel gennaio 2018, accertava la violazione del loro diritto alla libertà personale e della loro libertà di espressione. Tuttavia, le corti d'assise competenti si [rifiutavano di disporre il loro rilascio](#), rigettando apertamente le sentenze della Corte costituzionale turca.

Fra gennaio e febbraio del 2017, i due giornalisti avevano inoltre presentato ricorso alla Corte di Strasburgo, lamentando, fra le altre, violazioni degli artt. 5 (libertà personale) e 10

(libertà d'espressione) della CEDU. La Corte europea ha deciso per una trattazione prioritaria dei ricorsi, dandone urgente comunicazione al governo turco e pervenendo rapidamente a una decisione. Entrambi i casi hanno visto la partecipazione del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, nonché l'intervento come parti terze del Relatore speciale dell'Onu per la promozione e protezione del diritto alla libertà di opinione ed espressione, e di numerose associazioni ed organizzazioni attive per la tutela dei diritti umani.

3. Il previo esaurimento dei ricorsi interni

Nel corso degli ultimi mesi, la CtEDU è stata raggiunta da oltre 30.000 ricorsi originatisi in connessione col tentato golpe in Turchia. A gennaio 2018, 27.000 di questi erano stati [dichiarati inammissibili](#) dalla Corte, che li aveva respinti *in limine* evidenziando il mancato esaurimento dei ricorsi disponibili nell'ordinamento nazionale. Come noto, tale requisito è imposto dall'art. 35 della CEDU come condizione per la ricevibilità di un ricorso individuale (v., per tutti, [Pisillo Mazzeschi](#)). L'esaurimento dei ricorsi interni rappresenta in effetti la classica manifestazione del principio di sussidiarietà, in base al quale la tutela dei diritti individuali deve realizzarsi, in prima battuta, a livello nazionale (v. [Mowbray](#), [Pitea](#)).

Parte della dottrina ([Adinolfi](#), [Palma](#), [Turkut](#)) ha ritenuto eccessivamente rigido l'atteggiamento dei giudici di Strasburgo, che in diversi casi (v. ad esempio le decisioni [Mercan](#), [Zibni](#) e [Bora](#)) avevano respinto i ricorsi, sottolineando la disponibilità di rimedi interni accessibili e potenzialmente adeguati, ma non ancora aditi. Chi ha invece difeso l'atteggiamento della CtEDU ([O'Boyle](#)), ha evidenziato la centralità del principio sancito dall'art. 35 nell'architettura del sistema convenzionale. Soltanto in casi in cui il ricorso sia inaccessibile, inadeguato a rimuovere

gli effetti della violazione, o privo di concrete prospettive di successo la Corte può ignorare l'obbligo del previo esaurimento. Operando quale organo indipendente e (tendenzialmente) apolitico, la CtEDU non dovrebbe mettere da parte i tradizionali requisiti di ammissibilità, nemmeno in una situazione emergenziale come quella presente in Turchia. Nei due casi in analisi, tuttavia, è indubbio che il rimedio «ultimo» fosse stato esperito, avendo i ricorrenti ottenuto sentenze favorevoli dalla CCT. Le questioni di maggior interesse, dunque, sono la valutazione che la Corte europea fornisce del contegno delle corti inferiori di fronte alle decisioni del tribunale costituzionale, e le conseguenze di tale atteggiamento sull'effettività del ricorso alla CCT.

In entrambi i casi, la CCT ha stabilito che le accuse mosse ai giornalisti non fossero state supportate da elementi di prova sufficientemente persuasivi da giustificare la loro custodia cautelare. Tale misura violava quindi il loro diritto alla libertà personale e la loro libertà d'espressione. Il rifiuto delle corti inferiori di dare esecuzione alle sentenze (in patente contrasto con l'art. 153, par. 6, della Carta costituzionale turca) diviene oggetto di pesante censura da parte della Corte di Strasburgo. Questa ricorda, *in primis*, come lo stesso governo convenuto avesse argomentato – in fase di ammissibilità – che il ricorso dinanzi alla CCT non fosse ancora stato esaurito, lasciando quindi intendere che tale rimedio andasse considerato efficace ai fini di ottenere il ripristino dei diritti violati. Di qui il disappunto della CtEDU nel rilevare come le corti di prima istanza abbiano negato alle sentenze della CCT l'efficacia che, secondo il governo turco, queste avrebbero dovuto possedere (*Alpay*, par. 115). La Corte europea critica inoltre le argomentazioni addotte dalle corti inferiori, secondo le quali la CCT non sarebbe stata competente ad analizzare gli elementi di prova contenuti nei dossier dei ricorrenti. Secondo la CtEDU, infatti, la CCT non avrebbe potuto esaminare le doglianze dei

ricorrenti, se non considerando gli elementi di accusa sostanziali addotti a loro carico (*Altan*, par. 136). Più in generale, le sentenze sottolineano come la scelta di una corte ordinaria di mettere in discussione le prerogative della Corte costituzionale confligga coi principi fondamentali dello Stato di diritto e della certezza giuridica.

Rispetto alle conseguenze di tale atteggiamento, ossia alla questione dell'effettività del ricorso alla CCT ai fini del vaglio di ammissibilità *ex art. 35*, la CtEDU si pronuncia in maniera più cauta, lanciando tuttavia un chiaro monito al governo convenuto. Da un lato, afferma che il mancato rilascio dei due ricorrenti, disposto dalla Corte costituzionale, solleva seri dubbi sull'efficacia del ricorso alla Corte medesima, stabilendo tuttavia che il contegno delle corti inferiori, nei due casi in analisi, non può da solo mettere in discussione l'adeguatezza del rimedio in parola. Dall'altro, si riserva di riesaminare la questione, in particolare alla luce della giurisprudenza delle corti di prima istanza, richiamando il governo al proprio compito di garantire che ogni rimedio sia effettivo in teoria come in pratica (*Alpay*, par. 121). In effetti, la Corte europea ha già evidenziato come l'efficacia di un ricorso vada valutata alla luce della prassi delle corti nazionali: solo in presenza di una consolidata giurisprudenza che metta in luce l'inadeguatezza di un determinato rimedio si potrà pensare di esonerare un ricorrente dall'obbligo di esperirlo (*Augusto c. Francia*, par. 42-45). Resta da vedere se le corti d'assise (e il governo convenuto) accoglieranno l'invito della Corte di Strasburgo.

4. La violazione degli articoli 5 e 10 della CEDU

Rispetto agli aspetti sostanziali, le sentenze della Corte hanno seguito un canovaccio che era facile preconizzare ([Sommaro 2016](#)), stabilendo - da un lato - che la situazione costituisca un «pericolo pubblico eccezionale», capace di legittimare il ricorso

266 Interventi

all'art. 15 della Convenzione, e dall'altro che le misure adottate non fossero strettamente richieste dalla situazione. Nel farlo, la CtEDU ha sostanzialmente fatto proprie le determinazioni della CCT, che nell'esame dei ricorsi individuali aveva già valutato eventuali violazioni del testo costituzionale e dei diritti garantiti dalla CEDU. Si tratta, in effetti, di una strategia già seguita dalla Corte quando alle prese con regimi di deroga alla Convenzione (v. [A. et al. c. Regno Unito](#), par. 180-181). Nell'adottarla, i giudici di Strasburgo ribadiscono che alle autorità domestiche – comprendenti anche le corti nazionali – va concesso un «ampio margine d'apprezzamento» nel valutare l'esistenza di una situazione emergenziale. Le giurisdizioni nazionali sono meglio posizionate per stimare la natura e l'entità del pericolo pubblico, e la Corte europea – che di recente ha subito non poche critiche per il suo eccessivo «interventismo» (v. [Popelier et al.](#)) – appare ben lieta di rimandare alle loro determinazioni, specie quando provengono dalle corti di grado più elevato. Sebbene la CtEDU non abbia effettuato un esame puntuale delle circostanze in cui la Turchia versava all'indomani del tentato golpe, la sedizione ha generato una situazione che rientra certamente nel novero di quelle previste per l'operatività dell'art. 15 (sui criteri individuati in proposito da Corte e Commissione europei, v. [Sommaro 2018](#), pp. 31-55). Va inoltre rammentato che nessuno dei ricorrenti aveva eccepito sul punto (*Alpay*, par. 76; *Altan*, par. 92).

Passando invece a valutare se la custodia cautelare fosse misura necessaria alla luce della situazione, la Corte ricorda che – in circostanze ordinarie – il diritto alla libertà personale di un individuo può essere limitato qualora vi siano «motivi plausibili di sospettare che egli abbia commesso un reato» (art. 5.1.c, CEDU). Su tale base la Turchia giustificava la detenzione dei ricorrenti. Sulla scorta della sentenza della CCT, la CtEDU rileva tuttavia come le autorità non avessero adottato elementi di prova sufficienti a soddisfare il test poc'anzi descritto,

mancando di corroborare le accuse con indizi concreti. Inoltre, il ricorso alla Corte costituzionale non era stato in grado di rimediare alla violazione subita. La detenzione era dunque arbitraria, e contraria all'art. 5. Dovendo di seguito pronunciarsi su come la deroga turca potesse incidere su tale determinazione, la CtEDU richiama nuovamente la sentenza della CCT, secondo la quale – anche in presenza di un'emergenza pubblica – il diritto alla libertà personale perderebbe ogni significato se si ammettesse il ricorso alla custodia cautelare in assenza di fondati sospetti che sia stato commesso un crimine. Pertanto, per entrambe le corti il provvedimento a carico dei giornalisti non poteva dirsi «strettamente richiesto dalla situazione» (*Alpay*, par. 119), e l'istanza di deroga non valeva ad assolvere la Turchia dalla propria responsabilità internazionale.

Spostando la propria analisi sul diritto alla libertà d'espressione, la CtEDU nota che anch'esso è suscettibile di limitazioni, purché queste siano previste per legge, mirate alla salvaguardia di un interesse legittimo, e «necessarie in una società democratica». La Corte osserva che la detenzione di *Alpay* e *Altan* costituisce un'interferenza con la loro libertà d'espressione, riconoscendo altresì che essa era prevista dalla legislazione emergenziale in vigore (*Alpay*, par. 174), e che fosse indirizzata a preservare l'ordine pubblico (*Alpay*, par. 176). Sulla questione della necessità, tuttavia, la CtEDU si accoda nuovamente alle determinazioni della CCT, che aveva rilevato l'assenza di proporzionalità fra la misura detentiva e l'obiettivo che lo Stato intendeva perseguire, sancendo la natura arbitraria dell'interferenza, che poteva inoltre avere un effetto negativo (*chilling effect*) sulla libertà di espressione e di stampa. La Corte europea richiama inoltre la propria giurisprudenza, secondo la quale non sarebbero ammesse restrizioni alla libertà d'espressione se non in casi in cui questa fosse utilizzata per incitare all'uso della violenza (*Altan*, par.

268 Interventi

209). Pur conscia delle difficili circostanze in cui versa la Turchia, la CtEDU sottolinea come non si possa utilizzare l'esistenza di un'emergenza pubblica per limitare la libertà d'informazione e il dibattito politico, elementi centrali per preservare una società democratica (*Alpay*, par. 180). Infine, chiamata a valutare se la notifica di deroga turca potesse giustificare restrizioni più significative al diritto in questione, la Corte rimanda laconicamente a quanto concluso rispetto al diritto alla libertà personale. Pertanto, la detenzione dei due giornalisti, concepita come interferenza nella loro libertà d'espressione, non può considerarsi misura «strettamente richiesta dalla situazione», nemmeno in presenza di uno stato d'eccezione (*Alpay*, par. 183).

La Corte respinge invece le doglianze dei ricorrenti vertenti su un ulteriore aspetto del diritto alla libertà personale. Sempre in riferimento alla propria detenzione, i ricorrenti, avevano invocato l'art. 5.4 della CEDU, lamentando l'eccessiva durata del procedimento dinanzi alla CCT. La disposizione sancisce il diritto di ogni individuo ristretto a presentare ricorso a un tribunale che possa decidere della legittimità dell'arresto «entro breve termine». Nei casi in esame, la Corte costituzionale –a più di un anno dall'apertura dei procedimenti –non aveva ancora reso una sentenza. La CtEDU riconosce che, in situazioni ordinarie, periodi tanto lunghi non possono considerarsi conformi al dettato convenzionale. Tuttavia, le circostanze eccezionali nelle quali versava la Turchia, unite alla complessità dei casi e al numero ingente di ricorsi di cui la CCT era stata investita, la inducono a rilassare i propri standard. Nel giungere a tale conclusione, la Corte sottolinea come le misure restrittive fossero comunque sottoposte a revisione periodica mensile da parte dei tribunali nazionali. Considerate tali circostanze, essa si dice disposta a tollerare tempi di revisione più lunghi da parte della Corte costituzionale (*Alpay*, par. 137).

5. Conclusioni

A partire dal 2015 si è registrato un aumento nei casi di ricorso allo strumento della deroga alla CEDU. Seppur per motivazioni diverse, anche l'Ucraina (giugno 2015) e la Francia (novembre 2016) hanno ritenuto di dover sospendere in parte il trattato. Il regime emergenziale è ancora in vigore in Ucraina, mentre quello francese è [stato revocato](#) nel novembre 2017. Lo stato d'emergenza turco, tuttavia, si presenta come maggiormente complesso e preoccupante, inserendosi in un contesto già caratterizzato da diffuse violazioni della libertà di associazione e di espressione, e reso ancor più grave dal conflitto con la minoranza curda riesplso nel sudest del paese (v., ad esempio, il recente [rapporto](#) rilasciato dall'Alto commissariato delle Nazioni Unite per i diritti umani). A ciò si aggiunga che, nell'aprile 2017, un referendum (indetto nel pieno del regime emergenziale e approvato a stretta maggioranza) ha dato il via alla trasformazione della forma di governo da parlamentare in presidenziale, conferendo al Presidente della Repubblica poteri assai vasti. Secondo alcuni osservatori ([Öztürk e Gözaydın](#)) e organizzazioni non-governative per i diritti umani ([Amnesty International](#)), il nuovo assetto istituzionale difetta di un sistema di controllo efficace contro eventuali abusi di potere da parte dell'esecutivo, ridimensiona drasticamente le prerogative del Parlamento e consolida il controllo del Presidente sulla nomina di numerose cariche giuridiche, creando dunque un *milieu* normativo che mal si concilia con pieno rispetto dei diritti umani e dello stato di diritto.

In effetti, il tentato golpe pare aver offerto al governo l'opportunità di inasprire le misure repressive contro gli oppositori sgraditi. Anche per questo motivo, è un peccato che

270 Interventi

la CtEDU non abbia esaminato le doglianze di Alpay e Altan vertenti sull'art. 18 della Convenzione, che vieta l'applicazione di restrizioni ai diritti per fini diversi da quelli espressamente previsti. I ricorrenti sostenevano che la custodia cautelare non fosse mirata a punirli per i presunti crimini commessi, ma a tacitare le critiche che avevano mosso nei confronti del Presidente Erdogan e del suo governo. Le due sentenze in analisi si limitano ad asserire che la violazione dell'art. 18 non necessita di trattazione autonoma, essendo assorbita dall'esame delle violazioni degli artt. 5 e 10. Eppure, in altri casi recenti ([Tymoshenko c. Ucraina](#), [Mammadov c. Azerbaigian](#), [Merabishvili c. Georgia](#)), la Corte aveva analizzato la questione, determinando che le limitazioni imposte alla libertà personale dei ricorrenti perseguivano, in realtà, finalità politiche. Peraltro, una considerazione del tema avrebbe potuto valorizzare l'intervento del Commissario per i diritti umani del Consiglio d'Europa, che nelle proprie [osservazioni scritte](#) aveva rilevato l'esistenza di un evidente schema mirante a sopprimere voci in dissenso con l'*establishment*, aggiungendo che le azioni giudiziarie contro individui e gruppi che esprimono tali opinioni fossero parte integrante dello schema stesso.

Nel frattempo, Şahin Alpay è stato dapprima messo agli arresti domiciliari, e poi [rimesso in libertà](#). Meno bene è andata a Mehmet Altan, il quale il 16 febbraio 2018 è stato [condannato](#) – assieme al fratello e ad altri giornalisti – alla pena dell'ergastolo, «per aver tentato di rovesciare l'ordine costituzionale attraverso l'uso della forza». Il suo ricorso è attualmente all'esame delle corti competenti. Considerato il contegno dei tribunali ordinari, non sarebbe sorprendente se il caso finisse nuovamente all'attenzione della CCT.

Il regime emergenziale in Turchia è in vigore da ormai quasi due anni. La notifica di deroga al Segretario generale del

Diritto internazionale pubblico 271

Consiglio d'Europa è stata rinnovata per ben sei volte, l'ultima delle quali il [20 aprile 2018](#). Va pertanto salutata con favore l'intenzione del Presidente Erdogan di considerare la possibilità di [revocare lo stato d'emergenza](#) subito dopo le elezioni generali dello scorso 24 giugno, mossa peraltro caldeggiata sia da numerosi [relatori speciali delle NU](#) sui diritti umani, sia dall'[UE](#). Nelle prossime settimane avremo modo di verificare se si tratta di un impegno preso in buona fede o di una mera strategia elettorale.

28 giugno 2018

Jesner Et Al. v. Arab Bank, PLC: Closing the Door to Litigation Against Foreign Corporations Under the Alien Tort Statute?

LUDOVICA CHIUSI (*)

A recent [post](#) on this blog has highlighted a certain trend among European states towards an opening of their courts to foreign direct liability cases. Meanwhile, the US Supreme Court has just struck another blow against transnational human rights litigation against corporations.

On 24 April 2018, the United States Supreme Court rendered its long-awaited judgment in [Jesner et al v. Arab Bank PLC](#) (*Jesner*, 584 U.S.).

The claim adds to the extensive list of lawsuits filed under the Alien Tort Statute (ATS), an 18th-century statute which grants US courts jurisdiction over «any civil action by an alien for a tort only, committed in violation of the law of nations or a

(*) Università di Bologna.

treaty of the United States» (28 U.S.C. para 1350).

The claimants, non-US citizens victims of terror attacks in Israel, the West Bank, and Gaza, alleged that Arab Bank, PLC, a Jordanian financial institution with a branch in New York, in part caused or facilitated acts of terrorisms in the Middle East. Whilst most of the claimants' allegations concerned conducts that occurred outside the United States, the claim sought to impose liability on Arab Bank for using its New York branch to clear dollar-denominated transactions that benefited terrorists through a system known as «Clearing House Interbank Payments System». The Bank was also accused of facilitating the transfer of funds from a Texas-based charity to the bank accounts of terrorist-affiliated charities in the Middle East.

The ruling of the US Supreme Court, decided by a 5-to-4 vote, upheld the decision of the Court of Appeals for the Second Circuit, according to which foreign corporations cannot be sued under the ATS. Justice Kennedy penned a plurality opinion, joined by Chief Justice Roberts and Justice Thomas. Justices Alito and Gorsuch filed opinions concurring in parts of the judgment. Justice Sotomayor wrote a dissenting opinion which was joined by Justices Ginsburg, Breyer and Kagan.

The core legal question in *Jesner* is a vintage one, namely whether foreign corporations can be defendants under the ATS. In the well-known 2013 case [*Kiobel v. Royal Dutch Petroleum Co.*](#), (*Kiobel*, 569 U.S.), the US Supreme Court stated that the ATS does not grant jurisdiction to US courts over foreign corporations when «all the relevant conduct took place outside the United States» (*ibidem*, 124). «Even where the claims touch and concern the territory of the United States, they must do so with sufficient force to displace the

274 **Interventi**

presumption against extraterritorial application» of the ATS (*ibid.*, 124-125). Yet in *Kiobel* the Court left the question unsolved as to whether foreign corporations *per se* can be held liable under the ATS.

According to the majority's view in *Jesner*, the question in hand falls to the Congress (584 U.S., 29). The decision largely relied on the two-tier test set in the 2004 [Sosa v. Alvarez-Machain](#) decision (*Sosa*, 542 U.S., 692).

The first part of the *Sosa* test starts from the assumption that the ATS is strictly jurisdictional and does not itself provide causes of action for international law violations. Federal courts might allow new causes of action only for violations of rules that are «specific, universal, and obligatory» (542 U.S., 732). The Court in *Jesner* applied the *Sosa* requirement to ask itself whether a rule of international law exists that establishes liability of corporations for human rights violations. Whilst acknowledging that corporate liability might be permissible under international law in some circumstances, the Court affirmed that the claimants fell short of demonstrating the existence of a specific, universal, and obligatory norm on liability for corporations.

As to the second part of the *Sosa* test, which bears on whether allowing a particular case to proceed is an appropriate exercise of judicial discretion, the Court asked itself whether federal courts have the authority to impose liability on foreign corporations under the ATS. The majority emphasised the perils of extending the scope of ATS liability to foreign multinational corporations, like Arab Bank. It was recalled that the purpose of the ATS was «to promote harmony in international relations by ensuring foreign plaintiffs a remedy for international-law violations when the absence of such a

remedy might provoke foreign nations to hold the United States accountable» (584 U.S., 25).

In his concurring opinion, Justice Alito stressed that extending the scope of the ATS would precipitate exactly the sort of diplomatic strife that the law was enacted to prevent (Justice Alito, concurring in part and concurring in judgment U.S. 584, 1). Justice Gorsuch similarly noted that the judiciary should «refuse invitations to create new forms of legal liability [...] and should not meddle in disputes between foreign citizens over international norms» (Justice Gorsuch, concurring in part and concurring in judgment, 584 U.S., 1). It seems that a cause of concern for the Court was also the possibility that allowing to sue foreign corporations under the ATS «could subject American corporations to an immediate, constant risk of claims seeking to impose massive liability for the alleged conduct of their employees and subsidiaries around the world, all as determined in foreign courts» (584 U.S., 24).

The majority agreed with the lower court by concluding that the judiciary is not well suited to make the policy judgments related to foreign corporate liability, and that deference must be given to the political branches (584 U.S., 29). Going beyond the bounds of Congress's authorization would mean, according to the Court, crossing the lines set by the principle of separation of powers.

The dissent of Justice Sotomayor blamed the reasoning and conclusion of the majority for «absolving corporations from responsibility under the ATS for conscience-shocking behaviour» (Justice Sotomayor, with whom Justice Ginsburg, Breyer, and Kagan, dissenting, 584 U.S., 1).

Justice Sotomayor emphasised that the «specific and

universally recognised rule» that had to be assessed was not the one on corporate liability under international law, but rather the rule on the prohibition against financing of terrorism. Assuming that the Court of Appeal had considered such rule conform to the *Sosa* test, the relevant inquiry should have focused on «whether there is any reason — under either international law or [...] domestic law — to distinguish between a corporation and a natural person who is alleged to have violated» such rule (*ibid*, 1).

As to the foreign policy concerns raised by the majority in *Jesner*, Justice Sotomayor noted that «nothing about the corporate form in itself raises foreign-policy concerns that require the Court, as a matter of common-law discretion, to immunise all foreign corporations from liability under the ATS» (*Ibid*, 1). She concluded that «[f]oreclosing foreign corporate liability in all ATS actions, irrespective of circumstances or norm, is simply too broad a response to case-specific concerns that can be addressed via other means».

The long-awaited *Jesner* decision has left high and dry those who relied on the ATS as an effective judicial avenue to hold corporations liable under international law.

One would subscribe to Justice Sotomayor's argument when she pointed out that *Jesner* echoes a misinterpretation of the threshold test set in *Sosa*. Requiring the plaintiff to prove the existence of a rule on corporate liability «fundamentally misconceives how international law works» (584 U.S., Justice Sotomayor, Dissenting, 2). The *Sosa* requirement of a «generally accepted and specifically defined norm of international law» most probably refers to the existence of a primary rule. The question is therefore whether there is a relevant difference between natural persons and legal person in

the reach of the rule on the prohibition of terrorism (and the financing thereof).

But even assuming that the legal question as penned by Justice Kennedy, *i.e.* whether a rule on corporate liability exists in international law, is correct, the analysis carried out by the Court appears unfitting to the subject in hand.

First, assessing the existence of a given rule is not to be confused with the question of whether an international institution exists to enforce such rule. Justice Kennedy emphasised that there are no international criminal courts and tribunals with jurisdiction over corporate violations of international law (584, Justice Kennedy, 14-15). Yet this only tells us that states have not, so far, agreed on an international mechanism to address corporate violations. In other words, a rule on corporate liability may very well exist regardless of the mechanism chosen by states to enforce it.

Second, a potential rule on corporate liability in international law must be assessed by looking at the entire corpus of sources of international law. In *Kiobel* the Second Circuit Court had held that corporations could never be held liable under the ATS because there is no «norm of corporate liability under customary international law» (621 F.3d, 145). The Court seems to have overlooked general principles of law as referred to by Article 38(1)(c) of the Statute of the International Court of Justice. As pointed out by the [Amicus Curiae of Comparative Scholars and Practitioners in Support of Petitioners](#), the great majority of legal systems in the world recognise corporate liability in some forms. This could have led the Court to enquire whether corporate liability has evolved into a general principle of law.

278 **Interventi**

Certainly, one cannot ignore the foreign policy concerns that must be weighed in circumstances such as the ones before the Supreme Court in *Jesner*. Jordan considered the suit against Arab Bank «a direct affront» to its sovereignty and one that «risk[ed] destabilizing Jordan’s economy and undercutting one of the most stable and productive alliances the United States has in the Middle East» (Brief for Hashemite Kingdom of Jordan as Amicus Curiae, 4).

But the utilitarian approach adopted by Justice Alito, according to which «unless corporate liability would actively decrease diplomatic disputes, we have no authority to act», finds no support in the text of the ATS. It is arguable that foreign policy considerations also come into play when foreign states and their nationals are affected by breaches of universal (*erga omnes*) rules for the protection of international security, such as the prevention and repression of terrorism, piracy, genocide and the like. As stressed by Justice Breyer in *Kiobel*, those who perpetrate certain gross violations of international law represent «common enemies of all mankind» (569 U.S., 131).

12 settembre 2018

«LAWS... of Humanity»?

Un resoconto (critico) del primo Gruppo di esperti sulle armi autonome

DIEGO MAURI (*)

1. Tra il 13 e il 17 novembre 2017 si è svolta a Ginevra, nel quadro della Conferenza degli Stati parte alla Convenzione sulle armi convenzionali (d'ora in avanti CCW), la prima riunione del Gruppo di esperti governativi (**GGE**) sulle tecnologie emergenti nell'area dei sistemi d'arma autonomi letali (*Lethal Autonomous Weapons Systems* o, secondo l'acronimo inglese, LAWS). Presieduto dall'ambasciatore indiano Singh Gill (che ha pubblicato, a pochi giorni dall'inizio dei lavori, questo [articolo](#)), l'evento – che rappresenta lo sviluppo più recente di un dibattito iniziato, per il vero, nel 2013 in seno al [Consiglio dei Diritti Umani](#), e approvato, nel 2014, alla Conferenza degli Stati parte alla CCW (nella cornice dei Meeting di Esperti del [2014](#), [2015](#) e [2016](#)) – è stato anche l'occasione per la pubblicazione di uno *Zoom-in* su *Questions of International Law*. In attesa degli imminenti lavori del GGE

(*) Università di Firenze – Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano.

280 Interventi

(«*Coming soon*», per citare il titolo dello *Zoom-in*) si sono puntati i riflettori, forse per la prima volta in modo organico su una rivista italiana, su una delle questioni più spinose del diritto internazionale umanitario e dei diritti umani alla prova delle nuove tecnologie.

Carattere saliente dei LAWS è l'inedita combinazione di due aspetti: da un lato, l'**autonomia** dell'arma/macchina nello svolgimento di determinate funzioni, da intendersi come indipendenza da un operatore umano; dall'altro lato, la possibilità che, tra le funzioni lasciate all'autonomia di cui sopra, rientrino anche quelle cd. «**critiche**», segnatamente la selezione e l'ingaggio di obiettivi, anche umani. In estrema sintesi, ai LAWS potrà – anche se alcuni si dicono scettici al proposito – essere affidata la *singola* decisione di esercitare forza (anche) letale (di qui l'attributo «*Lethal*») contro un obiettivo umano in assenza di un intervento umano in tale processo decisionale (di qui «*Autonomous*»).

In questa sede vorrei soffermarmi brevemente sui risultati (e i limiti) del dibattito maturato in seno al GGE, rimandando il lettore particolarmente interessato ai contributi (ormai non pochi, ma per lo più stranieri) che, da diverse prospettive, hanno affrontato il tema ([Schmitt](#); [Kastan](#); [Chengeta](#)).

2. Protagonista indiscusso, sul suggestivo palcoscenico offerto dal *Palais des Nations*, è stata una disposizione di diritto pattizio che ha acquisito natura consuetudinaria, l'**art. 36** del Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni di Ginevra del 1949 (d'ora in avanti: API), all'indirizzo del quale pressoché tutte le Delegazioni hanno levato un plauso convinto.

L'argomento può essere riassunto come segue: in quanto armi (pur innovative quanto si vuole) a tutti gli effetti, i LAWS non

possono che essere trattati al pari di qualsiasi altro **armamento**. Pertanto, se impiegati in un conflitto armato – ambito in cui trova applicazione il diritto internazionale umanitario –, la parte che ne fa uso è tenuta al rispetto degli obblighi derivanti da tale sub-sistema di diritto internazionale, segnatamente quello di assicurare che il suo impiego non sia vietato, in talune o in ogni circostanza, dalle disposizioni del Protocollo o, comunque, di qualsiasi norma internazionale applicabile alla parte. Ad esempio, l'uso dei LAWS sarebbe vietato se ad esso conseguissero «*superfluous injury*» o «*unnecessary suffering*» (cfr. art. 35 par. 2 API, ritenuto pacificamente corrispondente al diritto consuetudinario e riproduttivo, in modo pressoché pedissequo, dell'art. 23, lett. e, del Regolamento allegato alla IV Convenzione de L'Aja). È con riferimento a questa norma che negli anni successivi sono state vietate, ad esempio, armi il cui effetto primario sia quello di ferire l'obiettivo con frammenti non rilevabili con raggi (Protocollo I alla CCW), o «trappole» esplosive (le c.d. «*booby traps*» – Protocollo II emendato alla CCW). Allo stato, dunque, anche per i LAWS si dovrà valutare se dal loro utilizzo possano derivare le conseguenze di cui sopra, il che – su ciò vi è unanimità – appare poco plausibile.

Ancora, l'art. 36 API prevede che si sottopongano al meccanismo di *review* non solo gli armamenti, ma anche il loro **normale utilizzo** da parte dei belligeranti («*methods of warfare*»): in questo senso si suole rinviare alle norme che regolano il c.d. *targeting process*, cioè il procedimento di individuazione e selezione dell'obiettivo militare e l'impiego di forza letale nei suoi confronti. Gli obblighi giuridici sono indirizzati direttamente a quanti operano «sul campo»: il comandante, il soldato semplice, l'operatore e tutti quanti siano tenuti, tra le altre cose, a rispettare i principi di distinzione, proporzionalità e precauzione nella pianificazione e conduzione degli attacchi. Anche in questo caso, occorre

domandarsi se, e a quali condizioni, l'impiego di LAWS sul campo di battaglia sia compatibile con i principi appena menzionati (su cui v. *amplius* [Meier](#)): un LAWS che non sappia distinguere correttamente tra combattente legittimo e persona protetta (ad es. il soldato c.d. *hors de combat*, nonché il civile) – come facilmente può accadere nei conflitti armati di carattere non-internazionale, dove, ad esempio, normalmente una parte belligerante non indossa un'uniforme identificabile – difficilmente potrà essere impiegato in contesti di guerriglia urbana. Questo solleva, a mio avviso, un'obiezione: *quid*, però, se, in un futuro più o meno remoto, la macchina arrivasse a garantire – grazie all'evoluzione dell'Intelligenza Artificiale, che già oggi compie progressi sino a una manciata di anni fa inimmaginabili (qui i rimandi sarebbero innumerevoli; basti un rapido sguardo [qui](#) e [qui](#)) – un **livello di affidabilità** e di performance pari o superiore a quello di un soldato umano? Il loro impiego potrebbe addirittura considerarsi doveroso (anche solo moralmente), non solo in vista del risparmio di vite dei «propri» soldati (il quale, per inciso, costituisce una tra le preoccupazioni più avvertite dalle democrazie odierne) ma anche del contenimento del numero delle vittime dell'altra parte belligerante (non più esposte, non fosse altro, al rischio di... crimini di guerra, che una macchina, vincolata al rispetto delle proprie regole, non potrebbe commettere; v. *ex multis* [Crootof](#); [Ohlin](#)).

È proprio in considerazione di questi sviluppi che, oggi, la proposta di adottare uno **strumento giuridicamente vincolante** che vieti lo sviluppo e l'impiego di LAWS non entra nell'orizzonte, se non del «fattibile», nemmeno dell'«efficace» (per una serie di contributi, v. in calce a questo [articolo](#)). Stati Uniti, Regno Unito, Francia, Cina, Russia, e molti altri Stati hanno espresso, tanto al GGE quanto nelle occasioni precedenti, il loro rifiuto di sottoscrivere un tale trattato,

considerando, anzi, una mossa tanto radicale prematura in un momento in cui il progresso tecnologico, come si diceva, potrebbe realizzare, anche sul versante civile, numerose promesse ([una circolazione stradale più sicura](#); [un'assistenza medica più efficiente](#); [una guerra più...umana](#)). Ammetto di aver dovuto vincere una certa riluttanza a scrivere le tre parole che precedono l'inizio di questa frase; riluttanza che, però, viene felicemente condivisa anche da (sempre più) numerose Delegazioni partecipanti al GGE (*in primis* i membri del Movimento dei Non Allineati; ma anche Austria, Brasile, Costa Rica).

3. Altro protagonista del dibattito al GGE è stato il concetto di «**controllo umano**» sull'arma (su cui v. *amplius* [Chengeta](#); [Sharkey](#)): non riferibile, se non indirettamente, ad alcuna norma di diritto internazionale umanitario (forse perché, sino ad oggi, non si era mai posta la possibilità di impiegare armi in grado di selezionare e ingaggiare da sole obiettivi umani), esso è stato ritenuto, da tutti i partecipanti, un elemento imprescindibile per le discussioni future e, su un piano più tecnico, per lo sviluppo di questa tecnologia.

Un problema, però, c'è, ed è emerso in modo lampante durante il GGE: nessuno è in grado di dire **in cosa consista** effettivamente tale nozione di «controllo umano». Si è detto che il tratto saliente dei LAWS consiste nella possibilità che la *singola* decisione letale sia presa dalla macchina senza l'intervento di un operatore umano, il quale: (a) potrebbe non essere nemmeno incluso nel *decision-making* della macchina; (b) potrebbe esservi incluso, ma non avere il tempo fisico per intervenire; (c) potrebbe comunque intervenire, con il rischio, spesso segnalato, di un c.d. *bias* (letteralmente, di «fidarsi troppo» della macchina e accettare di silenziare una propria intuizione in favore della decisione della macchina, ritenuta

284 Interventi

migliore poiché più efficiente e performante).

Ecco che allora [molti](#) hanno insistito per il mantenimento, da parte dell'operatore umano, di un controllo «**significativo**» («*Meaningful Human Control*», o **MHC**), ribadendo l'importanza che una forma di supervisione umana sull'operato dei LAWS, con possibilità di intervento in tempo reale, sia assicurata nella maggior parte dei contesti di utilizzo (cfr. anche il [Working Paper](#) di *Human Rights Watch* e dell'*International Human Rights Clinic* di Harvard); molti Stati, tra cui quelli facenti parte del Movimento dei Non-Allineati (NAM), hanno condiviso tale «stretta» impostazione. Il Regno Unito, similmente, usa l'espressione «*appropriate level of human judgement*», che potrebbe interpretarsi quasi come una forma più incisiva di presenza umana, che investe il «giudizio» sul target individuato (v. [qui](#) per una lettura critica). I Paesi Bassi invece, intercettando probabilmente il trend che molti Stati dell'Occidente globale inseguono, hanno invece proposto di declinare il concetto di MHC sul c.d. «**wider loop**», cioè sul circuito decisionale inteso in senso lato: non si dovrebbe pensare a un rapporto uomo/macchina di 1:1 (tecnologicamente fattibile ma strategicamente sub-efficiente), ma a un controllo «generale» dell'attività di diversi LAWS sul campo, con funzioni essenzialmente di monitoraggio, che consenta all'operatore di intervenire per modificare l'obiettivo della singola missione o, in casi di emergenza (es. malfunzionamento improvviso), di annullarla.

In breve: in principio le Delegazioni erano sì in accordo sulla necessità di ritenere una *qualche* forma di controllo dell'uomo sulla macchina; quello su cui non sono state in grado di intendersi era *quale* forma di detto controllo ritenere. Nelle [Conclusioni](#) del GGE, adottate *per consensus*, non si dice altro che «*[t]he human element in the use of lethal force should be*

further considered» (§ 16 lett. c). Una conclusione certamente **al ribasso**, che ha infatti lasciato insoddisfatte molte Delegazioni (soprattutto quelle appartenenti al NAM). Per tornare al paragone teatrale, si potrebbe dire che hanno tutti assistito alla performance dell'attore senza... capirla fino in fondo: gli applausi sono stati, dopo qualche momento di imbarazzo, molto forzati.

4. L'esigenza di mantenere un controllo umano di un qualche tipo sull'uso di forza letale da parte di una macchina si collega, come anche è emerso dalla discussione al GGE, alla necessità di assicurare che **vi sia qualcuno a rispondere** in caso di azioni impreviste e, soprattutto, indesiderate della macchina.

Ipotizziamo che, in un certo futuro, venga inviata sul campo di battaglia una squadra di LAWS, con l'obiettivo di eliminare tutti gli obiettivi ostili in un'area determinata, ad esempio un *compound* alla periferia di una grande città asiatica. Ad un certo punto, per un problema di natura tecnica (es. interferenze nelle comunicazioni), l'operatore perde il contatto con la squadra e, recuperatolo pochi minuti dopo, scopre che i LAWS hanno aperto il fuoco non solo contro obiettivi consentiti (i soldati nemici), ma anche contro alcuni civili, la cui presenza non era stata rilevata in anticipo, provocandone la morte. Di chi (e di che genere: penale, civile, internazionale) è la responsabilità in un simile scenario? Potranno essere chiamati a rispondere, se del caso: (i) coloro che dovevano occuparsi dei canali di comunicazione per garantirne il funzionamento; (ii) coloro che avrebbero dovuto occuparsi di segnalare la presenza di civili (se, conosciuta tale informazione, non si sarebbe fatto ricorso ai LAWS); (iii) i programmatori dei LAWS, laddove si scoprisse che, ad un'attenta analisi, gli algoritmi non erano sufficienti ad assicurare una corretta individuazione degli obiettivi consentiti; (iv) tutti i precedenti, se il risultato illecito è stato conseguenza

dell'insieme dei contributi individuali.

La presenza di un controllo umano dovrebbe quindi garantire che non si generi alcun **accountability gap** – ovvero vuoti di responsabilità in sede penale, civile o internazionale (cfr. [Chengeta](#); [McCormick-McFarland](#); [Reitinger](#)). Ma l'esigenza di mantenere il controllo umano sopra (il funzionamento del) l'arma potrebbe essere letta sotto una diversa prospettiva: è possibile, ad oggi, affermare che esista una norma di diritto internazionale umanitario che imponga, per ogni *singolo* uso di forza letale contro obiettivi umani, la presenza (e se sì, di che tipo?) di un operatore umano nel circolo decisionale della macchina? Se così fosse, il problema della compatibilità dei LAWS col diritto internazionale umanitario si estenderebbe considerevolmente, perché non soltanto il momento *patologico* del loro impiego (i.e. l'uccisione di civili; la sproporzione tra vantaggio militare e perdite civili; l'errata pianificazione di un attacco) costituirebbe una ragione per la loro proibizione, ma anche – e a monte – il loro impiego *fisiologico* (i.e. l'abbattimento del *target* legittimo).

5. È possibile arrivare a una tale conclusione? Una via, talora indicata da quanti sostengono tale posizione (di recente [Sparrow](#); ancora *Human Rights Watch*, nel suo primo *Working Paper*, [Losing Humanity](#)), è quella offerta dalla **Clausola Martens** che, inserita per la prima volta nel Preambolo della II Convenzione de L'Aja del 1899 e poi riprodotta nella maggior parte degli strumenti di diritto internazionale umanitario, codifica il c.d. principio di umanità. La Clausola stabilisce che, anche in mancanza di una norma applicabile ad una determinata situazione (ad es., l'assenza di una disposizione che proibisca una certa arma), civili e combattenti rimangano comunque sotto la protezione dei principi di diritto internazionale, le leggi d'umanità («*laws of humanity*») e i

dettami della pubblica coscienza («*dictates of public conscience*»). Sono proprio tali «considerazioni elementari di umanità» (secondo la diversa, ma in parte sovrapponibile, espressione adottata dalla Corte Internazionale di Giustizia, nel 1949, nel caso [Corfu Channel](#), p. 22) a precedere ogni codificazione (ogni diritto *scritto?*), di modo che prima di verificare se un «armamento» (o un «metodo» o «strumento» di guerra *ex art. 36 API*) sia compatibile con norme pattizie e consuetudinarie, bisognerebbe, *a monte*, domandarsi se essa sia accettabile a partire da un concetto di umanità (cfr. [Ticehurst](#)).

Si potrebbe, a questo punto, obiettare: tale ultimo concetto è così generico, vago, intriso di moralità, opinabile, soggettivo, arbitrario (ecc.; cfr. l'analisi di [Evans](#)) da **non** poter assurgere a **fonte** di diritto al pari di convenzioni, consuetudini, o anche solo principi generali. Vi è poi chi ha aggiunto *a fortiori* che, storicamente, nessuna arma è stata ritenuta vietata sulla sola base della Clausola, ma è sempre stata necessaria l'adozione di uno strumento vincolante (così [Cassese](#)). In breve: se anche fosse ipotizzabile che l'impiego dei LAWS sia contrario a tali esigenze di umanità (circostanza che, comunque, molti escludono: cfr. [Sassoli](#), [Anderson-Waxman](#)), ciò solo non basterebbe per proibirne lo sviluppo e l'uso, in quanto occorrerebbe una qualche manifestazione di diritto positivo.

Va anche però precisato che: (a) l'**assenza di un precedente storico** non è in sé argomento dirimente, quando si tratti di una tecnologia – quale quella dei LAWS – suscettibile di rivoluzionare il modo di condurre le ostilità (per la già citata assenza della componente umana nella *singola* decisione letale); (b) nel principio di umanità di diritto internazionale umanitario si trova riflesso il concetto di «**dignità umana**» che, da anni, costituisce il cuore del diritto internazionale dei diritti umani (sui rapporti tra i due *corpora iuris*, si è espressa, pur

288 Interventi

con ambiguità, la Corte internazionale di giustizia nel caso relativo alla [Liceità delle armi nucleari](#), § 25): se un determinato comportamento «X» è ritenuto lesivo della dignità umana al di fuori di un conflitto armato, e tale dignità, com'è naturale, non muta a seconda delle circostanze, coerenza impone che il suddetto comportamento sia ritenuto parimenti lesivo all'interno di un conflitto armato. E infatti vi è chi sostiene ([Heyns](#), [O'Connell](#)) che affidare a una macchina una decisione (anche solo potenzialmente) letale nei confronti di un individuo umano lede irrimediabilmente la dignità di quest'ultimo, ridotto a una sequenza di «0» e «1», a un dato rielaborato dalla macchina in un procedimento algoritmico.

Ancora più nel profondo, quindi, la presenza umana **non** assicura **solo** la presenza di un individuo la cui **responsabilità** possa essere fatta valere in caso di illecito, ma anche – e innanzitutto – di un individuo che possa **comprendere** la gravità della propria azione e gli effetti di essa nei confronti di un «**altro**» con cui condivide la medesima umanità (così [Lambert](#), analizzando il pensiero di Levinas). Vi sarà chi obietterà che, così argomentando, si è pericolosamente fuoriusciti dal perimetro del giuridico per entrare in quello della morale e dell'etica; e, in quest'ultimo, la partita si giocherebbe tra *deontologisti* (un'azione è giusta o sbagliata in sé) e *conseguenzialisti* (un'azione è giusta o sbagliata a seconda delle conseguenze che produce). Ma mi chiedo: si può forse negare che, in definitiva, una connessione tra diritto e morale sia connaturata al diritto internazionale umanitario (cfr. [Moodrick-Even Khen](#))? Non è forse nello spirito di formulazioni aperte, quali quelle, da un lato, della Clausola Martens e, dall'altro lato, del concetto di dignità umana, mantenere aperta una finestra sulla morale, e quindi favorire un contatto tra la stessa e il diritto? Si badi che tra le **funzioni** del concetto di **dignità umana** vi è quella di fornire una base, più o

meno solida, per fondare il rifiuto di determinati trattamenti (su questo, v. *amplius* la recentissima pubblicazione di [Brehm](#), in particolare pp. 56 ss., e *passim*).

Una soluzione «mediana», allora, potrebbe essere quella di impiegare la Clausola Martens e, alla base di essa, il concetto di dignità umana in una prospettiva *de jure condendo*: stante l'insufficienza degli elementi in forza dei quali ritenere i LAWS *ex se* proibiti dal diritto internazionale umanitario, si dovrebbe auspicare che i suddetti principi ispirino un futuro strumento vincolante finalizzato a proibirli (cfr. [Amoroso](#)). Una tale soluzione si scontra però con la realtà dei fatti: molti Stati non sono disposti nemmeno a sottoscrivere una Dichiarazione politica (atto di *soft law*), quindi l'ipotesi di un trattato è forse ancora più remota... dell'impiego dei LAWS stessi! Anche codesta soluzione potrebbe risultare, alla prova dei fatti, del tutto inadeguata per scongiurare lo sviluppo e la diffusione dei LAWS. Se così è, in definitiva, mi pare *a fortiori* imprescindibile chiarire, in via preliminare, quale valore giuridico abbia la Clausola Martens nel diritto internazionale umanitario, a fronte della possibile introduzione di una tecnologia in grado di affidare – per la prima volta – una decisione letale a un decisore non-umano. Sino ad ora, di tale questione non si è curata pressoché alcuna Delegazione; ciò rende ancora più opportuna una riflessione da parte della dottrina, innanzitutto internazionalistica.

6. Riassumendo, del discorso che precede in termini di «dignità umana» non vi è traccia nel dibattito del GGE. Qui la stessa Clausola Martens non ha occupato la scena se non come comparsa fugace, citata – talora quasi come orpello retorico – da diversi paesi occidentali, nonché – questa volta con maggior determinazione – dal NAM (soprattutto Panama e Cile). Volendo riassumere in poche battute, si potrebbe dire che si sia

290 Interventi

dato come per scontato l'impiego, in un futuro più o meno prossimo, dei LAWS, e si sia quindi indirizzata la discussione sulla **compatibilità** di tale tecnologia con il diritto internazionale umanitario **a valle**, cioè a partire dalle norme che regolano la scelta di mezzi e metodi di guerra e il processo di *targeting* (ecco spiegato il notevole apprezzamento della norma relativa alla *legal review* delle nuove armi); **non** ci si è invece domandati (se non grazie a qualche *Panelist*, tra cui il già citato Lambert, e alcune Delegazioni, tra cui spicca, per chiarezza e coerenza di posizione, quella della Santa Sede), **a monte**, se il solo fatto di affidare a una macchina decisioni letali non sia problematico dal punto di vista del rispetto profondo di quel ramo del diritto (e di altri, e forse di *tutto* il diritto): ecco spiegata, invece, la tiepida accoglienza nei confronti del concetto di «controllo umano» e il ruolo del tutto marginale del principio di umanità.

Forse quest'ultima questione non rientrava nel mandato di lavoro del GGE? Se così fosse, apparirebbe davvero provvidenziale che, nelle [Conclusioni](#) del GGE (cfr. § 16 lett. a), si sia riconosciuto che tale organismo è solo «una» delle cornici in cui trattare la questione, lasciando naturalmente aperta la discussione in altre sedi. **Su altri palcoscenici**, dove forse questioni tanto decisive potranno guadagnare il centro della scena.

12 gennaio 2018

Criminalizzazione delle lotte per
la legalità internazionale: il caso
del movimento «Boicottaggio,
disinvestimento e sanzioni»
(anche alla luce della recente
risoluzione 2334 del Consiglio di
Sicurezza)

LUIGI DANIELE (*)

Nelle scorse settimane ha suscitato grande attenzione e dibattito l'approvazione, da parte del Consiglio di Sicurezza (CdS) delle Nazioni Unite, della [risoluzione](#) 2334 del 2016, che ha ribadito con nettezza l'**illegalità internazionale degli insediamenti israeliani** nel Territorio Palestinese occupato dal 1967, inclusa Gerusalemme Est. E' passato quasi inosservato, invece, un importante [appello](#) sottoscritto, proprio alla vigilia del voto del CdS, da più di 200 giuristi e docenti di diritto internazionale contro i provvedimenti adottati da diversi Stati

(*) Nottingham Trent University e Università di Napoli Federico II.

per **sanzionare**, ed in alcuni casi **criminalizzare**, il movimento “**Boicottaggio, Disinvestimento e Sanzioni**” (BDS), da anni impegnato nel promuovere scelte di consumo critico dei cittadini e di non collaborazione economica di istituzioni nazionali e locali con aziende ed enti implicati nell’occupazione israeliana della Cisgiordania e nelle pratiche che violano i diritti umani dei Palestinesi.

In uno dei passaggi decisivi dell'appello citato si dichiara: «il fatto che si approvino o meno gli obiettivi o i metodi di BDS non è il tema principale. La questione è se, al fine di proteggere Israele, debba essere limitata la libertà di espressione che occupa una posizione chiave tra i diritti umani fondamentali. Gli Stati che vietano il BDS stanno minando questo diritto umano fondamentale e minacciano la credibilità dei diritti umani».

Le vicende su cui il documento insiste presentano, dunque, diversi profili di interesse. Esse incrociano, infatti, almeno due **piani critici** del discorso internazionalistico: da un lato, il crescente dibattito - anche giurisprudenziale - relativo a contenuto e limiti del diritto alla **libertà di espressione**, così come sancito nelle Carte internazionali dei diritti dell’uomo; dall’altro, il confronto sempre più serrato in dottrina su orizzonti e contraddizioni dei movimenti per i **diritti umani** del mondo, sul tramonto del **potenziale emancipatore** di questi diritti e sull'emersione di un loro “**lato oscuro**” in grado di mutarne, e persino capovolgerne, la funzione.

Questa riflessione si propone di svolgere qualche osservazione in merito a tali piani critici, partendo dalle istanze della campagna BDS e dalle iniziative legislative per vietarla ed osservando, in controluce, il conflitto israelo-palestinese dal punto di vista della legalità internazionale e delle relative violazioni, così come ricostruite dalla risoluzione 2334.

La risonanza della campagna BDS nel mondo ha spinto il Governo israeliano, negli ultimi anni, su posizioni politiche molto aggressive nei confronti del movimento stesso, inclusa l'apertura a strategie di contrasto che hanno suscitato le proteste di diverse organizzazioni per i diritti umani. Già nel luglio del 2011 la Knesset aveva approvato il *Bill for Prevention of Damage to the State of Israel Through Boycott*, che (a seguito di emendamenti che avevano modificato le norme della legge inizialmente intese alla creazione di una fattispecie di reato) sanzionava la promozione del boicottaggio come illecito civile, imponendo a singoli ed organizzazioni responsabili di tale illecito severe sanzioni e obblighi di risarcimento, anche indipendentemente da un effettivo danno economico causato (cd. *exemplary damages*). La legge suscitò le [proteste](#) di diverse ONG israeliane per i diritti civili e spinse organizzazioni come Human Rights Watch a parlare, già allora, di legge di «[repressione dell'espressione](#)». La radicalità del **contrasto** al movimento BDS è poi andata via via crescendo, sia nell'intensità, che nel tipo di argomentazioni utilizzate. A riprova di ciò basti pensare che, a marzo dello scorso anno, il Ministro israeliano con delega all'intelligence, Yisrael Katz, ha parlato apertamente della necessità di «[eliminazioni civili mirate](#)» in relazione ai leader del movimento BDS, tanto da spingere Amnesty International ad emettere un duro [comunicato](#) in cui si leggeva nell'espressione del Ministro un'allusione ad omicidi mirati («*The term alludes to "targeted assassinations" which is used to describe Israel's policy of targeting members of Palestinian armed groups*») e si chiedeva al Governo di Israele di «cessare le intimidazioni contro i difensori dei diritti umani» e di «proteggerli dagli attacchi». Non solo. Secondo diverse [testate](#) nazionali, nel 2015 il Governo israeliano (a sostegno di quella che alcuni commentatori hanno definito una «[dichiarazione di guerra](#)»

294 Interventi

contro la campagna) ha stanziato circa 100 milioni di Shekel (26 milioni di Euro) per attività interne ed internazionali di contrasto al movimento.

Va notato che le iniziative di BDS hanno condotto a diversi sviluppi salutati dagli attivisti della campagna come successi. Tra i più recenti, ad esempio, la [vendita](#) della maggior parte dei propri rami d'attività in Israele da parte della società inglese di servizi di sicurezza 'G4S', [presa di mira](#) a causa della fornitura di servizi, equipaggiamento e tecnologie per prigionieri militari, *checkpoint* ed insediamenti israeliani in Cisgiordania, o ancora il [ritiro](#) del gigante delle telecomunicazioni francesi Orange dalle attività in Israele, a detta di molti [dovuto](#) alle mobilitazioni per il relativo boicottaggio moltiplicatesi in altri paesi, soprattutto a seguito della pubblicazione di un [rapporto](#) (a firma di diverse ONG e della stessa *Confédération générale du travail*) sulle implicazioni della compagnia nell'infrastruttura dell'occupazione.

I rapporti di questo tipo ad opera di organizzazioni per i diritti umani sono numerosi. Tali documenti risultano accomunati dal riferimento costante ai [Principi Guida](#) delle Nazioni Unite su Impresa e Diritti Umani (recepiti anche in Italia dal [Piano di Azione Nazionale](#) predisposto dal Comitato interministeriale per i diritti umani), inserendosi quindi in un quadro generale di politiche istituzionali volte alla responsabilizzazione delle imprese per le violazioni del diritto internazionale ovunque esse siano commesse e da qualsiasi attore. In questo quadro generale, tuttavia, nessuna mobilitazione ha suscitato tensioni paragonabili a quelle incentrate su BDS.

Rimane quindi da chiarire quali siano i propositi specifici delle iniziative per il boicottaggio di cui si discute. Significativo, a riguardo, è uno degli appelli **costitutivi della campagna**,

sottoscritto nel 2005 da centinaia di organizzazioni palestinesi di diversa ispirazione, dal titolo «Appello della Società Civile Palestinese al boicottaggio, al ritiro degli investimenti e all'applicazione di sanzioni contro lo stato di Israele fino a quando non rispetterà *il Diritto Internazionale ed i Principi Universali dei Diritti dell'Uomo*» (disponibile [qui](#); corsivo aggiunto). Nel testo dell'appello si legge la richiesta di realizzare iniziative di disinvestimento contro Israele «simili a quelle applicate al Sud Africa nel periodo dell'*apartheid*», al fine di «porre termine alla occupazione e alla colonizzazione di tutte le terre arabe e smantella[re] il Muro», di «riconosce[re] i diritti fondamentali dei cittadini Arabo-Palestinesi di Israele alla piena uguaglianza» e di promuovere il diritto al ritorno dei profughi palestinesi «come stabilito nella risoluzione 194 dell'ONU». Tale richiesta, rivolta significativamente anche agli «israeliani di buona volontà, nell'interesse della giustizia e di una pace effettiva», viene apertamente qualificata dai redattori come strumento di *extrema ratio*, poiché, secondo gli stessi, «tutte le forme di intervento internazionale e di *peace-making* hanno fino ad ora fallito nel far rispettare le leggi umanitarie, i diritti umani fondamentali e a porre termine alla occupazione e all'oppressione del popolo palestinese».

A fronte di tali esplicite premesse, appaiono privi di forza persuasiva gli argomenti contro BDS incentrati sulle accuse di razzismo e di antisemitismo rivolte di frequente alla campagna da diversi commentatori (v., tra gli altri, [Hirsh](#)).

Ma, soprattutto, per ciò che più rileva ai fini di questa riflessione, appare doveroso constatare che (indipendentemente da quanto soggettivamente si condividano o si dissenta dalle istanze da ultimo analizzate) l' «**ordine del discorso**» del **diritto internazionale**, insieme alle parole d'ordine dell'**autodeterminazione**, della tutela dei **diritti dell'uomo**,

296 Interventi

della **non discriminazione** e della **pace**, costituiscono il principale ancoraggio delle rivendicazioni della campagna.

Questo rilievo risulta particolarmente evidente ed attuale proprio in virtù della **risoluzione 2334**, il cui contenuto appare evidenziare quanto le istanze del movimento BDS riproducano, sul piano della mobilitazione civica, i moniti istituzionali contro le violazioni della legalità internazionale reiterate nel conflitto mediorientale.

La risoluzione, infatti, esprime ferma **condanna** circa la costruzione e l'espansione degli insediamenti e le correlate «confische, demolizioni di abitazioni e rimozioni (*displacement*)» di civili Palestinesi susseguitesesi negli anni. Il Consiglio di Sicurezza (CdS), dunque, è tornato a sottolineare la «**insostenibilità** dello *status quo*» nell'occupazione della Cisgiordania, poiché ritenuto funzionale ad una costante ed indebita «erosione» della possibilità di risolvere il conflitto sulla base della formula dei due Stati. Nella risoluzione si chiede inoltre ai paesi terzi di «**distinguere**, in tutti i rilevanti rapporti, tra i territori dello Stato di Israele e i territori occupati a partire dal 1967» e, soprattutto, si riafferma l'obbligazione in capo ad Israele di **smantellare** gli insediamenti «costruiti a partire dal marzo 2001».

Le dure reazioni da parte israeliana non hanno tardato a manifestarsi: l'ambasciatore di Israele all'ONU ha [dichiarato](#) ufficialmente che il documento «si aggiunge alla lunga e vergognosa lista di risoluzioni anti-Israele delle Nazioni Unite»; il Primo Ministro israeliano ha [definito](#) il voto una inaccettabile «imboscata ai danni di Israele», la cui responsabilità [graverebbe](#) sull'amministrazione Obama (gli Stati Uniti, come noto, nel voto al CdS si sono astenuti, rinunciando ad esercitare il proprio diritto di veto). Le accuse di ostilità rivolte

all'amministrazione statunitense, tuttavia, dimenticano che, solo pochi mesi prima, quest'ultima aveva approvato proprio a favore di Israele il più grande piano di [aiuti militari](#) che gli Stati Uniti avessero mai concesso ad uno Stato alleato (circa 38 miliardi di dollari) nella propria storia. Intanto, a dispetto dei moniti della risoluzione 2334, la Municipalità di Gerusalemme, tramite propri funzionari, poche ore dopo il voto ha [confermato](#) l'intento di approvare a breve la costruzione di **5.600 nuove unità abitative** situate in Territorio occupato. Non sorprende, in realtà, la linea del Governo israeliano di collisione politica frontale con la comunità internazionale, considerato quanto già [dichiarato](#) a settembre da Netanyahu nel corso della settantunesima sessione dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite, in cui, tra l'altro, definì il Consiglio dei Diritti Umani «una presa in giro» («*And what about the joke called UN Human Rights Council [...] ?*»).

La risoluzione, tuttavia, nonostante le reazioni del Governo israeliano, costituisce per lo più un **consolidamento** degli orientamenti già espressi a più riprese in precedenza da diverse istituzioni internazionali.

Per una breve ricostruzione dei termini giuridico-internazionalistici della questione dell'**occupazione israeliana**, vale la pena ricordare che è la stessa *International Court of Justice* (ICJ), nella nota *Advisory Opinion* sulle conseguenze legali della costruzione del muro nel Territorio Palestinese occupato, ad essersi [espressa](#) nel senso dell'illegalità internazionale degli insediamenti israeliani in Cisgiordania, precisando che essi violano le prescrizioni dell'[art. 49, VI cpv.](#) della Quarta Convenzione di Ginevra del 1949, che vieta alla potenza occupante di «trasferire parte della propria popolazione civile in territorio occupato»; un divieto, inoltre, che tra le **fonti** del diritto internazionale umanitario risulta

298 Interventi

dotato di particolare **forza**, poiché: 1) ritenuto di rango [consuetudinario](#) e 2) qualificato come *grave breach* del sistema di protezione delle Convenzioni (nello specifico, dall'[art. 85, par. 4, lett. a](#) del Primo Protocollo Addizionale alle Convenzioni del 1977, articolo poi utilizzato quale modello redazionale delle fattispecie di crimini di guerra dello Statuto di Roma della Corte Penale Internazionale, che, infatti, tipizza la condotta in esame all'[art. 8\(2\)\(b\)\(viii\)](#)).

La recente risoluzione 2334, in altre parole, non fa altro che ribadire numerose affermazioni precedenti del Consiglio di Sicurezza (a partire dalle Risoluzioni [446](#) e [452](#) del 1979 e confermate a più riprese), e della stessa Corte nella citata *Advisory Opinion* ([par. 120](#)), quando dichiara che **la politica degli insediamenti** di Israele «**non ha valore legale**» e costituisce una «**flagrante violazione**» della Quarta Convenzione di Ginevra. Anche la Quarta Convenzione dell'Aia del 1907, in realtà, detta prescrizioni rilevanti per la situazione in esame. Nei Regolamenti sulle leggi e le consuetudini della guerra terrestre annessi alla Convenzione, infatti, all'[art. 55](#), si stabilisce che «Lo Stato occupante va considerato esclusivamente quale *amministratore ed usufruttuario* [corsivo aggiunto] degli edifici pubblici, degli immobili, delle foreste e dei terreni appartenenti allo Stato ostile e che si trovino in territorio occupato»; è inoltre sancito che «il capitale di tali proprietà va salvaguardato, ed esse vanno amministrate in ossequio ai principi dell'usufrutto». Chiaramente il diritto dei conflitti armati non è più quello del 1907, ma secondo diverse ricostruzioni assai più recenti e dedicate specificamente al diritto dell'occupazione, vi sono solo due condizioni (discendenti dalla citata disposizione) che giustificano l'esercizio di attività economiche in territorio occupato da parte della potenza occupante, e cioè: 1) la presenza di imperanti

ragioni di necessità militare e 2) il beneficio per la popolazione dello Stato sotto occupazione (v., tra gli altri, [Arahi Takahashi](#), p.169). Mentre anche a livello domestico la giurisprudenza israeliana ha richiamato in diversi casi questi principi (v. gli orientamenti della Corte Suprema di Israele nei casi [Beth El](#) [*Ayub et al. v. Minister of Defense et al.*, HCJ 610/78] ed [Elon Moreh and Cooperative Society](#) [*Duweikat et al. v. Government of Israel et al.*, HCJ 390/79]), le condizioni menzionate non sembrano sussistere nel caso degli insediamenti in questione. A testimonianza del contrario, si noti che proprio in questi giorni la Knesset discute il cd. *Regulations Bill*, controversa legge che, se approvata, a detta di diversi internazionalisti israeliani, legalizzerebbe retroattivamente (ovviamente nella sola prospettiva dell'ordinamento domestico) la situazione di migliaia di edifici costruiti in violazione dei suddetti principi ed insistenti su proprietà private palestinesi oggetto di espropriazioni illegali (v. [Ronen](#) e [Shani](#)).

Gli effetti dell'occupazione israeliana, inoltre, collidono con diversi principi discendenti dallo Statuto delle Nazioni Unite. Il diritto all'autodeterminazione del popolo palestinese, infatti, ripetutamente riconosciuto a livello internazionale (v. ancora il Parere Consultivo dell'*ICJ*, cit., [par. 149](#)), non può che risultare gravemente leso dal protrarsi dell'occupazione, dalla crescita e dalla moltiplicazione degli insediamenti stessi (v., tra gli altri, [Ben-Naftali](#), [Gross](#) e [Michaeli](#)). Similmente, sul piano delle violazioni dei diritti dell'uomo, l'utilizzo di concetti come 'apartheid' e 'segregazione' non appare liquidabile come arbitrio della campagna BDS, poiché diverse prassi di legislazioni e trattamenti differenziali riscontrabili nello scenario del conflitto rivelano ampi margini di sussunzione alle definizioni giuridiche dei due fenomeni (in particolare sulla base degli elementi forniti dalla [Convenzione](#)

300 Interventi

per la soppressione e la punizione del crimine di Apartheid del 1973 e dalla [Convenzione](#) per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale del 1965). Fenomeni che, infatti, sono stati analizzati in riferimento specifico alla situazione palestinese da numerosi ed autorevoli giuristi, spingendo molti a sostenere che «*there are indeed strong grounds to conclude that a system of apartheid has developed in the occupied Palestinian territory*» ([Dugard e Reynolds](#), p. 912).

A ben vedere, non mancano le analisi giuridiche che, ancor più categoricamente della campagna BDS, hanno sostenuto, sulla base di tutti gli elementi richiamati, l'esistenza non solo di una facoltà, ma di un vero e proprio **obbligo internazionale** a carico degli Stati terzi di **non commerciabilità** di prodotti degli insediamenti israeliani in Territorio Palestinese occupato (v. Moerenhout [qui](#) e [qui](#); *contra*, v. [Kantorovich](#) e [Crawford](#)). Uno dei nodi più controversi di questo dibattito è l'esistenza, o meno, di obblighi di **non riconoscimento** *self-executing* (da cui discenderebbe il dovere di non intrattenere rapporti commerciali) da parte di Stati terzi rispetto ad occupazioni e annessioni che violino i principi di non aggressione e di integrità territoriale degli Stati. Legittimo, a riguardo, il paragone col caso dell'annessione della Crimea da parte della Federazione Russa, cui il Consiglio d'Europa rispose con la proibizione delle importazioni dalla regione e da Sebastopoli (v. le [conclusioni](#) del Consiglio del marzo 2014). La questione rimane controversa (v. [Milano](#)), tuttavia, registrandosi un dibattito così aperto ed impegnativo in proposito, non può che risultare sorprendente l'insieme di provvedimenti di cui, come si vedrà, il movimento BDS è stato destinatario in diversi Paesi.

Significativamente, il fatto che le istanze di fondo della campagna riecheggino norme convenzionali, risoluzioni dell'Assemblea Generale delle Nazioni Unite e del Consiglio di

Sicurezza, nonché importanti pronunce della Corte Internazionale di Giustizia, non solo non ha ostacolato, nel dibattito politico, la tendenza a ricondurre questa forma pacifica di mobilitazione (intesa a influire sulle scelte politico-militari di un Governo) ad una discriminazione razziale su base etnica o nazionale, ma non è valsa nemmeno ad arginare le iniziative legislative volte ad imporre questa discutibile visione *juris et de jure*.

Negli ultimi anni, infatti, ed in molti stati, le **iniziative contro BDS** sono culminate in **provvedimenti legislativi di contrasto** di varia natura. Da essi prendono le mosse sia l'appello citato in apertura, sia le posizioni espresse da diversi governi e istituzioni internazionali, inclusa l'[Unione Europea](#), che vedono nella campagna una forma legittima di esercizio del fondamentale diritto umano alla libera espressione, come tale non comprimibile o sanzionabile. Gli interventi in senso contrario, tuttavia, sono troppo numerosi e differenziati per poter essere esaurientemente esaminati in questa sede. Qualche esempio, però, può offrire degli elementi di ricostruzione dello scenario.

Negli **Stati Uniti**, i provvedimenti in questione hanno assunto per lo più la forma di leggi adottate dai singoli Stati per vietare collaborazioni commerciali, o imporre l'esclusione dalle gare pubbliche, delle compagnie che aderiscono a boicottaggi nei confronti di stati non colpiti da embarghi o sanzioni. Particolarmente esplicita, tra le altre, la legislazione adottata dall'Illinois, che ha imposto la stesura di una [blacklist di compagnie](#) che aderiscono al boicottaggio di Israele e ha vietato al fondo pensioni dello Stato di concludervi contratti o investirvi. Tali compagnie vengono identificate sulla base di azioni «politicamente motivate e che sono dirette a penalizzare, causare un danno economico o limitare in altro modo le relazioni commerciali con lo Stato di Israele» (v. il relativo

302 Interventi

emendamento al [Pension Code](#) adottato dall'Assemblea Generale dell'Illinois). In numerosi Stati, inoltre, risultano approvate o in discussione leggi simili a quella menzionata (v. il [commento](#) apparso sulla *Harvard Law Review* relativo alla legislazione adottata in *South Carolina*).

Nel **Regno Unito**, hanno fatto discutere le [linee guida](#) pubblicate dal Governo a febbraio (con l'intento [dichiarato](#) di contrastare la campagna BDS) sul *public procurement*, in cui sostanzialmente si impone alle istituzioni locali, ad enti pubblici e a gestori di servizi di pubblico interesse di escludere dai propri rapporti aziende aderenti a campagne di boicottaggio, al di fuori dei casi in cui il Governo stesso abbia adottato «formali sanzioni giuridiche, embarghi o altre restrizioni». Allo stesso tempo, a giugno, la *High Court of Justice* ha [respinto](#) il [ricorso](#) di *Jewish Human Rights Watch* contro le mozioni di alcuni Consigli cittadini (Leicester, Swansea e Gwynned) che avevano aderito al boicottaggio dei beni prodotti negli insediamenti israeliani.

In **Canada**, il Parlamento ha approvato a febbraio una [mozione](#) che dichiara di «respingere» la campagna, che - secondo il testo - «promuove la demonizzazione e la delegittimazione dello Stato di Israele», e chiede al Governo di «condannare ogni tentativo da parte di organizzazioni, gruppi o singoli canadesi di promuovere il movimento BDS». Non sono mancate, inoltre, le [voci](#) a sostegno della riconduzione delle ipotesi di adesione o promozione della campagna a fattispecie di *hate speech*.

In **Francia** il panorama legislativo e giurisprudenziale appare particolarmente rilevante ai fini di questa riflessione. La patria di *Charlie Hebdo* si è candidata ad essere l'unico Stato, oltre ad Israele stesso, a sanzionare autonomamente gli appelli dei cittadini a non comprare prodotti israeliani. L'[art. 225-2, II co.](#) del Codice penale francese, infatti, punisce con la reclusione

fino a tre anni le condotte di chi, sulla base di una discriminazione o di una istigazione alla discriminazione in virtù dell'origine o dell'appartenenza ad un gruppo nazionale, ostacoli «l'esercizio di qualsiasi attività economica». Uno dei casi più discussi dalla dottrina francese, tuttavia, è emerso da incriminazioni formulate sulla base di norme diverse rispetto al citato articolo del *Code pénal*. Nell'ottobre 2015, infatti, la sezione penale della *Cour de Cassation*, confermando la condanna inflitta e l'incriminazione formulata dalla Corte d'appello di Colmar nei confronti di attivisti che avevano distribuito volantini contenenti appelli al boicottaggio di Israele in un supermercato, ha ritenuto che nel caso di specie la Corte d'appello avesse a buon diritto applicato estensivamente [l'art. 24 par. 8](#), come modificato nel 2014, della [Legge](#) sulla libertà di stampa del 1881, che punisce le fattispecie di istigazione pubblica alla discriminazione, che avesse, altresì, giustamente escluso tali condotte dall'alveo di protezione del diritto alla libertà di espressione di cui all'[art. 10](#) della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo. La suprema Corte ha precisato che gli imputati, attraverso la loro azione, avevano istigato a discriminare i prodotti provenienti da Israele, incitando i clienti a non comprarli in ragione dell'origine nazionale della merce, dei produttori e dei fornitori, e che in questa cornice la compressione della libertà di espressione risultava necessaria in virtù della protezione dei diritti altrui, come previsto dall'art. 10, co.2 della CEDU (Cass. Crim., 20 ottobre 2015, n° 1480021, disponibile [qui](#)). È stato oggetto di numerose critiche, in merito, (v., tra gli altri, [Médard](#)) il fatto che la Cassazione francese abbia ommesso di chiarire in cosa la “provocazione” al boicottaggio sarebbe stata caratterizzata da moventi razzisti o xenofobi penalmente rilevanti.

Anche in **Italia** risulta proposto all'esame del Senato un [disegno di legge](#) che appare tra i più illiberali che si riscontrino

304 Interventi

nel panorama internazionale cui si è fatto cenno e che presenta, da un punto di vista penalistico e costituzionalmente orientato, diversi profili di allarme. Si tratta di una iniziativa tesa a innovare l'impianto della l. 654 del 1975 (legge di ratifica della citata Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale), come modificato dalla legge 205 del 1993 (cd. "Legge Mancino"), introducendo nuove fattispecie di reato i cui contorni risultano concepiti proprio per attribuire rilevanza penale all'adesione alla campagna BDS (non si tratta di una deduzione, ma delle affermazioni contenute nella stessa [relazione introduttiva](#) dei proponenti). Il Ddl propone di punire «con la reclusione da sei mesi a quattro anni chiunque incita a commettere o commette atti di discriminazione» nei confronti di persona fisica o giuridica, «in ragione dell'appartenenza» non solo ad un gruppo «nazionale, etnico, razziale o religioso», ma anche «territoriale» o «statuale» (termini, questi ultimi, che non compaiono tra quelli già presenti nella legge Mancino), laddove operata da chi eserciti «un potere, di fatto o di diritto, il cui esercizio è idoneo ad arrecare un danno ingiusto». Costituisce *sempre* danno ingiusto, ai fini della proposta in esame, « a) il rifiuto della fornitura di un bene o di un servizio da parte di colui che svolge attività commerciale aperta al pubblico [...]; b) *l'intralcio dell'esercizio di qualsiasi attività economica* » (corsivo aggiunto). Ricalcando, su queste basi, la legge Mancino, che vieta «ogni organizzazione, associazione, movimento o gruppo» avente tra i propri scopi l'incitamento alla discriminazione, e che punisce anche la mera «partecipazione o assistenza» a tali gruppi con la reclusione da sei mesi a tre anni, si propone poi un significativo aumento del minimo edittale della pena per coloro che «promuovono o dirigono» tali movimenti o gruppi, puniti «per ciò solo» con la *reclusione da tre a sei anni*. I profili di grave indeterminatezza e irrazionalità delle norme proposte sono numerosi e in collisione con diversi principi della Costituzione,

tanto da suscitare profondi dubbi sulla legittimità costituzionale della legge che risulterebbe dall'approvazione di tale disegno.

Simili istanze di criminalizzazione, basate sull'espansione delle fattispecie di istigazione alla discriminazione razziale e all'antisemitismo, rivelano, a ben vedere, diversi e gravi **pericoli**. Su tutti, e particolarmente stridente con le retoriche delle forze promotrici di tali istanze, quello di generare la **potenziale incriminazione degli stessi cittadini e gruppi che si dichiara di voler proteggere da discriminazioni**: si pensi ai numerosi casi di [commentatori](#) convintamente sionisti, di [organizzazioni ebraiche](#) e persino di [sopravvissuti](#) agli orrori dell'Olocausto dichiaratisi, negli ultimi anni, a favore della campagna di boicottaggio di Israele.

I paradossi di questo scenario, tuttavia, risultano più generali e complessi. Sulla base delle leggi e delle proposte di legge cui si è fatto cenno da ultimo, infatti, la Convenzione per l'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale diventa indirettamente fonte di criminalizzazione proprio dei soggetti che ne chiedono attivamente il rispetto. Sono proprio le leggi di ratifica della Convenzione, infatti, ad essere modificate per punire le espressioni di una campagna dichiaratamente finalizzata a riaffermare la cogenza dei diritti in essa sanciti.

In altre parole, una perfetta rappresentazione dei nodi critici accennati in apertura, capace di rivelare un preciso punto di ricaduta della possibilità di mettere *fuori legge* e **reprimere**, a livello statale, **non le violazioni** del diritto internazionale, ma piuttosto le **lotte** per la sua affermazione e **per la legalità internazionale**.

Difficile riscontrare, dunque, esempio meglio situato al centro

306 Interventi

di quel *lato oscuro dei diritti dell'uomo* rivelato dalle crescenti istanze repressive che troppo spesso assumono il **diritto penale** quale principale strumento a garanzia dell'effettività di questi diritti, ignare della dimensione, al contrario, potenzialmente “sovversiva” (v. [Manacorda](#), p.338) rispetto alla tutela dei diritti fondamentali che l'espansione dei sistemi penali e l'orientarsi delle politiche criminali degli Stati a finalità meramente simboliche portano con sé come rischio tutt'altro che remoto (v. [Moccia](#), pp. 123 ss).

Non solo. È difficile trovare esempio più appropriato per descrivere l'intersezione tra questo “lato oscuro” e quella trasformazione del *linguaggio* dei **diritti umani** in κοινή del mondo che più si espande, più sembra perdere profondità ed effettività.

Un linguaggio che progressivamente sussume, e di cui progressivamente si appropriano, i più diversi attori e poteri dello scenario globale, siano essi dominanti o dominati, colonizzatori o colonizzati, egemoni o subalterni, liberali o autoritari. “Ascesa e caduta” dei diritti umani, da questo punto di vista, sembrano destinate a coesistere, ad alternarsi costantemente e persino a coincidere, in una sorta di moto perpetuo di neutralizzazioni e capovolgimenti delle rispettive funzioni di protezione degli individui, in generale, e dei soggetti vulnerabili, in particolare. «Più aumenta il raggio di luce di cui i diritti umani si fanno portatori - si è efficacemente notato - più emerge il cono di ombra, il loro lato oscuro» (v. [Meccharelli, Palchetti e Sotis](#)).

I diritti umani tendono all'universale, ma l'universalismo porta con sé le spinte alla **de-politicizzazione** e alla rimozione delle dinamiche conflittuali da cui quei diritti sono emersi, **astruendo** progressivamente *l'umano* delle Convenzioni dal campo di

tensioni in cui è invece inserito *l'uomo* come soggetto storico e politico. Più si provano ad espandere le implicazioni universalistiche di questi diritti e la loro presunta “neutralità”, più si generalizza la tendenza alla trasformazione del linguaggio dei diritti umani in un caleidoscopio di traduzioni e rivendicazioni volte ad “universalizzare” interessi particolari, in cui - a seconda di chi in un dato contesto operi quale “traduttore” - i concetti di **abuso, colpevole e vittima** risultano drammaticamente **intercambiabili** (v. [Gordon e Perugini](#)).

Lo stesso fenomeno sembra insistere sempre più anche sul **diritto dei conflitti armati**. Se, da un lato, simile processo è connaturale alla storia e alla struttura del diritto internazionale umanitario (la cui applicazione è fondata su una tendenziale irrilevanza dei propositi politici dei belligeranti e sul principio di non reciprocità), dall'altro basta pensare alla situazione del conflitto siriano per riscontrare quanto tale processo di capovolgimenti e neutralizzazioni abbia raggiunto una sorta di apoteosi anomica, che satura i **discorsi sulla protezione dei civili** in tempo di guerra e li riduce a **dispositivo retorico** di produzione delle opposte rivendicazioni, da parte dei poteri in conflitto, di **funzioni “universali”** (guerra al terrorismo, guerra umanitaria, etc.) alla base delle proprie **azioni militari**, quasi sempre al fine di giustificarne il relativo **carattere indiscriminato**.

Cui prodest, dunque, la scelta di utilizzo di questa *lingua franca*? Esistono soggetti collettivi, che non siano gli Stati, né i poteri transnazionali dominanti, in grado di restituire a questo linguaggio una funzione storica **progressiva**? Di «fine» o «tramonto» dei diritti dell'uomo e del relativo potenziale emancipatore si parla sempre di più (v., tra gli altri, [Hopgood](#) e [Posner](#)). Particolarmente significativo, in merito, è il punto di vista di chi ha sottolineato che, nell'era del

neoliberismo, sfugge al linguaggio dei diritti umani, neutralizzandone la performatività, la possibilità di assumere la centralità dell'**uguaglianza** quale fattore cruciale di trasformazione della realtà. «Anche perfettamente realizzati – si è detto – i diritti umani sono compatibili con la disuguaglianza radicale» (v. Moyn [qui](#) e [qui](#)). Sembra, tuttavia, che proprio il cortocircuito prodotto da campagne del tipo di BDS, e il cui senso può estendersi a tutte le forme di lotte per i diritti basate su appelli al consumo critico e al boicottaggio, sia testimonianza di una possibilità. Ed infatti, se, da un lato, può sottoscrivere quanto dichiarato dall'appello alla base di questa riflessione, e cioè che questo tipo di campagne rappresentano un esercizio del fondamentale diritto alla libera espressione, alla manifestazione del pensiero e delle convinzioni politiche, dall'altro, tale inquadramento non sembra cogliere un aspetto dirimente: il cortocircuito anti-egemonico che queste mobilitazioni dimostrano di essere in grado di innescare, pur servendosi dello stesso “[idioma dell'egemone](#)”, sembra principalmente connesso alla capacità di andare oltre la dimensione esclusivamente individuale e la mera espressione, trasformando quella *lingua franca* dei diritti umani in una piattaforma di **azione collettiva**, capace di organizzare una conflittualità diffusa sia contro il godimento radicalmente diseguale di questi diritti sulla base della cittadinanza, sia contro la profonda e persistente selettività sulla base dei rapporti di forza internazionali che ne caratterizza i meccanismi sanzionatori delle gravi violazioni.

Tornano attuali, in questo senso, le analisi e le proposte dei giuristi che hanno provato ad attualizzare, riconducendole allo scenario internazionale, le indicazioni del pensiero e della teoria dell'**egemonia** di Antonio Gramsci. Alcuni tra essi (rileggendo le pagine gramsciane in cui si riflette sulle concezioni dell'elemento economico applicate alla scienza

storica e all'arte politica, v. Quaderno 7 (VII) § 10) hanno sottolineato la centralità non solo tattica, ma anche strategica, di movimenti per il consumo critico e il boicottaggio nell'orizzonte della tutela e della promozione dei diritti dell'uomo nel mondo, all'interno di una prospettiva intesa ad incoraggiare le potenzialità di un sforzo emancipatore per un teoria del diritto internazionale "dal basso", che concepisca gli Stati «come un terreno plurale e frammentato di contestazione, piuttosto che come un monolite», registrando che «il diritto internazionale e le sue istituzioni forniscono una importante arena», oltre che per le forze transnazionali *dominanti* di quelle avversarie, in quanto anche *dirigenti* di quelle alleate, anche «per l'azione di movimenti sociali» di ispirazione progressista, poiché tale diritto e tali istituzioni «espandono lo spazio per politiche trasformative» ([Rajagopal](#), pp. 19 e 23) incentrate sul nesso tra pace, libertà e giustizia sociale. Non è questo, del resto, uno dei tratti costitutivi del processo storico di affermazione e codificazione di questi diritti? Non a caso, in controtendenza rispetto ai molti lavori dedicati alla centralità delle visioni coloniali ed euro-centriche nell'ascesa del diritto internazionale moderno, diversi studiosi tornano a segnalare l'importanza della opposta *Weltanschauung* della decolonizzazione - tramite l'opera di politici, giuristi e diplomatici del *Global South* - nell'aver offerto contributi decisivi all'agenda dei diritti umani tra il 1948 e la metà degli anni '60 (v., tra gli altri, Jensen, [qui](#) e, in sintesi, [qui](#)).

In conclusione, dunque, può dirsi che campagne del tipo di BDS - la cui tutela come legittimo esercizio della libertà di espressione, di manifestazione del pensiero e delle convinzioni politiche dovrebbe essere patrimonio comune di ogni giurista, legislatore e cittadino sensibile ai dettami dello Stato di diritto - ben oltre il merito delle rispettive e specifiche istanze, sembrano aver formulato delle prospettive di pratica politico-

310 Interventi

civile dei diritti umani capaci di delinearne nuovi orizzonti di senso, utili a chi volesse far “camminare” questi diritti, nel loro rapporto dialettico con i poteri internazionali, “sui piedi, anziché sulla testa”.

10 gennaio 2017

Le misure USA per la protezione dei mercati nazionali dell'acciaio e dell'alluminio: un nuovo capitolo della crisi dell'Organizzazione mondiale del commercio?

GIOVANNA ADINOLFI (*)

1. La nuova politica commerciale americana: una sovrapposizione tra azioni unilaterali, bilaterali e multilaterali

La recente guerra commerciale tra la Cina e gli Stati Uniti prende le mosse dalla decisione di questi ultimi di ricorrere, per ragioni di sicurezza nazionale, a un aumento del 25% e del 10% dei dazi doganali applicati alle importazioni di taluni prodotti, rispettivamente, dell'[acciaio](#) e dell'[alluminio](#). Prefigurate in [due rapporti](#) del Dipartimento del Commercio del gennaio di quest'anno ed entrate in vigore il successivo 23 marzo, queste misure non colpiscono il Canada e il Messico,

(*) Università di Milano.

312 Interventi

secondo quanto previsto dai proclami del Presidente Donald Trump dell'8 marzo 2018, oltre ad Argentina, Australia, Brasile, Corea del Sud e Unione europea, in base alle intese con loro raggiunte in un momento successivo.

Già all'indomani dei proclami presidenziali, diversi partner commerciali degli Stati Uniti avevano risposto duramente, come l'[Unione europea](#) e il [Giappone](#). La reazione cinese è stata particolarmente forte: essa ha in primo luogo [contestato](#) la natura delle misure americane in seno all'Organizzazione mondiale del commercio, le quali non costituirebbero restrizioni fondate su motivi di sicurezza nazionale, legittimate in linea di principio dall'art. XXI del [GATT 1994](#), bensì misure di salvaguardia, la cui disciplina è contenuta nell'art. XIX GATT 1994 e nel relativo [Accordo ad hoc](#). Sulla base di quest'ultimo, allegando una violazione del diritto rilevante, la Cina ha quindi chiesto l'avvio di [consultazioni](#) con gli USA, invocato il suo diritto a [reagire](#) alle restrizioni in causa, secondo quanto disposto dall'art. 8, par. 2 e, da ultimo, presentato [ricorso](#) innanzi agli organi contenziosi dell'OMC. A fronte di queste iniziative, gli [Stati Uniti](#) hanno mantenuto ferma la giustificazione per esigenze di sicurezza nazionale, negando quindi che trovino applicazione le norme in materia di salvaguardia.

Questa vicenda è parte di una *escalation* nelle tensioni commerciali internazionali. Sul piano dei rapporti bilaterali, va infatti tenuto conto della [richiesta di consultazioni](#) di recente presentata dagli USA alla Cina per violazione dell'Accordo OMC relativo agli aspetti commerciali dei diritti di proprietà intellettuale e della [decisione](#) di ricorrere alla *Section 301 del Trade Act del 1974* per aumentare del 25% i dazi applicati all'importazione di taluni prodotti cinesi, allo scopo di contrastare le pratiche anti-competitive messe in atto da quel

Paese a danno di produttori americani. La reazione cinese, anche in quest'ultimo caso, non ha tardato ad arrivare, con la minaccia di misure di [ritorsione](#) e l'introduzione, a sua volta, di un [reclamo](#) nei confronti degli Stati Uniti, per violazione del divieto di azioni unilaterali posto dall'art. 23 dell'Intesa sulla soluzione delle controversie dell'OMC (*Dispute Settlement Understanding* – [DSU](#)).

In termini più generali, questi attriti si inseriscono in un disegno più ampio seguito dall'amministrazione americana, volto a recuperare un consistente *deficit* di bilancia commerciale (solo con la [Cina](#), pari a 375 miliardi di dollari), disegno al quale possono essere ricondotte, tra le altre, la decisione di ritirarsi dal trattato sulla [Trans-Pacific Partnership](#) del 2016 e la richiesta di avviare negoziati sia con il Canada e il Messico per una modifica del [NAFTA](#), sia con la [Corea del Sud](#) per una revisione dell'accordo di libero scambio entrato in vigore nel 2012.

Per quanto riguarda il sistema commerciale multilaterale, i provvedimenti dei primi mesi del 2018 sono un ulteriore segnale del forte conflitto aperto dagli USA nei confronti dell'OMC e, in particolare, del suo meccanismo di soluzione delle controversie. Alle dichiarazioni del Presidente [Trump](#), per il quale questo non terrebbe in adeguata considerazione gli interessi economici statunitensi, si aggiunge la [ferma posizione](#) assunta per l'elezione dei nuovi componenti dell'Organo di appello dell'OMC. Per tre dei sette giudici il mandato è già scaduto, e altri tre decadranno dalle proprie funzioni nei prossimi due anni, col rischio che si arrivi, in un breve volger di tempo, a una vera e propria paralisi istituzionale. Quello dell'OMC è, d'altro canto, un regime che già attraversa una forte crisi, testimoniata dalla situazione di [stallo](#) (se non di fallimento concreto) dei negoziati commerciali multilaterali

314 Interventi

avviati nel 2001 (c.d. *Doha Development Round*).

2. *La qualificazione giuridica dei provvedimenti relativi alle importazioni di acciaio e alluminio*

Concentrando la nostra analisi sulle nuove tariffe all'importazione di prodotti dell'acciaio e dell'alluminio, queste pongono una prima questione, relativa alla loro qualificazione giuridica nel quadro del sistema OMC. Uno dei suoi principi basilari è quello della c.d. protezione tariffaria esclusiva, in virtù del quale i dazi doganali costituiscono lo strumento principe per la tutela degli interessi commerciali. Tuttavia, precisi obblighi regolano sia le modalità di determinazione dei dazi (privilegiando la via del negoziato e prevedendo, solo in casi circoscritti e come *last resort*, l'azione unilaterale) sia la definizione del livello effettivo di imposizione tariffaria. Al testo del GATT 1994 è infatti allegata, per ogni Membro, una c.d. "lista di concessioni", in forza della quale è posto il divieto di subordinare l'accesso al mercato nazionale all'applicazione di tariffe superiori a quelle lì riportate (art. II, par. 1(b), GATT 1994). Il contenuto delle liste può essere modificato, ma sempre previo negoziato, e comunque su base non discriminatoria (art. XXVIII GATT 1994).

L'art. II non esclude che possano applicarsi dazi più elevati di quelli consolidati. Il par. 2(b), in particolare, fa salva la possibilità di ricorrere a c.d. dazi *anti-dumping* o a misure compensative. Trattasi di provvedimenti discriminatori, volti a colpire le importazioni che beneficiano di un ingiusto vantaggio competitivo, vuoi in ragione di strategie concorrenziali messe in atto delle imprese straniere, basate sull'applicazione nei mercati

esteri di prezzi di vendita inferiori rispetto al “valore normale” del bene interessato (*dumping*), vuoi perché lo Stato di esportazione, tramite sussidi pubblici, intende promuovere l’ampliamento dei mercati di sbocco di comparti produttivi nazionali considerati strategici. Il diritto dell’OMC propone a tale riguardo una disciplina particolarmente dettagliata, con l’intento di salvaguardare l’interesse degli Stati a contrastare pratiche anti-concorrenziali che possono risolversi in un grave danno per l’industria nazionale, senza che, tuttavia, risulti indebitamente compromessa la liberalizzazione degli scambi commerciali. L’art. II, par. 2(b), riflette questo difficile equilibrio, escludendo che possa ravvisarsi una violazione del precedente par. 1(b) a seguito di un incremento delle tariffe doganali deciso in conformità degli obblighi sostanziali e procedurali prescritti dagli accordi sui [dazi anti-dumping](#) e sulle [sovvenzioni e misure compensative](#).

Questo sembra essere stato il terreno sul quale si è mossa fino ad ora l’amministrazione statunitense nel contrastare l’aumento delle importazioni dei prodotti dell’alluminio e dell’acciaio. Nel [rapporto](#) del Dipartimento del Commercio dell’11 gennaio 2018, è infatti riportato che, a quella data, nel settore dell’acciaio erano in vigore complessivamente 164 dazi *anti-dumping* e misure compensative (28 dei quali nei confronti di esportatori cinesi). Con i provvedimenti adottati nel successivo mese di marzo, si è inteso dare un nuovo corso alla difesa degli interessi nazionali: «given the large number of countries from which the United States imports steel and the myriad of different products involved, it could take years to identify and investigate every instance of unfairly traded steel, or attempts to transship or evade remedial duties» (p. 28). La complessità delle procedure prescritte dagli accordi OMC induce a una ulteriore considerazione: «U.S. industry has already spent hundreds of millions of dollars in recent years on AD/CVD

316 Interventi

cases, with seemingly no end in sight to their outlays. Smaller steel manufacturers are financially unable to afford these types of cases, or are hesitant in light of possible market entry retaliation in foreign markets for finished steel products» (p. 29). In termini simili, le [conclusioni](#) relative ai prodotti dell'alluminio danno atto delle iniziative prese sul piano interno per l'applicazione di dazi *anti-dumping* (*Appendix D*), e in seno all'OMC con l'avvio di [consultazioni](#) politico-diplomatiche e la presentazione di un [ricorso](#) nei confronti della Cina per violazione dell'Accordo sulle sovvenzioni. Ciò nonostante, alla luce dell'impatto delle importazioni dei prodotti in causa sulla produzione nazionale, il Dipartimento del Commercio afferma l'opportunità di una maggiorazione delle tariffe doganali rilevanti.

Appare quindi evidente la scelta di perseguire una diversa strategia rispetto a quella passata, alla luce dei risultati insufficienti cui quella era giunta. Gli incrementi dei dazi decisi a marzo 2018 si pongono così in netto contrasto con le previsioni contenute nell'art. II, par. 1(*b*) GATT 1994, tantomeno possono giustificarsi alla luce delle eccezioni contemplate nel successivo par. 2(*b*): questa ultima considerazione non si spiega in virtù di una violazione degli obblighi sostanziali e procedurali in materia di dazi *anti-dumping* e misure compensative, bensì alla luce dell'intenzione degli Stati Uniti di agire al di fuori di quel contesto normativo.

Pur se non richiamato all'art. II, par. 1(*b*), GATT 1994, anche il successivo art. XIX, integrato dall'Accordo sulle misure di salvaguardia, può giustificare l'introduzione di nuove restrizioni commerciali. Le iniziative adottate dalla Cina in reazione ai nuovi dazi applicati dagli USA si muovono secondo questa prospettiva, adducendo come in realtà si sia qui in presenza di misure di salvaguardia, adottate illegittimamente.

Come sopra accennato, gli USA contestano una simile ricostruzione giuridica, invocando in modo particolare il fatto che essi non abbiano agito in base alle norme interne che danno attuazione all'accordo OMC sulle salvaguardie (la *Section 201 del Trade Act del 1974*), bensì ricorrendo alla *Section 232 del Trade Expansion Act del 1962*, la quale conferisce al Presidente il potere di adottare le misure ritenute necessarie per contrastare l'impatto sulla sicurezza nazionale delle importazioni di un particolare prodotto.

Una questione preliminare che sorge è quindi la definizione della natura degli incrementi tariffari entrati in vigore lo scorso 23 marzo e, in particolare, se essi debbano essere considerati alla stregua di misure di salvaguardia.

L'Accordo *ad hoc* del 1994 non contiene una espressa definizione di questo tipo di provvedimenti, ma si limita a rinviare all'art. XIX GATT 1994. Il par. 1(a) di questa disposizione conferisce ai Membri dell'OMC il diritto di sospendere l'applicazione di un obbligo, o di modificare o revocare una concessione tariffaria, se necessario a prevenire o rimediare a un grave pregiudizio sofferto dai produttori nazionali di un dato bene, sorto in seguito a un considerevole incremento delle importazioni, a sua volta determinato da un'evoluzione imprevista delle circostanze e dall'attuazione delle norme OMC oggetto della revoca, modifica o sospensione. Come osservato in [dottrina](#), la norma non chiarisce quali dei requisiti lì previsti contribuiscano ad offrire la definizione di misure di salvaguardia, e quali invece introducano dei parametri di legittimità. Elementi utili a risolvere la questione sono dedotti dal rapporto adottato dal *panel* costituito in occasione di una [recente controversia](#), ove viene affermato, per la prima volta, che le misure di salvaguardia costituiscono una sospensione, modifica o revoca

318 Interventi

di una concessione tariffaria o di un altro obbligo, il cui rispetto impedirebbe di adottare le misure necessarie a prevenire o rimediare un grave pregiudizio subito da produttori nazionali. In definitiva, la loro esistenza va accertata guardando alla natura del provvedimento (sospensione, modifica o revoca di un obbligo o di una concessione tariffaria) e al suo obiettivo (contrastare un grave pregiudizio sofferto dai produttori nazionali a causa di un aumento delle importazioni), «in a situation where all of the conditions for the imposition of a safeguard measure are satisfied» (par. 7.17). In questo esame, le intenzioni manifestate dal Membro interessato risultano irrilevanti. Nel caso di specie, l'Indonesia aveva notificato il provvedimento controverso alla luce dell'Accordo sulle misure di salvaguardia, perché adottato in base alla legislazione nazionale pertinente: questa circostanza, afferma il *panel*, non rileva. Alla luce di queste considerazioni, le *argomentazioni* addotte dalla Cina e dagli Stati Uniti circa la qualificazione giuridica dei provvedimenti statunitensi del marzo 2018 potrebbero, in linea di principio, essere trascurate.

Guardando piuttosto alla *natura* delle misure in causa, è indubbio che si tratti di un incremento dei dazi doganali, che risultano così ben superiori alle tariffe consolidate nella lista di concessioni USA e, quindi, vietati dall'art. II, par. 1(b), GATT 1994. Quanto al loro *obiettivo*, con l'applicazione della *Section 232* questo viene ricondotto dagli Stati Uniti alla tutela della sicurezza nazionale. Nei due proclami presidenziali si legge, infatti, che l'aumento delle importazioni è all'origine di un crollo della produzione nazionale, i cui volumi appaiono insufficienti a soddisfare la domanda interna (gli Stati Uniti, anzi, sarebbero divenuti, nei due settori dell'acciaio e dell'alluminio, «almost totally reliant on foreign producers»). L'analisi tuttavia non si ferma qui, ma richiama il rischio che il Paese non sia in grado di far fronte a esigenze di sicurezza

nazionale o di rispondere a una situazione di emergenza che richieda un aumento della produzione, da cui si afferma la necessità di una riduzione delle importazioni, così da permettere un aumento dell'80% della capacità produttiva interna.

Tuttavia, il contesto più generale nel quale si inserisce l'iniziativa statunitense solleva diversi dubbi. La questione della sovrapproduzione, a livello mondiale, dei prodotti dell'acciaio e dell'alluminio è sorta già da diverso tempo, ed è oggetto di un dialogo diplomatico sia in seno al [Consiglio OMC](#) sugli scambi di beni, sia nell'ambito del G20: la riunione di quest'ultimo del [settembre 2016](#) si è infatti conclusa con la decisione di istituire il [Global forum on steel excess capacity](#) e le considerazioni che sembrano aver spinto a questa iniziativa hanno carattere economico. Inoltre, i rapporti del Dipartimento del Commercio statunitensi che hanno preceduto i proclami presidenziali dello scorso 8 marzo muovono da un'approfondita analisi economica, e danno testimonianza, come sopra accennato, delle altre azioni fino ad allora condotte allo scopo di contrastare il considerevole incremento delle importazioni dei prodotti in causa provenienti dalla Cina.

Certamente, le autorità statunitensi rilevano la necessità di più elevati volumi di produzione, di modo che, allorquando insorga una situazione di emergenza, la capacità produttiva interna possa essere convertita nella realizzazione di materiali e prodotti destinati ad azioni di sicurezza. Tuttavia, da questa argomentazione emerge la piena consapevolezza che, grazie agli incrementi tariffari, la posizione competitiva dei produttori nazionali potrà migliorare rispetto ai concorrenti stranieri. L'intento perseguito appare così collegato a evidenti esigenze di protezione del mercato interno, cui le misure *anti-dumping* e compensative già adottate o oggetto di inchiesta istruttoria non

320 Interventi

sembrano offrire, a giudizio dell'amministrazione statunitense, una adeguata tutela. Ascrivere la finalità perseguita esclusivamente a questioni di sicurezza offrirebbe solo una visione parziale della vicenda. La preminenza di considerazioni di carattere economico porterebbe a collocare gli incrementi tariffari nel quadro dell'Accordo sulle misure di salvaguardia, e così ad affermarne l'illegittimità, a causa della palese violazione della complessa disciplina sostanziale e procedurale lì prescritta.

3. *Una legittima questione di sicurezza nazionale?*

Il rinvio a esigenze di sicurezza nazionale induce a verificare anche se una giustificazione dei provvedimenti in esame possa derivare dall'art. XXI GATT 1994. Inserita nel testo dell'Accordo generale già nel 1947, è questa una disposizione particolarmente controversa, la cui interpretazione non ha mancato di sollevare prese di posizione contrastanti. Particolarmente rilevante ai fini della nostra analisi è la sua lett. *b*), ove è conferito a ciascun Membro dell'OMC il diritto di adottare misure, altrimenti illecite, considerate necessarie alla protezione di interessi essenziali di sicurezza («its essential security interests»), ovvero relative a materiali fissili (lett. *b.i*), al commercio di armi, munizioni, strumenti di guerra e altri materiali destinati direttamente alle installazioni militari (lett. *b.ii*) o, infine, in situazioni di guerra o di altre emergenze nelle relazioni internazionali (lett. *b.iii*).

Limitando l'analisi che segue alla disposizione in ultimo richiamata, di recente essa è stata invocata dalla Russia nell'ambito di una [controversia](#) che la oppone all'Ucraina, e

fonda la [difesa](#) di [Arabia Saudita](#), [Bahrein](#) e [Emirati Arabi Uniti](#) nell'esame di legittimità dell'embargo commerciale introdotto da questi Paesi nei confronti del Qatar nell'estate 2017. I *panel* e l'Organo di appello potranno essere quindi chiamati a dipanarne i nodi interpretativi, nel rispetto dell'art. 3, par. 2, DSU, ove, tra le finalità del meccanismo di soluzione delle controversie, è annoverata anche quella di garantire le posizioni giuridiche soggettive dei Membri e di chiarire la portata del diritto OMC alla luce delle norme consuetudinarie sull'interpretazione del diritto internazionale. È su queste basi (e con un occhio inevitabilmente anche alle misure USA) che potrà decidersi, in primo luogo, se l'esercizio dei diritti riconosciuti dall'art. XXI possa essere oggetto del giudizio degli organi contenziosi o se, diversamente, la sua semplice invocazione ad opera della parte convenuta privi gli stessi della competenza a pronunciarsi sul merito del reclamo. Nel caso prevalesse una interpretazione favorevole ai ricorrenti, la questione principale diverrebbe di tracciare i confini del margine di discrezionalità lasciato ai Membri dell'OMC per difendere i propri interessi di sicurezza nazionale attraverso misure di natura commerciale. Come è noto, la portata del c.d. *right to regulate* è stata oggetto di numerosi interventi in sede contenziosa, con riguardo a diverse questioni, quali la protezione dell'ambiente, la salvaguardia della vita e della salute umana o la tutela della moralità pubblica e dell'ordine pubblico. I ricorsi sopra menzionati forniscono un nuovo terreno di analisi, nel quale sono in gioco gli asseriti supremi interessi politici degli Stati.

La sindacabilità dell'art. XXI era stata discussa già [in seno al GATT](#), prima dell'entrata in vigore degli accordi OMC, e non sono lì mancate posizioni che negavano l'esistenza di un qualsiasi potere dell'Organizzazione multilaterale al riguardo. Le [motivazioni](#) addotte erano di vario ordine, e atenevano

322 Interventi

prevalentemente alla natura tecnica del GATT, contrapposta alle chiare finalità politiche delle misure contestate, e ad una lettura del testo dell'art. XXI che riconosce alla parte che lo invoca la più completa discrezionalità nel decidere circa la necessità di ricorrere a misure commerciali per tutelare interessi di sicurezza nazionale. In questo medesimo senso si sono orientati, in tempi più recenti, gli [Emirati Arabi Uniti](#) nel 2017 nella controversia che li oppone al Qatar: «the situation in the Gulf is very serious. At the core of the issue is the question of national security. However, these issues do not fall within the competence of [...] the WTO».

È questa, tuttavia, una posizione che non trova alcun sostegno nel sistema commerciale multilaterale odierno. L'entrata in vigore degli accordi OMC ha infatti determinato il definitivo riconoscimento ai Membri di questa Organizzazione di un "diritto al giudizio", secondo quanto dispone l'art. 6 DSU. Inoltre, la funzione dei *panel* è quella di condurre una valutazione oggettiva degli elementi di fatto e di diritto della questione ad essi sottoposta in base agli accordi pertinenti (art. 11 DSU), e il loro mandato (a meno che le parti non concordino diversamente) è di pronunciarsi in base alle disposizioni invocate dalle parti (art. 7, par. 2, DSU), quindi, eventualmente, anche in merito all'art. XXI GATT 1994. Infine, nessuno degli accordi OMC esclude dal sindacato degli organi giurisdizionali le controversie in cui siano in causa questioni di sicurezza nazionale.

Questa sembra essere anche il punto di vista degli Stati Uniti nell'ambito della controversia che oppone la Russia all'Ucraina. Con un considerevole mutamento di posizione rispetto al passato, quando, ad esempio, in occasione dell'adozione di un embargo commerciale nei confronti del Nicaragua, ebbero a [dichiarare](#) che «[i]t was not for GATT to approve or

disapprove the judgement made by the United States as to what is necessary to protect its national security interests», nelle [memorie orali](#) presentate in 25 gennaio 2018 gli Stati Uniti affermano invece la generale competenza del *panel* a pronunciarsi sul merito del ricorso presentato dall'Ucraina.

In tal modo la questione si sposta su di un diverso piano, ovvero quello dell'interpretazione dell'art. XXI, per accertare se esso consenta agli organi contenziosi di compiere una autonoma valutazione della legittimità della condotta contestata o, al contrario, imponga di fare esclusivo affidamento sulle argomentazioni addotte dalla parte convenuta.

A tale riguardo, nella prassi più recente si registrano posizioni fortemente contrapposte. Sempre nella controversia tra Ucraina e Russia, gli [Stati Uniti](#) escludono che il *panel* possa pronunciarsi sul merito della difesa addotta dal convenuto, dovendosi piuttosto limitare a prendere atto del fatto che sia stata invocata la clausola sulle eccezioni di sicurezza. Al contrario, l'[Unione europea](#) propone una lettura dell'art. XXI per la quale agli organi contenziosi è demandato di accertare che, pur nel rispetto del margine di discrezionalità conferito ai Membri (circoscritto alla definizione degli interessi di sicurezza nazionale e del relativo livello di protezione che si intende perseguire), siano rispettati i requisiti ivi prescritti.

La prassi precedente non offre elementi utili per dirimere la questione. Nel quadro del GATT 1947, l'art. XXI è stato invocato di rado nel corso dei procedimenti contenziosi, e nei soli due casi in cui è stato costituito, il *panel* non è giunto ad esaminare il merito della difesa invocata dallo Stato convenuto: per l'embargo commerciale introdotto dagli Stati Uniti ai danni del Nicaragua nel 1985, il [mandato](#) conferito al *panel* escludeva

324 Interventi

espressamente un esame di legittimità ai sensi dell'art. XXI, lett. *b.iii*; il *panel* costituito circa le sanzioni applicate a partire dal 1991 dall'allora Comunità economica europea contro la Jugoslavia non ha portato invece a termine il suo mandato. In seno all'OMC, questioni di sicurezza nazionale sono state sollevate solo in occasione del ricorso della Comunità europea nei confronti degli Stati Uniti riguardo alla legittimità del c.d. *Helms-Burton Act* ratificato dal Presidente Clinton nel 1996, volto a dare attuazione a un embargo "secondario" nei confronti di Cuba, e, successivamente, dal [Nicaragua](#) nei due reclami mossi da Colombia e Honduras, ma neanche in questi casi si è giunti a un giudizio di merito.

La questione in esame è stata presa in considerazione dalla dottrina, ma anche qui manca una uniformità di vedute, anzi emergono [tre diversi orientamenti](#): secondo un primo [approccio](#), l'esistenza delle condizioni previste dall'art. XXI sarebbe demandata esclusivamente allo Stato che vi ricorre, escludendo così la possibilità di una pronuncia di merito da parte dell'OMC (anche in adesione a quanto affermato dalla Corte internazionale di giustizia nel 1986 nel caso *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua* – par. 222); per altra parte della [dottrina](#), pur nel rispetto del margine di discrezionalità ivi riconosciuto, l'art. XXI deve essere interpretato ed applicato alla luce del divieto di abuso di diritto e del principio di buona fede che ne è a fondamento; una [diversa interpretazione](#) afferma la più ampia autonomia dei Membri nel considerare se una data misura sia "necessaria" per la tutela dei suoi interessi di sicurezza nazionale, ma sottopone al controllo giurisdizionale il rispetto delle altre condizioni prescritte all'art. XXI (quali l'esistenza di un conflitto armato o di un'altra emergenza nelle relazioni internazionali, di interessi realmente inerenti la sicurezza e la loro natura "essenziale").

Il carattere *self-judging* dell'art. XXI, nel suo complesso, può essere in linea di principio escluso. A questa valutazione concorrono una serie di elementi: il testo della norma si limita a consentire una valutazione autonoma dei Membri solo riguardo alla necessità di ricorrere a misure altrimenti illecite per la tutela di interessi di sicurezza nazionale; in secondo luogo, se la prassi contenziosa non offre elementi utili di interpretazione, dai dibattiti occorsi in seno agli organi GATT, e oggi OMC, emerge come, ogni qualvolta l'art. XXI sia stato invocato, non sono mancate prese di posizione contrarie a escludere un controllo di legittimità delle misure adottate sulla sua base; quanto ai lavori preparatori, già all'epoca del negoziato della Carta dell'Avana era stato osservato (peraltro, dagli [Stati Uniti](#)) che «there must be some latitude [...] for security measures. It is really a question of balance. We have to got to have some exceptions. We cannot make it too tight, because we cannot prohibit measures that are needed purely for security reasons. On the other hand, we cannot make it so broad that, under the guise of security, countries will put on measures which really have a commercial purpose».

Particolarmente pertinente appare il richiamo, sopra ricordato, al principio di buona fede e al divieto di abuso di diritto ai fini dell'interpretazione del diritto OMC, ma anche quali norme e principi autonomi del diritto internazionale comunque vigenti fra i Membri. In questa prospettiva, essi rilevano non solo, come riconosciuto dall'[Organo di appello](#), con riferimento all'art. XX GATT 1994, relativo alle c.d. eccezioni generali, ma anche quando sia in causa l'applicazione del successivo art. XXI. La discrezionalità di cui beneficiano i Membri nel perseguire i propri interessi di sicurezza non può essere in definitiva esercitata tramite misure restrittive che comportino una compressione non ragionevole o sproporzionata del diritto degli altri Stati, avente pari forza normativa, di trarre vantaggio

326 Interventi

dal rispetto degli obblighi di liberalizzazione. In tal modo, il principio di buona fede concorre a definire l'equilibrio tra i diversi obiettivi del sistema commerciale multilaterale, il cui confine, evidentemente, non può che essere tracciato alla luce delle circostanze materiali che ricorrono in ciascun caso di specie.

Con riferimento ai controversi provvedimenti adottati nel marzo 2018 per una limitazione delle importazioni dei prodotti dell'acciaio e dell'alluminio, rimane fuori di dubbio l'autonomia degli Stati Uniti di determinare i propri interessi di sicurezza nazionale e le misure necessarie a una loro efficace tutela. Sorge tuttavia la necessità di stabilire se gli interessi invocati attengano realmente alla sicurezza, o invece abbiano un preminente carattere economico e commerciale. Come richiamato nel paragrafo precedente, diversi elementi inducono a dubitare che il reale intento perseguito riguardi una maggiore tutela della sicurezza, e che invece prevalga la necessità di offrire protezione a settori produttivi nazionali che soffrono di una forte concorrenza estera. Se il principio di buona fede e il divieto di abuso di diritto impediscono di invocare l'art. XXI per perseguire interessi lì non espressamente richiamati, queste considerazioni che portano ad escludere che le misure USA possono trovare un'adeguata protezione nel diritto OMC.

4. La sempre più profonda crisi del sistema commerciale multilaterale

L'OMC attraversa una profonda crisi. Per quanto attiene allo sviluppo del diritto materiale, lo stallo dei negoziati dei *Doha Development Round* è accompagnato da una ripresa delle

trattative per la conclusione di accordi preferenziali (possibile causa di una riduzione degli scambi commerciali regolati dal diritto OMC) e dalla “frammentazione” delle posizioni giuridiche dei suoi Membri (nonostante il c.d. principio dell’approccio globale di cui all’art. II, par. 2, dell’Accordo istitutivo) derivante, ad esempio, dai protocolli conclusi per l’adesione di Paesi quali Cina, Russia o Vietnam o dall’entrata in vigore solo tra alcuni di essi di [nuovi accordi multilaterali](#) o di [emendamenti](#) ad accordi multilaterali già vigenti. Parimenti rilevanti sono anche i negoziati avviati di recente al di fuori del contesto istituzionale dell’OMC per la conclusione di un accordo di sicuro rilievo, in termini di volume di interscambio interessato, quale il *Trade in Services Agreement*. Per quanto attiene alla soluzione delle controversie, solo una decina di anni fa considerata «[the jewel of the crown](#)», la possibile paralisi istituzionale, dovuta alla mancata nomina dei nuovi componenti dell’Organo di appello, diviene ancora più grave se si considera la portata sistemica di alcuni ricorsi presentati di recente, come le due controversie che oppongono Cina e Stati Uniti sopra menzionate o anche i reclami qui ricordati in cui sono sollevate questioni di sicurezza nazionale.

Il conflitto relativo alla legittimità delle restrizioni commerciali adottate dagli Stati Uniti alle importazioni dei prodotti dell’acciaio e dell’alluminio costituisce, in definitiva, un tassello di un mosaico particolarmente complesso. Per quanto attiene alla materia qui considerata, ovvero la legittimità delle misure USA, diversi elementi possono concorrere ad escluderla. Tuttavia, il confronto con i partner commerciali si è spostato, anche al di fuori nella procedura di soluzione delle controversie. Con alcune parti, come l’Unione europea, sono state infatti concluse intese volte a sospendere l’applicazione nei loro confronti dei provvedimenti in causa, in violazione del principio di non discriminazione, in particolare con la clausola

328 Interventi

della nazione più favorita codificata all'art. I GATT 1994. In un caso, l'intesa raggiunta rappresenta anche una aperta sfida a uno dei principali risultati che si riteneva erano stati conseguiti con l'entrata in vigore del diritto OMC. L'accordo di principio raggiunto con la [Corea del Sud](#) prevede infatti l'applicazione, da parte di quest'ultima, di una restrizione volontaria alle esportazioni dei prodotti dell'acciaio e dell'alluminio, in contrasto col divieto posto dall'art. 11, par. 1(b), dell'Accordo sulle misure di salvaguardia: ma questo è solo un ulteriore elemento di una già copiosa [prassi](#) che negli ultimi anni ha coinvolto anche altri Membri e che ha sollevato diversi profili di illegittimità. Dal canto suo, la Cina ha preferito riportare la questione nel quadro dell'Accordo sulle salvaguardie, seguendo prima la via della reazione su scala bilaterale, nell'esercizio del diritto di sospendere l'applicazione di obblighi o concessioni nei confronti degli USA, e solo successivamente la procedura di soluzione delle controversie.

In definitiva, questa prassi seguita su vari livelli (unilateralmente, sul piano dei rapporti bilaterali ma anche in seno all'OMC) concorre, nel suo complesso, a mettere in crisi la tenuta stessa del sistema commerciale multilaterale e la sua rilevanza nel proseguire a favorire e guidare la liberalizzazione degli scambi commerciali di beni e servizi.

23 aprile 2018

«Foreign direct liability claims» in Europa: sviluppi recenti e sfide future

CHIARA MACCHI (*)

1. Introduzione

Questo contributo compie una ricognizione dei recenti e importanti sviluppi relativi ai c.d. *foreign direct liability claims* promossi contro imprese transnazionali e le loro controllate estere nello Stato di domicilio della capogruppo, focalizzandosi in particolar modo sul panorama europeo. Mentre negli Stati Uniti l'applicabilità dell'[*Alien Tort Claims Act*](#) ai crimini d'impresa viene messa in discussione (v. [*Kiobel v Shell*](#) e [*Jesner v Arab Bank*](#)), cause innovative vengono intentate in altre giurisdizioni, tra cui il Canada (v. [*Choc v Hudbay*](#)) e alcuni Stati europei.

Gli esempi più significativi di questo tipo di azioni legali sono di seguito illustrati partendo dalla giurisprudenza inglese, che ha prodotto un importante precedente relativo al dovere di diligenza dell'azienda madre con la sentenza *Chandler*.

(*) Scuola Superiore Sant'Anna

Il contributo si conclude con una riflessione sulle principali barriere che i ricorrenti devono fronteggiare nel promuovere questo tipo di cause; sui possibili incentivi avversi che potrebbero scaturire dall'affermazione giudiziale del *duty of care* dell'azienda madre e sulla possibilità, auspicata da molti, che l'attuale discussione di un trattato internazionale su imprese e diritti umani porti a un'affermazione giuridicamente vincolante del *duty of care* dell'azienda madre.

2. *Il «duty of care» dell'azienda madre nella giurisprudenza inglese*

Dagli anni '90 in poi sono state promosse diverse cause nel Regno Unito fondate sul *duty of care* della *parent company* per violazioni che erano avvenute nell'ambito delle operazioni di un'azienda affiliata (es. [*Connelly v RTZ*](#); [*Lubbe v Cape*](#); [*Ngcobo and others v Thor Chemicals Holdings Ltd*](#)). Questo tipo di cause non richiedono, come chiarito dalle corti inglesi, il sollevamento del velo societario *stricto sensu* ([*Chandler v Cape plc*](#), 2012, par. 42, 69), in quanto si fondano su un'ipotesi di negligenza dell'azienda madre, che avrebbe dovuto vigilare sulla condotta delle proprie affiliate, anche se operanti in Paesi stranieri. Si cerca quindi di sancire la responsabilità dell'azienda madre per le *proprieazioni* od omissioni (tipicamente, il non aver adottato misure adeguate per prevenire il danno), non già di attribuirle quelle dell'impresa affiliata. Nonostante non esista in capo all'azienda madre, negli ordinamenti di *common law*, un obbligo generale di diligenza per danni inflitti da terze parti (es. una filiale), tale obbligo può emergere laddove si dimostri una «speciale relazione» fra le

due aziende (*Smith v Littlewoods*, p. 15). Nella sentenza cardine *Chandler*, per la prima volta, un giudice ha riconosciuto l'esistenza del *duty of care* di un'azienda madre verso un impiegato dell'azienda controllata, che aveva contratto l'asbestosi a causa dell'esposizione a fibre di amianto. Per dimostrare l'esistenza di tale obbligo, il giudice ha guardato ad alcuni elementi caratterizzanti la relazione fra le due entità giuridiche, in particolare: il fatto che esse operassero essenzialmente nello stesso settore industriale e che l'azienda madre avesse una maggiore conoscenza di alcuni aspetti relativi alla salute e alla sicurezza in quel particolare settore; il fatto che l'azienda madre fosse consapevole del modo negligente e rischioso in cui la controllata gestiva le sue attività e che quest'ultima facesse affidamento sulle direttive dell'azienda madre e sulla sua superiore *expertise* in materia di salute e sicurezza (*Chandler*, par. 80).

Se il caso *Chandler* riguardava due aziende operanti nel Regno Unito e nel medesimo settore, altre cause in corso riguardano aziende multinazionali e le loro controllate straniere. Fra i casi più recenti e interessanti spicca *Lungowe v. Vedanta*, nel quale la corte ha stabilito la sussistenza della giurisdizione inglese facendo riferimento, *inter alia*, al principio del *forum necessitatis*, uno sviluppo che il [blog](#) di Oxford University Press ha inserito fra i 10 più importanti del 2017 in materia di diritto internazionale. I ricorrenti cercano di dimostrare che la multinazionale britannica Vedanta ha infranto il proprio *duty of care* permettendo alla controllata estera Konkola Copper Mines (KCM), operante in Zambia, di inquinare i corsi d'acqua tramite le sue attività estrattive, recando grave pregiudizio alle comunità residenti nell'area interessata. Il giudice d'appello, nella sentenza del 2017, ha permesso che l'azione proseguisse concordando col giudice di prima istanza sul fatto che i ricorrenti, in base ai precedenti inglesi, avessero *prima facie* una

332 Interventi

reale prospettiva di successo (*Lungowe*, par. 66). La corte ha stabilito che la filiale zambiana potesse essere legittimamente chiamata a rispondere come co-convenuto nel processo contro Vedanta, in quanto le accuse mosse alle due compagnie si fondavano sugli stessi fatti e su simili principi di diritto (ivi, par. 99). Il giudice ha rigettato l'affermazione dei convenuti, tipicamente avanzata in questo tipo di cause legali, secondo cui l'azione contro l'azienda madre sarebbe stata intentata strumentalmente all'unico scopo di attrarre la filiale africana nella giurisdizione inglese (ivi, par. 96). Il giudice ha anzi puntualizzato come vi fosse un concreto rischio che la filiale straniera non avesse la possibilità o la volontà di far fronte a un eventuale obbligo di risarcimento, e che i ricorrenti avessero quindi un autonomo interesse ad agire contro la capogruppo della multinazionale (ivi).

Come accennato sopra, un altro aspetto interessante del caso *Lungowe* è il peso che i giudici hanno assegnato alla possibilità che i ricorrenti non avessero effettivo accesso alla giustizia in Zambia. Il giudice d'appello ha confermato la correttezza dell'approccio adottato dalla corte di prima istanza, che aveva elencato alcuni fattori fortemente indicativi di un rischio di diniego di giustizia nel paese di domicilio di KCM (ivi, par. 118-135). Fra questi c'erano l'indigenza dei ricorrenti e l'impossibilità di fatto di ottenere un aiuto finanziario o rappresentanza legale *pro bono* in Zambia, non ultimo per l'assenza di avvocati sufficientemente preparati per questo tipo di contenziosi. Il giudice di prima istanza aveva concluso non solo che i ricorrenti avessero dimostrato l'esistenza di un «rischio reale», ma che, a suo parere, un diniego di giustizia in Zambia fosse «quasi certo» (ivi, par. 131). Il giudice aveva voluto puntualizzare come non rientrasse nelle sue competenze quella di criticare il sistema giuridico di un Paese straniero, ma che fosse suo compito concentrarsi sugli aspetti rilevanti per la

causa in oggetto (ivi, par. 133).

- *Azioni recenti intentate in Paesi di civil law contro multinazionali del settore petrolifero*

Al di fuori del Regno Unito, il panorama europeo non vanta molti esempi di *foreign direct liability claims*, con l'eccezione di alcuni casi recenti promossi in Paesi di *civil law* che tentano di far leva proprio sui precedenti inglesi. L'esempio più rilevante è costituito dall'azione intentata presso la Corte Distrettuale dell'Aja contro Royal Dutch Shell (RDS) e la sua controllata SPDC per l'inquinamento ambientale causato in Nigeria dalle fuoriuscite di petrolio dagli oleodotti del gruppo Shell (*Doob and Milieudéfensie v. Royal Dutch Shell plc & SPDC*). Poiché il diritto applicabile alla causa era quello nigeriano, che è un sistema di *common law*, la Corte ha costruito il suo ragionamento sulla base del precedente *Chandler*. Per la prima volta, una multinazionale olandese è stata chiamata a rispondere per un danno causato nell'ambito delle attività extraterritoriali di una filiale e il giudice ha riconosciuto la giurisdizione olandese su entrambe le aziende coinvolte. Sulla base del codice di procedura civile olandese, e similmente a quanto visto nel caso *Lungowe*, il giudice ha stabilito che SPDC fosse chiamata a rispondere come co-convenuta per ragioni di efficienza, in quanto le accuse mosse alle due compagnie si basavano sugli stessi fatti. La decisione è stata confermata dalla sentenza d'appello del 2015, emessa in seguito al ricorso intentato da tre dei quattro ricorrenti (*Doob and Milieudéfensie*, par. 3.7). Superato l'ostacolo giurisdizionale, i ricorrenti hanno tentato di dimostrare l'esistenza di un *duty of care* in capo all'azienda madre, facendo leva sul livello di

334 Interventi

integrazione del gruppo Shell e sulla centralizzazione delle sue politiche in materia di salute, sicurezza e ambiente, decise a livello dell'amministrazione della capogruppo e imposte alle controllate. La Corte, tuttavia, ha ritenuto che non esistesse prossimità sufficiente fra RDS e i ricorrenti. In questo caso, stabilire la responsabilità per negligenza delle due aziende veniva reso più complicato dal fatto che le fuoriuscite di petrolio fossero state causate da sabotaggi da parte di terzi. Diversamente dal caso *Chandler*, inoltre, che riguardava due aziende domiciliate nello stesso paese e operanti nello stesso settore, il caso contro Shell coinvolgeva una *holding*, RDS, che, a parere della Corte, si limitava a formulare linee politiche generali dalle sue sedi europee (*Oguru, Efanga & Vereniging Milieudefensie v. Royal Dutch Shell plc & SPDC*, par. 4.38). Non solo, quindi, non c'era ragione di sostenere che RDS avesse una conoscenza superiore dei rischi connessi all'estrazione di petrolio rispetto a SPDC, compagnia produttrice nigeriana, ma, secondo il giudice, affermare un obbligo di diligenza di RDS, che ha filiali in vari Paesi del mondo, avrebbe significato esporla a un numero non preventivabile di cause legali. Veniva meno, in conclusione, il criterio della «*fairness*», pilastro del test di [Caparo](#) nella *common law* inglese (*Oguru et al.*, par. 4.36-4.39).

È interessante notare come nella sua [pronuncia](#) del 2015 la Corte d'Appello abbia ordinato a RDS di fornire accesso ad alcuni documenti interni che potrebbero chiarire il livello di conoscenza, interferenza e supervisione dell'azienda madre rispetto alla gestione degli oleodotti e dei relativi incidenti da parte della filiale nigeriana.

In Italia è attualmente in corso una causa contro la multinazionale Eni per danni ambientali provocati dalle fuoriuscite di petrolio in prossimità di un altro villaggio del

Delta del Niger. I ricorrenti, che mirano ad affermare le responsabilità tanto dell'azienda madre quanto della filiale nigeriana, si trovano ad affrontare molti degli aspetti critici sotto esame nel caso *Shell* e in altre azioni pendenti nel Regno Unito. Nell'udienza tenutasi nell'aprile 2018, il giudice non si è pronunciato esplicitamente in merito alla questione giurisdizionale. Se la causa proseguisse di fronte al giudice italiano, in base al Reg. (CE) n. 864/2007 il diritto applicabile sarebbe quello nigeriano, e quindi verrebbe in rilievo il concetto di *duty of care* dell'azienda madre come definito dai precedenti di *common law* inglese.

- *Riflessioni conclusive*

Le innovative cause intentate in vari Stati europei contro imprese multinazionali nello Stato di domicilio dell'azienda madre si inseriscono nel quadro di una più ampia riflessione, a livello internazionale, circa le responsabilità e gli obblighi della *parent company* per violazioni ambientali e dei diritti umani che hanno luogo nell'ambito delle operazioni globali di questi colossi economici. Occorre innanzitutto sottolineare la portata per ora limitata di questo tipo di azioni, che hanno fatto leva, laddove applicabile, sul principio di *common law* inglese del *duty of care*.

In secondo luogo, si deve osservare che, se molte delle difese che tipicamente i convenuti sollevano in questo tipo di cause sono state rigettate dai giudici negli esempi considerati (ad es. l'accusa ai ricorrenti di aver tentato di abusare le norme procedurali), permangono varie difficoltà per i ricorrenti. Tra queste, gli alti costi (si veda [questa analisi](#) relativa al contesto britannico), le difficoltà ad ottenere informazioni dettagliate circa i reali rapporti tra impresa madre e impresa controllata –

336 Interventi

punto cruciale, sul quale si gioca l'esito delle accuse di negligenza mosse alla prima –, la possibilità che il giudice competente sollevi questioni di litispendenza (sulla base del Reg. (UE) n. 1215/2012) e *comity* internazionale ove siano state intentate parallele azioni legali nel paese di domicilio della filiale straniera. È vero che, nel contesto europeo, la sentenza della Corte di Giustizia dell'UE nel caso [Owusu c. Jackson](#) rende verosimilmente più difficile, per un co-convenuto non domiciliato in uno Stato membro, invocare la dottrina del *forum non conveniens* (tipica dei sistemi di *common law*) quando l'altro convenuto sia domiciliato in uno Stato membro (*Lungowe*, par. 113). In *Owusu* la Corte ha dichiarato la dottrina – in base alla quale le corti degli Stati di *common law* hanno spesso declinato la giurisdizione invocando l'esistenza di un foro più appropriato in un altro Stato – incompatibile con la Convenzione di Bruxelles (poi sostituita dal Regolamento omonimo) rispetto a convenuti domiciliati in uno Stato contraente. La decisione della Corte limita quindi l'applicabilità del *forum non conveniens* quando almeno uno dei co-convenuti sia domiciliato in uno Stato membro. Per quanto concerne il Regno Unito, tuttavia, occorre interrogarsi sui possibili effetti di [Brexit](#) sulla disciplina della giurisdizione che potrebbe configurarsi dopo l'effettiva uscita del paese dall'UE, e che potrebbe riportare in auge la dottrina del [forum non conveniens](#) in casi di violazioni commessi all'estero dalla filiale straniera di una multinazionale inglese.

Peraltro, le difficoltà che si incontrano nello stabilire le responsabilità della *parent company* di gruppi integrati di imprese è stata sottolineata dall'Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali (FRA) nella sua [Opinion](#) del 2017 sul tema dell'accesso ai rimedi nell'UE per violazioni che avvengono nell'ambito delle attività d'impresa. La FRA propone di stabilire a livello europeo uno standard comune di

evidenza probatoria al di sopra del quale sia presunta l'esistenza di controllo o influenza da parte dell'azienda madre su un'impresa affiliata o partner ai fini della responsabilità civile, trasferendo, in quei casi, l'onere della prova dal ricorrente al convenuto. Incoraggia, inoltre, l'UE a promuovere un'armonizzazione delle condizioni alle quali il principio del *forum necessitatis* possa essere applicato negli Stati membri di fronte al rischio di diniego di giustizia quando i convenuti siano domiciliati in Stati terzi (FRA, *Opinion*, pp. 7-8).

Infine, la FRA, in linea con alcune importanti iniziative promosse in tal senso a livello nazionale (es. quelle legislative in [Francia](#) e [Svizzera](#) in tema di *supply chain due diligence*) ed [europeo](#), propone l'elaborazione da parte dell'UE di regole vincolanti circa gli obblighi di *due diligence* dell'azienda madre rispetto alle attività delle imprese affiliate (FRA, *Opinion*, p. 17). Questo sforzo di regolamentazione sembra quanto mai auspicabile alla luce del possibile "chilling effect" che l'affermazione giudiziale del *duty of care* dell'azienda madre potrebbe avere sui rapporti fra capogruppo e controllate delle grandi imprese multinazionali. Laddove, infatti, l'obbligo di diligenza venga stabilito unicamente per via giudiziale sulla base di criteri analoghi a quelli del caso *Chandler* (quindi, in gran parte, in base al livello di interferenza dell'azienda madre nelle attività delle controllate), non si può trascurare la possibilità che si inneschi un disincentivo per la *parent company* ad intervenire nelle operazioni e nelle pratiche di aziende ad essa connesse. Tale disincentivo potrebbe operare anche in materia di salute, sicurezza, diritti umani, ambiente, ecc., rischiando di vanificare gli sforzi prodotti a livello internazionale per affermare il dovere di *due diligence* delle capogruppo.

Tutti questi temi sono centrali anche nel [dibattito](#)

338 Interventi

[internazionale](#) relativo alla possibile adozione di un trattato vincolante su imprese e diritti umani, in discussione presso il Consiglio dei Diritti dell'Uomo dell'ONU dal 2014. La necessità di migliorare l'accesso ai ricorsi giurisdizionali per vittime di violazioni avvenute nell'ambito delle attività transnazionali d'impresa nei paesi di domicilio delle multinazionali è una delle priorità per il Gruppo Intergovernativo di Lavoro che sta esaminando i possibili [contenuti](#) del nuovo strumento. Anche se al momento non è chiaro quale forma tali contenuti assumeranno, è interessante notare come il Gruppo Intergovernativo abbia inserito tra gli [elementi](#) fondamentali da affrontare nel corso dei negoziati la necessità di ridurre le barriere giurisdizionali, giuridiche e pratiche che ostacolano l'accesso ai rimedi giudiziari, incluse quelle riguardanti l'accesso alle informazioni rilevanti e alla dottrina del *forum non conveniens*.

4 giugno 2018

Prime riflessioni sulla dichiarazione statunitense di denuncia dell'Accordo di Parigi sul cambiamento climatico

MARIO GERVASI (*)

1. La dichiarazione di denuncia dell'Accordo di Parigi da parte degli Stati Uniti

Il 1° giugno 2017 il Presidente degli Stati Uniti, Donald Trump, ha annunciato la [denuncia](#) dell'[Accordo di Parigi](#) sul cambiamento climatico (per una primo esame dell'Accordo, v. [Romanin Jacur](#)), poiché esso provocherebbe la perdita di posti di lavoro e un rallentamento della crescita e della produzione statunitensi, a vantaggio delle economie straniere. Com'è noto, si tratta del più recente strumento internazionale vincolante di tutela del clima, adottato il 12 dicembre 2015 dalla [XXI Conferenza delle Parti](#) della [Convenzione quadro delle Nazioni Unite sul cambiamento climatico](#) ed entrato in vigore il 4 novembre 2016. Gli Stati Uniti avevano ratificato l'Accordo il 3 settembre 2016.

(*) Sapienza Università di Roma

340 Interventi

In generale, l'annuncio è stato accolto negativamente sia dalla comunità internazionale sia dalla società civile. Per esempio, già in occasione del [Summit](#) del 2 giugno scorso tra Unione europea e Cina, cioè il giorno dopo la dichiarazione statunitense, il Presidente del Consiglio europeo, Donald Tusk, ha definito la decisione degli Stati Uniti di uscire dall'Accordo di Parigi come un grave errore, maggiore della mancata ratifica statunitense del [Protocollo di Kyoto](#), rispetto al quale l'Accordo di Parigi sarebbe infatti più equo. Ancora, in una [dichiarazione](#) congiunta, la Francia, la Germania e l'Italia hanno affermato di apprendere con rammarico la decisione degli Stati Uniti di recedere dall'Accordo di Parigi. Peraltro, l'annuncio della denuncia dell'Accordo di Parigi è stato oggetto di critiche anche all'interno degli Stati Uniti. Così, in un [comunicato](#) del sindaco di New York, Bill de Blasio, la decisione del Presidente Trump è stata descritta come «an immoral assault on the public health, safety and security of everyone on this planet».

In effetti, l'importanza dell'Accordo di Parigi non deriva meramente dalla sua attualità. Esso ha posto fine alla fase di stallo della lotta internazionale al cambiamento climatico, che si era creata in concomitanza di due fattori. Da un lato, nel 2012 era ormai decorso il quinquennio di riferimento degli impegni del Protocollo di Kyoto, adottato l'11 dicembre 1997 ed entrato in vigore il 16 febbraio 2005. Dall'altro, l'[Emendamento di Doha](#), che avrebbe rinnovato gli obblighi di mitigazione del Protocollo di Kyoto per un secondo periodo di riferimento, intercorrente dal 2013 al 2020, non è mai entrato in vigore a causa del mancato raggiungimento del numero di ratifiche necessario.

Nel breve commento che segue, si leggeranno la dichiarazione statunitense e le relative reazioni internazionali alla luce del

dettato e dell'effettiva portata dell'Accordo di Parigi. Come si vedrà, l'oggetto del discorso presidenziale è stato duplice: esso risiede non solo nel recesso dall'Accordo di Parigi, ma anche nella cessazione immediata del suo adempimento. La dichiarazione degli Stati Uniti assume allora un ampio significato, che sembra confermare la persistente preminenza di certi interessi economici sull'esigenza di un'efficace azione internazionale di contrasto al cambiamento climatico.

2. L'illiceità di un recesso immediato dall'Accordo di Parigi

Una notifica di denuncia, che desse immediato seguito al discorso presidenziale, sarebbe incompatibile con l'*iter* di recesso specificamente previsto dall'Accordo di Parigi. In effetti, di per sé il recesso statunitense dall'Accordo sarebbe lecito: denunciando l'Accordo di Parigi gli Stati Uniti eserciterebbero una facoltà ivi espressamente prevista dall'art. 28. Tuttavia, è evidente che uno Stato denunciante un trattato internazionale deve conformarsi alle pertinenti disposizioni del trattato medesimo, come conferma l'art. 54 della [Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969](#).

In particolare, gli Stati Uniti non potrebbero lecitamente recedere dall'Accordo di Parigi prima del novembre 2019, poiché il citato art. 28 dell'Accordo pone come condizione di denuncia il decorso di almeno tre anni dall'entrata in vigore dell'Accordo stesso per la Parte denunciante. Peraltro, il recesso deve essere notificato in forma scritta al Segretario generale delle Nazioni Unite, quale depositario dell'Accordo, e spiega effetti dalla data indicata nella notifica, e comunque non prima che sia trascorso almeno un anno dalla sua comunicazione al depositario. Ne consegue che, qualora gli

342 Interventi

Stati Uniti notificassero formalmente la propria volontà di recedere subito dopo il decorso dei tre anni dall'entrata in vigore dell'Accordo di Parigi, la loro denuncia non sarebbe efficace prima del novembre 2020.

In realtà, gli Stati Uniti potrebbero accelerare il proprio recesso dall'Accordo di Parigi attraverso la denuncia della Convenzione quadro sul cambiamento climatico. Infatti, secondo l'Accordo di Parigi, il recesso dalla Convenzione quadro comporta che la Parte denunciante receda altresì dall'Accordo. Del resto, l'Accordo di Parigi si iscrive nella cornice della Convenzione quadro: è la Conferenza delle Parti della Convenzione che ha adottato l'Accordo, e ad esse soltanto ne sono aperte la firma e la ratifica. Certo, anche la Convenzione quadro impone che, ai fini del recesso, almeno tre anni siano decorsi dalla sua entrata in vigore per la Parte denunciante. Tale condizione sarebbe però pienamente soddisfatta, atteso che la Convenzione quadro è in vigore dal 21 marzo 1994 anche per gli Stati Uniti.

D'altronde, sembra improbabile l'eventualità di un recesso degli Stati Uniti dalla Convenzione quadro. Nello specifico, ciò comporterebbe la loro esclusione dal principale *forum* internazionale di discussione e decisione in merito all'azione di contrasto al cambiamento climatico. I negoziati sfociati nel Protocollo di Kyoto e nell'Accordo di Parigi suggeriscono che gli Stati Uniti non sono disposti a rinunciare alla propria influenza sulla lotta internazionale al cambiamento climatico, indipendentemente dalla loro effettiva partecipazione a essa (v. [Montini](#), p. 252, e [Bodansky](#), pp. 291-294 *et passim*). Anzi, proprio nella dichiarazione in commento il Presidente Trump ha menzionato l'eventualità di un nuovo negoziato sul clima, che presumibilmente si collocherebbe nella cornice della Convenzione quadro.

In ogni caso, anche quando gli Stati Uniti denunciassero formalmente la Convenzione quadro, ciò non ne comporterebbe l'immediato recesso né dalla Convenzione stessa né, quindi, dall'Accordo di Parigi. Infatti, anche ai termini della Convenzione quadro, il recesso non spiega effetti prima del decorso di un anno dalla notifica di denuncia al depositario della Convenzione.

3. L'annuncio dell'inadempimento immediato dell'Accordo di Parigi

Forse anche in considerazione delle condizioni temporali previste dall'Accordo di Parigi rispetto al recesso, il Presidente Trump non si è limitato a dichiararne la denuncia, ma ha annunciato altresì l'immediata cessazione del suo adempimento. In particolare, l'inadempimento dell'Accordo di Parigi riguarderà il [contributo nazionale](#) alla mitigazione del cambiamento climatico e la partecipazione al [Fondo verde per il clima](#).

La decisione statunitense di porre subito termine all'adempimento dell'Accordo di Parigi, in mancanza di una sua valida denuncia, suscita delle perplessità. Ciò non tanto per l'intenzionalità con cui gli Stati Uniti violerebbero il diritto internazionale, quanto perché l'Accordo di Parigi non impone alle Parti la realizzazione dell'obiettivo di riduzione delle emissioni di gas serra indicato nel rispettivo contributo nazionale. Inoltre, il Fondo verde non è incardinato nell'Accordo di Parigi.

Nello specifico, le Parti dell'Accordo di Parigi assumono non già l'obbligo di risultato consistente nella realizzazione

344 Interventi

dell'obiettivo che esse unilateralmente fissano nel proprio contributo nazionale. Piuttosto, i Contraenti si vincolano a un obbligo di diligenza, rappresentato dal perseguimento di misure domestiche volte al raggiungimento di detto obiettivo (v. [Voigt](#)). Così, se entro il 2025 gli Stati Uniti non avessero ridotto del 26-28% le proprie emissioni di gas a effetto serra rispetto ai livelli del 2005, in conformità dell'obiettivo posto col contributo nazionale, ma avessero dimostrato di aver comunque compiuto ogni sforzo a tal fine, presumibilmente essi non avrebbero commesso un illecito internazionale.

Ormai, però, a fronte dell'espressa intenzione di porre immediatamente termine all'adempimento dell'Accordo di Parigi, sarebbe quantomeno arduo per gli Stati Uniti dimostrare di aver compiuto ogni sforzo per realizzare l'obiettivo di riduzione delle emissioni di gas a effetto serra. Infatti, la dichiarazione presidenziale esclude inequivocabilmente la buona fede degli Stati Uniti.

In aggiunta, come accennato, la cessazione immediata dell'adempimento dell'Accordo di Parigi non è funzionale al ritiro degli Stati Uniti dalla partecipazione al Fondo verde per il clima. In proposito, occorre anzitutto ricordare che il Fondo non è stato costituito con l'Accordo di Parigi, né è ivi espressamente richiamato. Esso è stato creato alcuni anni prima dell'adozione dell'Accordo di Parigi, segnatamente nel 2010, in occasione della XVI Conferenza delle Parti della Convenzione quadro sul cambiamento climatico ([1/CP.16](#), par 102). In particolare, il Fondo verde per il clima rappresenta un ente operativo del meccanismo finanziario previsto dall'art. 11 della Convenzione quadro. Certo, ai sensi dell'art. 9, par. 8, dell'Accordo di Parigi, il meccanismo finanziario della Convenzione quadro funge altresì da meccanismo finanziario dell'Accordo stesso. Ciò non significa, tuttavia, che il Fondo

verde non continui anche a operare nell'ambito del meccanismo finanziario della Convenzione quadro, da cui gli Stati Uniti non hanno dichiarato di voler recedere.

4. La dichiarazione del Presidente Trump quale riaffermazione della sovranità degli Stati Uniti

Posto che l'Accordo di Parigi né esige la realizzazione dell'obiettivo di riduzione delle emissioni di gas serra indicato nei contributi nazionali, né costituisce il fondamento del Fondo verde, la dichiarazione del Presidente Trump assume un valore che trascende la portata dell'Accordo. Tenuto conto anche della menzionata importanza storica dell'Accordo di Parigi, raggiunto a seguito di un lungo negoziato in un momento di paralisi della lotta internazionale al cambiamento climatico, esso assurge al simbolo di un rinnovato impegno collettivo della comunità internazionale nel contrasto al cambiamento climatico. Per converso, la dichiarazione degli Stati Uniti rappresenta il rifiuto di tale impegno. Annunciando la denuncia e l'inadempimento dell'Accordo di Parigi, gli Stati Uniti hanno inteso affermare la prevalenza della sovranità sulle proprie risorse naturali rispetto alla tutela dell'ambiente e, in particolare, del clima. In proposito, sono eloquenti le parole del Presidente Trump: «[the] withdrawal from the [Paris] agreement represents a reassertion of America's sovereignty».

In questa prospettiva, la decisione statunitense della denuncia e dell'inadempimento dell'Accordo di Parigi conferma la precarietà dell'Accordo stesso, così come la persistente resistenza degli Stati a un'efficace azione internazionale di contrasto al cambiamento climatico. Allora, la dichiarazione degli Stati Uniti stupisce nella misura in cui la conclusione e l'entrata in vigore dell'Accordo di Parigi sono state accolte con

346 Interventi

speranza.

In effetti, l'Accordo di Parigi stesso è sintomatico di detto atteggiamento di prudenza (sul punto, sia consentito rinviare a [Gervasi](#)). Basti ricordare che la sua conclusione, la sua rapida entrata in vigore e l'ampia partecipazione a esso sono state possibili essenzialmente grazie all'adozione di un approccio *bottom-up*, che lascia ai Contraenti un ampio margine di discrezionalità nel perseguimento degli obiettivi dell'Accordo, ivi incluso il mantenimento dell'innalzamento delle temperature medie globali entro 2° C., possibilmente intorno a 1,5° C. (v. [Viñuales](#) e [van Asselt](#)). Ciò non sarebbe stato necessario se la comunità internazionale fosse stata realmente intenzionata a impegnarsi nella lotta al cambiamento climatico, specie in considerazione della gravità del fenomeno. Non a caso, numerosi dei piccoli Stati insulari, la cui esistenza stessa è minacciata dall'innalzamento del livello delle acque provocato dal surriscaldamento globale, hanno rimarcato come l'Accordo di Parigi fosse uno strumento inadeguato per un'efficace tutela del clima (v. le [dichiarazioni](#) che le Isole Cook, le Isole Marshall, la Micronesia, Niue, le Isole Salomone, Tuvalu e Vanuatu hanno apposto al momento della ratifica dell'Accordo).

D'altronde, gli Stati Uniti non sarebbero il solo Stato ritroso ad accettare finanche i 'deboli' impegni previsti dall'Accordo di Parigi. La denuncia statunitense non rappresenterebbe l'unico ostacolo alla realizzazione dell'obiettivo di una partecipazione universale all'Accordo, malgrado ogni compromesso volto a tal fine. Infatti, quantunque l'Accordo di Parigi sia stato ratificato da 148 dei 197 Contraenti della Convenzione quadro sul cambiamento climatico, manca ancora la ratifica di quasi cinquanta Parti. Inoltre, tra gli Stati che ancora non partecipano all'Accordo si annovera altresì la Russia, la cui

ratifica del Protocollo di Kyoto ne aveva permesso l'entrata in vigore, pur mancando la partecipazione statunitense, in ragione della propria elevata quantità di emissioni di gas a effetto serra (v. Arbour, Lavallée, Trudeau, *Droit international de l'environnement*, Editions Yvon Blais, Cowansville, 2012², p. 323).

Quale riaffermazione della sovranità degli Stati Uniti, la dichiarazione del Presidente Trump mal si concilia con l'eventualità di un nuovo negoziato in materia di cambiamento climatico, più volte prospettata nel discorso esaminato. Al più, può immaginarsi uno strumento internazionale che conceda alle Parti degli spazi di discrezionalità ancora maggiori rispetto ai margini di libertà già lasciati dall'Accordo di Parigi. Siffatto strumento non solo si differenzerebbe di poco dalla Convenzione quadro sul cambiamento climatico, ma difficilmente sarebbe una risposta efficace alla minaccia del surriscaldamento globale.

15 giugno 2017

Diritto dell'Unione europea

- CARLO TOVO Il Consiglio europeo in tempo di crisi: dall'involuzione istituzionale all'unità nella frammentazione
- ALESSANDRO ROSANÒ *The Battle of Evermore*, ovvero considerazione sui meccanismi attivabili dall'Unione europea per la tutela dello Stato di diritto
- FRANCESCO PALLANTE Diritti e bilancio: quale equilibrio? Un commento alla sentenza 275/2016 della Corte costituzionale
- MAURO GATTI La politica commerciale dopo il parere 2/15: verso accordi "EU-only" senza ISDS/ICS?
- FRANCESCO MUNARI, CHIARA CELLERINO EU Law is Alive and Healthy: the *Achmea* Case and a Happy Goodbye to

Diritto dell'Unione europea 349

Intra-EU Bilateral
Investment Treaties

GIOVANNI ZACCARONI

Ultra vires review e
applicazione orizzontale
del principio di non
discriminazione sulla base
dell'età: una riflessione (a
freddo) su *Dansk Industri*

GIULIA ROSSOLILLO

Corte di giustizia,
matrimonio tra persone
dello stesso sesso e diritti
fondamentali: il caso
Coman

DANIELA MARRANI

Dati personali e
cybersicurezza: la decisione
Breyer della Corte di
giustizia

LUCA CALZOLARI

Preliminary Comments on
the *Google* Case: Bridging
the Transatlantic Digital
Divide by Widening the
Antitrust One

AMEDEO ARENA

Il requisito della
cittadinanza italiana
nell'accesso ai concorsi
pubblici: brevi spunti di
riforma alla luce della
recente giurisprudenza

Alea iacta est: il Tribunale

350 Interventi

DANIELE DOMENICUCCI condanna l'Unione
europea a risarcire i danni
causati dalla violazione del
diritto alla durata
ragionevole del processo

Il Consiglio europeo in tempo di crisi: dall'involuzione istituzionale all'unità nella frammentazione

CARLO TOVO (*)

1. Introduzione

Il 29 aprile il Consiglio europeo si è riunito per la prima volta ufficialmente nel formato “EU27”, per formulare gli [orientamenti](#) che stabiliscono i “principi e le posizioni generali” dell’Unione nei negoziati per il recesso del Regno Unito. Poche settimane prima, gli stessi ventisette Capi di Stato o di governo avevano celebrato i sessant’anni dalla firma dei Trattati istitutivi di CEE e CECA adottando, insieme ai Presidenti del Consiglio europeo, della Commissione e del Parlamento europeo, la c.d. [dichiarazione di Roma](#). Tra i due eventi si snoda, idealmente, la storia recente del Consiglio europeo, dalla progressiva involuzione istituzionale in risposta alla “[policrisi](#)” dell’UE alla ritrovata unità nella frammentazione.

Insieme alla BCE, il Consiglio europeo è la più giovane istituzione dell’Unione, nata come tale solo con il Trattato di

(*) Corte di giustizia dell’UE.

Lisbona. I primi anni dello sviluppo del Consiglio europeo hanno coinciso con quelli della crisi economico-finanziaria dell'UE e sono stati caratterizzati da un assoluto protagonismo politico e da un grande attivismo giuridico. Il progressivo miglioramento delle condizioni macro-economiche e l'insediamento della nuova Commissione sembravano destinate a relegare il Consiglio europeo ai margini della scena istituzionale europea. Le ragioni di tale perdita di centralità avevano radici giuridiche e politiche. Tra le prime si pensi, ad esempio, al rafforzamento del «[partenariato speciale](#)» tra Commissione e Parlamento europeo (e tra i rispettivi [Presidenti](#)); alla progressiva giurisdizionalizzazione dei conflitti interistituzionali (si v., ad esempio, le cause in tema di [distinzione tra atti delegati e di esecuzione](#), di [potere di ritiro della proposta](#), di [azione esterna della Commissione](#) in rappresentanza dell'UE) e all'adozione del nuovo [accordo interistituzionale «Legiferare meglio»](#). Ad esse si sommano altri fattori esogeni alle dinamiche giuridiche interistituzionali, quali l'annunciata (ri)[politicizzazione](#) della Commissione europea ad opera del nuovo Presidente Juncker; l'allargamento del *tandem* franco-tedesco ad altri attori (in particolare l'[Italia](#), prima sola e poi insieme ai [Paesi fondatori dell'UE](#), e da ultimo la [Spagna](#)) e il consolidamento di nuove alleanze tra Stati dell'UE (su tutte, il [Gruppo di Visegrad](#)) o, infine, il cambio di leadership, dal belga Van Rompuy al polacco Tusk.

L'esplosione di due nuove crisi “esistenziali” dell'Unione—quella migratoria e quella del processo di integrazione, a seguito della c.d. Brexit—hanno inevitabilmente riportato il Consiglio europeo e il suo Presidente al centro delle trame politiche dell'Unione. Il rinnovato protagonismo del Consiglio europeo, tuttavia, si fonda sul ricorso **all'informalità, all'atipicità e a soluzioni intergovernative di carattere straordinario**. Parafrasando quanto sostenuto dal primo Segretario generale del Consiglio europeo, sempre più

frequentemente i Capi di Stato o di governo operano «in detachment from the EU institutional system», «carefully [dis]respecting the role of the (other) EU institutions» (v. [Corsepius](#), p. 143).

Come noto, si tratta di un approccio al quale il Consiglio europeo aveva già fatto ricorso in risposta alla crisi economico-finanziaria, in particolare per l'adozione del [Meccanismo europeo di stabilità](#) (ESM) e del [Trattato](#) sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* dell'Unione economica e monetaria (in tema si v., tra gli altri, [Izzo](#)). Ciò nondimeno, tale prassi contrasta con l'istituzionalizzazione del Consiglio europeo operata dal Trattato di Lisbona (§ 2). Essa presenta inoltre diversi profili di potenziale incompatibilità con i Trattati, che meritano di essere brevemente analizzati (§ 3) e inquadrati nelle più complessive tendenze di sviluppo del processo d'integrazione (§ 4).

2. L'involuzione istituzionale del Consiglio europeo nella gestione delle crisi

Come anticipato, un primo “teatro di crisi” dell'Unione, nel quale è (ri)emersa la tendenza all'informalità del Consiglio europeo è costituito dall'emergenza migratoria.

Un primo segnale in tal senso è giunto dalle [dichiarazioni](#) a margine della riunione informale dei Capi di Stato o di governo del settembre 2015. Dette dichiarazioni hanno infatti definito gli orientamenti generali dell'UE nella risposta alla crisi migratoria, che sono stati recepiti e di fatto solo precisati dalle successive [conclusioni](#) formali del Consiglio europeo dell'ottobre 2015.

Il cambio di passo nella gestione intergovernativa della crisi è emerso con evidenza, però, nello sviluppo dei rapporti bilaterali tra Unione e Turchia.

Il vertice informale di settembre, infatti, è stato seguito, nel

novembre 2015, da una prima [riunione](#) dei Capi di Stato o di governo con la controparte turca, nel corso della quale è stato adottato il [piano d'azione comune UE-Turchia](#), convenuto *ad referenda* nel corso del mese di ottobre. Pur essendo stato definito su impulso dei Capi di Stato o di governo, il piano impegnava l'UE e le sue istituzioni (e non i singoli Stati membri) ad adottare una serie di azioni per contenere i flussi migratori e contrastare l'immigrazione irregolare.

L'esigenza di «pervenire a una riduzione sostanziale e sostenibile del numero di ingressi illegali nell'UE dalla Turchia» (segnalata nelle [conclusioni](#) del Consiglio europeo del febbraio 2016, al punto 7) ha spinto i Capi di Stato o di governo a [riunirsi](#) in altre due occasioni: il 7 marzo 2016, anzitutto con il primo ministro turco e poi separatamente a livello informale, e il 18 marzo 2016, a margine e a seguito del Consiglio europeo. In quest'ultima occasione, i «membri del Consiglio europeo» e «la controparte turca» hanno adottato la [Dichiarazione UE-Turchia](#) (in seguito, “Dichiarazione”).

Il carattere vincolante di tale Dichiarazione è stato dibattuto in dottrina: secondo alcuni Autori (si v., tra gli altri [Gatti](#), [Cannizzaro](#), [Corten e Dony](#)) essa costituirebbe un accordo internazionale atipico, come tale concluso in violazione dell'art. 218 TFUE; secondo altri Autori, invece, la Dichiarazione avrebbe natura di *statement* politico ([Peers](#) e [Fernández Arribas](#)) e sarebbe pertanto formalmente valida. Ai fini della presente analisi, tuttavia, ciò che rileva è la **“fuga” dal diritto e dal quadro istituzionale dell'Unione** operata dagli Stati membri e sancita dal Tribunale nell'[ordinanza NF c. Consiglio europeo](#) (causa T-192/16, punto 71).

Dalla lettera e del contenuto della Dichiarazione si può desumere che essa costituisca un atto negoziato dal Presidente del Consiglio europeo e concluso da (tutti) i «membri del Consiglio europeo» e che impegna l'Unione e le sue istituzioni e agenzie. Ciò nonostante, tutte le istituzioni politiche dell'UE

(incluso il Parlamento, contro il proprio interesse) e i giudici di Lussemburgo hanno sostenuto che la Dichiarazione non costituisca un atto del Consiglio europeo, ma vada attribuita agli Stati membri riuniti in sede di Consiglio europeo.

Una seconda frontiera della “de-istituzionalizzazione” del Consiglio europeo è quella riguardante la risposta alla crisi identitaria dell'Unione, idealmente consumatasi nell'arco di tempo compreso tra la [Nuova intesa per il Regno Unito nell'Unione europea](#) (in seguito, “Nuova intesa”) e la [dichiarazione di Roma](#) del 25 marzo scorso.

Come noto, a seguito della formalizzazione della convocazione del referendum da parte dell'allora premier Cameron nel corso del [Consiglio europeo del giugno 2015](#), e di intensi negoziati condotti dal Presidente Tusk, il [Consiglio europeo del febbraio 2016](#) aveva raggiunto un accordo che rafforzava lo “status speciale” del Regno Unito nell'UE. Quest'ultimo era definito, in particolare, da una decisione dei Capi di Stato o di governo riuniti in sede di Consiglio europeo.

Come sottolineato da numerosi autori ([Jacqué](#), [Rossolillo](#), [Pistoia](#)) e dal giureconsulto del Consiglio europeo, nel [parere](#) dell'8 febbraio sulla bozza di decisione, essa costituiva un accordo internazionale giuridicamente vincolante concluso dai Capi di Stato o di governo dell'UE in forma semplificata. Sebbene trovasse dei precedenti in due decisioni adottate in occasione dei referendum danese e irlandese (dunque precedentemente all'istituzionalizzazione del Consiglio europeo), la Nuova intesa aveva un valore particolarmente “eversivo” rispetto ai fondamenti del processo di integrazione.

In primo luogo, la decisione contestava il cardine politico della costruzione europea, cioè la sua finalizzazione alla «destinazione comune» di «un'unione sempre più stretta fra i popoli europei». A tal fine, le Parti contraenti non si limitavano ad un'affermazione di principio, ma, fin dal secondo

356 Interventi

‘considerando’, qualificavano la decisione come uno strumento di interpretazione dei Trattati ai sensi dell’art. 31(3)(a) della [Convenzione di Vienna sul diritto dei Trattati](#), invocando implicitamente il precedente della [sentenza Rottmann](#) (causa C-135/10, punto 40), riguardante la decisione dei Capi di Stato o di governo in vista del referendum danese. In secondo luogo, la decisione obbligava gli Stati membri a procedere ad una revisione dei Trattati per recepire gli «aspetti di merito» dell’atto e li impegnava a inserire nei futuri atti di adesione misure transitorie limitative della libertà di circolazione.

Come noto, in virtù dell’[esito del referendum](#), favorevole alla Brexit, l’insieme delle disposizioni convenute in sede di Consiglio europeo ha cessato di esistere. L’esito del referendum non ha tuttavia determinato un ritorno alle forme e alle procedure tipiche previste dai Trattati. Al contrario, ha aperto una nuova e più intensa **fase di informalità** in seno al Consiglio europeo.

La decisione del governo inglese di rinviare l’avvio delle procedure di recesso disciplinate dall’art. 50 TUE ha infatti obbligato gli altri ventisette Stati membri dell’UE a procedere a consultazioni informali, separatamente o a margine di Consigli europei.

Le riunioni informali, susseguitesì a cadenza sostenuta tra il giugno 2016 e il marzo 2017, hanno avuto ad oggetto la Brexit e, più in generale, il futuro del processo d’integrazione, in vista della celebrazione dell’anniversario della firma dei Trattati di Roma. In entrambi i casi i vertici si sono svolti in una formazione analoga a quella del Consiglio europeo, con la partecipazione dei Presidenti del Consiglio europeo e della Commissione.

Le riunioni si sono generalmente concluse con la pubblicazione di dichiarazioni, riconducibili a quelli che [Dashwood](#) ha definito «Council conduct agreements», norme

di condotta che vincolano a vario titolo gli Stati nell'esercizio delle loro funzioni negli organi intergovernativi dell'UE. Pur rimarcando che spettava al Consiglio europeo adottare gli orientamenti relativi ai negoziati ai sensi dell'art. 50(2) TUE, la [dichiarazione del 29 giugno 2016](#) ha infatti predeterminato alcuni elementi non negoziabili della posizione dell'UE27, come ad esempio l'inscindibilità delle libertà fondamentali. La successiva [dichiarazione del dicembre 2016](#), invece, oltre a ribadire l'impegno di «attenersi ai principi» stabiliti dalla precedente, ha dettato precise direttive procedurali per la negoziazione dell'accordo di recesso, ulteriori rispetto a quelle previste dall'art. 50 TUE, ad esempio riguardo all'identità del negoziatore dell'Unione e alla composizione della squadra di negoziato, o agli obblighi di informazione periodica a favore del PE (v. allegato alla dichiarazione, parr. 3 e 7).

Anche la [dichiarazione di Bratislava](#) del settembre 2016, del resto, ha di fatto sottratto al Consiglio europeo la sua funzione di impulso, anticipando l'adozione di alcune decisioni e orientamenti da parte di quest'ultimo e più in generale definendo le «priorità essenziali» dell'UE in un programma di lavoro concordato con il Presidente del Consiglio europeo, la presidenza del Consiglio e la Commissione.

Diversamente dalla gestione della crisi migratoria, nel caso della Brexit il ricorso all'informalità può essere, per così dire, giustificato dallo «stato di necessità» determinato dalla scelta del Regno Unito di ritardare la notifica formale della propria intenzione di recedere, pur avendo affermato sul piano politico l'irreversibilità della scelta referendaria. Le riunioni informali dei Capi di Stato o di governo erano, in tal senso, funzionali a preservare l'unità del quadro istituzionale e testimoniavano la volontà degli Stati membri di rispettare le procedure dettate dall'art. 50 TUE, secondo il principio «no negotiations without notification» (come si desume chiaramente, ad esempio, dalla [lettera](#) inviata dal Presidente Tusk ai Capi di Stato o di governo

prima del vertice di Bratislava). Entrambe le crisi, tuttavia, hanno messo in luce i medesimi limiti all'istituzionalizzazione del Consiglio europeo e le antinomie che un ricorso—volontario o obbligato—all'informalità fa sorgere rispetto ai Trattati e ai principi generali del diritto dell'UE.

Infine, l'ultima, simbolica, pagina dell'involuzione istituzionale del Consiglio europeo è stata scritta in occasione della rielezione (a maggioranza qualificata) del Presidente Tusk, nel marzo 2017.

Per la prima volta dall'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, infatti, il Consiglio europeo non è pervenuto all'adozione di conclusioni, a causa dell'opposizione di un membro. Come noto, si tratta della Polonia, che aveva duramente contrastato la ricandidatura di Tusk, [minacciando](#) di opporre il proprio veto alla pubblicazione delle conclusioni. Sotto il profilo giuridico, ciò che rileva è che le [conclusioni](#) siano state adottate dal Presidente del Consiglio europeo, analogamente alla prassi antecedente alla revisione dei Trattati, in base alle quale gli esiti delle riunioni dei Capi di Stato o di governo erano riassunti da conclusioni della Presidenza (del Consiglio dei ministri).

Alla luce della giurisprudenza della Corte (si v. in particolare la [sentenza](#) *Parlamento c. Consiglio e Commissione*, cause riunite C-181/91 E C-248/91, punto 14) e considerato il contenuto dell'atto (che fa riferimento al Consiglio europeo, anche in termini prescrittivi) e le circostanze della sua adozione (una riunione formale del Consiglio europeo, con la partecipazione di tutti i suoi membri), le conclusioni sembrano attribuibili al Consiglio europeo. D'altra parte, però, è la stessa lettera dell'atto a precisare che le conclusioni non godono dell'«approvazione formale» di tale organo «in quanto istituzione».

Si potrebbe sostenere dunque che, nel caso di specie, si sia di fronte ad una sorta di duplice *dédoublement fonctionnel* del

Consiglio europeo. Esso ha agito come **consesso intergovernativo**, come tale privo di autonomia giuridica nell'ordinamento dell'UE, **esprimendo una volontà collegiale distinta da quella dell'istituzione dell'Unione**. A tal fine, il Consiglio europeo è stato rappresentato dal proprio Presidente, che ha operato al contempo da organo dell'Unione *ex art. 15(6) TUE* e da **organo comune** degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio europeo, raccogliendo le deliberazioni di questi ultimi nelle proprie conclusioni.

Pur trattandosi di un incidente di percorso, che le stesse conclusioni addebitano a «ragioni indipendenti dal merito», la vicenda si presta dunque ad esemplificare plasticamente l'**involuzione istituzionale** del Consiglio europeo sopra riassunta.

3. I principali profili di illegittimità della prassi decisionale del Consiglio europeo

La prassi analizzata presenta almeno tre profili di incompatibilità con i Trattati e i principi generali del diritto dell'Unione, che toccano i principali “fondamenti costituzionali” dell'ordinamento dell'UE.

Una prima antinomia investe le norme che regolano il **riparto di competenze** tra Stati membri e Unione europea. Si tratta in particolare dell'ipotesi, adombrata dal Tribunale nell'[ordinanza NF c. Consiglio europeo](#) (punti 71-72), nella quale si considerasse la dichiarazione UE-Turchia come un accordo internazionale vincolante concluso in forma semplificata dai Capi di Stato o di governo.

Infatti, in un settore di competenza concorrente quale quello dello spazio di libertà sicurezza e giustizia, gli Stati membri non sono legittimati ad agire, né singolarmente, né tantomeno collettivamente, nella misura in cui l'UE abbia già esercitato la propria competenza e non li abbia autorizzati ad

360 Interventi

assumere obblighi in propria rappresentanza. Ciò discende, su di un piano generale, dal combinato disposto dell'art. 2(6) TFUE e delle basi giuridiche specifiche relative alla politica comune dell'immigrazione e in materia di asilo (artt. 77-79 TFUE)—che peraltro prevedono una competenza esterna espressa dell'UE rispetto alla conclusione di accordi in materia di riammissione (art. 79(3) TFUE), già esercitata nel caso della [Turchia](#)—e dai principi di *preemption* e del parallelismo delle competenze interne ed esterne (sul punto si cfr. [Cannizzaro 2016](#) e [Cannizzaro 2017](#)).

A tali considerazioni si potrebbe obiettare che, anche qualora l'UE goda di una competenza (esterna) esclusiva in materia, gli Stati membri possono legittimamente concludere, singolarmente o collettivamente, accordi internazionali con Stati terzi per conto e nell'interesse dell'Unione, qualora autorizzati da quest'ultima. Tale è il caso, in particolare, dei protocolli d'intesa conclusi dagli Stati membri con Stati terzi al fine di dare attuazione ad accordi di riammissione conclusi dall'UE, previsti anche dall'accordo di riammissione UE-Turchia, agli artt. 20 e 21 (si v., su tale prassi, [Casolari](#), pp. 47-48 e 57 ss.). Si potrebbe dunque sostenere che la dichiarazione UE-Turchia costituisca un atto atipico di attuazione dell'accordo di riammissione, al quale sarebbe applicabile per analogia la disciplina dettata per i protocolli. A ben vedere, tuttavia, lo stesso accordo di riammissione condiziona l'entrata in vigore di tali protocolli alla previa notifica al comitato misto per la riammissione istituito dall'accordo e legittima la conclusione di sole intese bilaterali, condizioni che difettano nel caso della dichiarazione UE-Turchia.

Una seconda specie di conflitti tra la prassi analizzata in precedenza e il diritto primario riguarda le disposizioni dei Trattati che dettano specifiche **procedure per l'adozione di atti dell'UE**.

Come anticipato, tale sarebbe sicuramente il caso della dichiarazione UE-Turchia, qualora la si qualificasse—diversamente dal Tribunale—come un accordo vincolante concluso dall'UE. Infatti, insistendo su settori coperti dalla procedura legislativa ordinaria, tale accordo avrebbe dovuto essere adottato nel rispetto dell'art. 218 TFUE e in particolare avrebbe dovuto essere approvato dal Parlamento europeo, ai sensi dell'art. 218(6) TFUE (così [Gatti](#)).

Un'altra potenziale ipotesi di violazione, cessata a seguito dell'esito del referendum inglese, riguardava invece la Nuova intesa e in particolare il rapporto tra la relativa decisione dei Capi di Stato o di governo e l'art. 48 TUE.

Si è già sottolineato che la decisione impegnava gli Stati membri a recepire alcuni «aspetti di merito» dell'atto nel diritto primario, in occasione di una successiva revisione dei Trattati. Secondo il già menzionato [parere](#) del giureconsulto del Consiglio europeo (parr. 7 e 13), nella misura in cui facevano riferimento al merito e non alla lettera delle revisioni, queste norme non pre-negoziavano né pregiudicavano la precisa formulazione degli emendamenti ai Trattati e dunque non violavano le procedure di revisione previste dagli stessi. Il parere sottolineava inoltre il fatto che la decisione facesse salvo espressamente il rispetto delle «pertinenti disposizioni dei Trattati» e delle «rispettive norme costituzionali degli Stati membri».

Si tratta, evidentemente, di un'interpretazione formalistica del diritto primario. Da un lato, in ragione dell'identità dei soggetti deliberanti, la Nuova intesa frustrava l'obbligo di previa consultazione del Parlamento europeo e della Commissione previsto dall'art. 48(3) TUE per l'adozione di decisioni del Consiglio europeo favorevoli all'esame di un progetto di revisione. Consultazione che, in quanto riflesso del principio democratico, avrebbe dovuto essere necessariamente effettiva (v., per analogia, le c.d. sentenze *Isoglucosio*, nelle

362 Interventi

cause *Roquette frères c. Consiglio*, 138/79, punto 33 e *Maizena c. Consiglio*, 139/79, punto 34). Dall'altro lato, nella misura in cui, in virtù delle loro funzioni, i Capi di Stato o di governo riuniti in sede di Consiglio europeo impegnano la volontà dei rispettivi Stati membri ai sensi dell'art. 7(2)(a) della [Convenzione di Vienna](#) sul diritto dei Trattati, la Nuova intesa predeterminava nel merito l'esito della conferenza intergovernativa di cui all'art. 48(4) TUE, vanificando le eventuali raccomandazioni adottate dalla convenzione.

Una terza ed ultima specie di antinomia sorge infine con riferimento ad alcuni **principi generali del diritto dell'Unione**, il cui rispetto si impone anche agli Stati membri nel legittimo esercizio delle proprie competenze (si v. la [sentenza Pringle](#), al punto 69).

La prassi ricostruita nel corso del paragrafo precedente sembra contrastare non solo con il principio di attribuzione, ma anche con quello di leale cooperazione, nella sua dimensione "ascendente" di cui all'art.4 (3)(3) TUE. Si potrebbe sostenere, ad esempio, che gli Stati membri avrebbero dovuto astenersi dall'adottare una misura, come la dichiarazione UE-Turchia, che mettesse in pericolo la realizzazione degli obiettivi dell'Unione, tra i quali figurano, *ex art. 3(3) e (5) TUE*, la lotta contro le discriminazioni e la promozione dei valori dell'UE, ivi compreso il rispetto della dignità e dei diritti umani, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto (v. ad esempio, le considerazioni di [Roman](#) rispetto alla discriminazione sulla base della nazionalità dei richiedenti asilo).

La scelta degli Stati membri di procedere per vie intergovernative extra-ordinamentali in settori che rientrano nella sfera d'applicazione del diritto dell'UE (e dunque della Carta, alla luce delle sentenze *Åkerberg Fransson*, punti 19-21 e *Delvigne*, punti 26-27) viola inoltre il diritto ad una tutela

giurisdizionale effettiva (in tema v. anche [Cannizzaro 2017](#)).

Come rilevato dal Tribunale nell'[ordinanza NF c. Consiglio europeo](#) (punto 43), il Trattato di Lisbona, riconducendo il Consiglio europeo al quadro istituzionale dell'UE, aveva esteso la competenza della Corte di giustizia agli atti adottati da tale organo, colmando il precedente deficit di controllo giurisdizionale. La stessa ordinanza (*ivi*, punti 44-45) ha tuttavia affermato che se, alla luce del loro contenuto e delle circostanze in cui sono state adottate, le decisioni dei Capi di Stato o di governo fisicamente convenuti nella sede di un'istituzione dell'UE sono assunte in rappresentanza dei rispettivi Stati membri, nell'esercizio collettivo dei poteri di questi ultimi e non in qualità di membri del Consiglio europeo, tali atti sfuggono al controllo della Corte di giustizia.

L'ordinanza si pone in continuità con la precedente giurisprudenza della Corte relativa alle deliberazioni assunte dagli Stati membri in sede di Consiglio. Alla luce della composizione e delle modalità deliberative del Consiglio europeo, tuttavia, l'analogia operata dal Tribunale si rivela strutturalmente impropria. Come noto, infatti, il Consiglio europeo è composto da leader che in ragione delle loro funzioni rappresentano gli Stati membri senza presentare pieni poteri e da due membri non votanti (i Presidenti del Consiglio europeo stesso e della Commissione); esso delibera generalmente per consenso e non è subordinato ad alcuna procedura, né a particolari obblighi di forma o pubblicità (artt. 4(3) e 10(1) del [regolamento interno](#) del Consiglio europeo). L'esame condotto dal Tribunale nell'[ordinanza NF c. Consiglio europeo](#) (punti 49-55 e 62-69), di conseguenza, testimonia come sia sufficiente che, nell'esercizio della propria *autonomia istituzionale*, il Consiglio europeo si spogli della propria veste istituzionale e qualifichi la propria formazione come una riunione dei Capi di Stato o di governo in rappresentanza dei rispettivi Stati membri, perché gli atti prodotti in tale sede

sfuggano al controllo della Corte.

Infine, un ulteriore potenziale profilo di illegittimità della prassi informale in sede di Consiglio europeo rispetto ai principi generali del diritto dell'UE potrebbe investire il principio dell'equilibrio istituzionale, così come codificato dall'art. 13(2) TUE. L'antinomia discenderebbe dall'«uso» del Consiglio europeo, del suo Presidente e di altri organi dell'UE da parte degli Stati membri, in violazione della loro autonomia istituzionale e del riparto di attribuzioni orizzontale tra istituzioni dell'UE.

Diversamente dalle ipotesi precedenti, tuttavia, in quest'ultimo caso la prassi esaminata sembra essere compatibile con il diritto dell'UE. A tal proposito, nella già menzionata [sentenza Pringle](#) (punto 158) la Corte ha sostenuto che «nei settori che non rientrano nella competenza esclusiva dell'Unione, gli Stati membri hanno il diritto di affidare alle istituzioni, al di fuori dell'ambito dell'Unione, compiti come il coordinamento di un'azione comune da essi intrapresa o la gestione di un'assistenza finanziaria [...] a condizione che tali compiti non snaturino le attribuzioni che i Trattati UE e FUE conferiscono a tali istituzioni», attribuzioni delle quali la Corte ha proposto un'interpretazione particolarmente estensiva (v., ad esempio, ai punti 163-164, rispetto ai compiti relativi alla promozione dell'interesse generale e all'applicazione del diritto dell'UE conferiti alla Commissione dall'art. 17(1) TUE).

Nella misura in cui non amplino il novero dei poteri degli organi dell'UE, ma solo l'ambito di applicazione materiale di tali poteri (dunque senza violare l'equilibrio istituzionale definito dal Trattato), l'impiego strumentale degli organi dell'UE da parte degli Stati membri riuniti in sede intergovernativa sembra dunque legittimo. Tale sembra essere, ad esempio, il caso delle funzioni esercitate dalla Commissione e dal Presidente del Consiglio europeo nei negoziati che hanno preceduto l'adozione della dichiarazione UE-Turchia.

4. Conclusioni: unità nella disintegrazione e possibili riforme costituzionali

La scelta di affidare la definizione degli orientamenti e le priorità generali dell'Unione ad un organo, qual è il Consiglio europeo, che delibera per consenso, si fonda su un assioma, proclamato dal preambolo ai Trattati: la tensione unitaria degli Stati membri verso il traguardo finalistico dell'«Unione sempre più stretta fra i popoli dell'Europa». In base a tale principio, al Consiglio europeo spetterebbe solo dar forma ad un «common sense of direction and a feeling of shared responsibility within the Union» nell'ambito del processo (positivo) di integrazione (così [Corsepius](#), p. 136).

Come testimoniato, con il consolidarsi di tendenze centrifughe e il rifiuto politico (se non giuridico) dell'obiettivo della *ever closer Union*, ratificato dallo stesso Consiglio europeo fin dalle [conclusioni](#) del giugno 2014, la definizione degli indirizzi politici dell'Unione non ha più potuto basarsi sul contemperamento delle diverse “ricette nazionali” d'integrazione europea. Al contrario, si è dovuta fondare su una *conventio ad excludendum* rispetto a quegli Stati membri (Regno Unito, Repubblica Ceca, Polonia, ...) non più disposti, in tutto o in parte, a partecipare al processo deliberativo.

L'**istituzionalizzazione “debole”** del Consiglio europeo, fondata sul consenso, nel contesto di un ordinamento formalistico improntato a principi di coerenza e completezza, ha impedito di internalizzare un processo deliberativo fondato sul conflitto (v. in tal senso la [Risoluzione](#) del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 sulle evoluzioni e gli adeguamenti possibili dell'attuale struttura istituzionale dell'Unione europea, ‘considerando’ N). L'assenza di strumenti decisionali maggioritari ha consegnato le chiavi di tale processo agli Stati membri, in un «deserto istituzionale» intergovernativo

nel quale «il potere politico è concentrato nelle mani degli Stati che agiscono per tramite del Consiglio europeo» (così [Cannizzaro](#)), proprio nel momento della definizione degli impulsi fondamentali per lo sviluppo dell'UE, quali quelli relativi alle modalità di soluzione della “policrisi” dell'Unione.

Come dimostrato, il prezzo pagato dall'ordinamento dell'UE a tale scelta è altissimo. La “fuga” dal diritto dell'Unione e dalla sua cornice istituzionale hanno comportato innanzitutto la **rinuncia alle garanzie** fornite da tale ordinamento, in particolare sotto il profilo della completezza e dell'effettività del controllo giurisdizionale degli atti giuridici dell'UE. Esse hanno accentuato, inoltre, l'**opacità nella ripartizione delle responsabilità politiche** tra istituzioni dell'Unione e tra queste e gli Stati membri (così anche la [Risoluzione](#) del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 sulle evoluzioni e gli adeguamenti possibili dell'attuale struttura istituzionale dell'Unione europea, par. 6), e con essa la tendenza all'“EU bashing”. Il processo di “de-istituzionalizzazione” del Consiglio europeo, inoltre, ha negato l'impegno, affermato dalla [relazione finale](#) del gruppo di lavoro IX Semplificazione della Convenzione europea, a che «atti dotati della stessa forza giuridico-politica abbiano lo stesso fondamento in termini di **legittimità democratica**».

Paradossalmente (ma auspicabilmente), l'avvio formale di processi di disintegrazione e l'apertura politica a percorsi di differenziazione, sembrano fattori in grado di arrestare, se non di invertire, l'involuzione istituzionale del Consiglio europeo.

In primo luogo, a seguito della notifica dell'intenzione di recedere da parte del Regno Unito del 29 marzo 2017, e fin dall'[annuncio dell'avvenuta notifica](#), il Consiglio europeo ha pienamente riassunto le proprie funzioni, nella formazione a ventisette prevista dall'art. 50(4) TUE. A tal proposito, appare interessante rilevare che gli [orientamenti](#) del Consiglio europeo

in vista dei negoziati per il recesso si concludono con una norma di salvaguardia (par. 28) mediante la quale il Consiglio europeo approva—e, dunque, si vincola a—le procedure per la conduzione di tali negoziati dettate dalla [dichiarazione](#) dei ventisette Capi di Stato e di Governo, del Presidente del Consiglio europeo e della Commissione, a margine della riunione informale del 15 dicembre 2016.

Ciò sembra confliggere con la lettera del Trattato e con l'obbligo di leale cooperazione nei confronti dello stato recedente da parte del Consiglio europeo e degli altri Stati membri riuniti informalmente in tal sede, riconosciuto dagli stessi orientamenti (par. 25). Ai sensi dell'art. 50(4) TUE, infatti, lo stato recedente è escluso dalle deliberazioni e dalle decisioni del Consiglio europeo solo «ai fini dei paragrafi 2 e 3» dell'art. 50 TUE e dunque limitatamente alla formulazione degli orientamenti in vista dei negoziati relativi all'accordo di recesso e all'eventuale proroga del termine biennale per la conclusione di tali negoziati. *A fortiori*, l'esclusione dello stato recedente dal Consiglio europeo si applica dunque solo successivamente alla notifica dell'intenzione di recedere. D'altra parte, la previsione in esame testimonia l'intenzione del Consiglio europeo di sanare il *vulnus* seguito al referendum inglese, attraverso una norma di copertura che consenta di attribuire retroattivamente le deliberazioni informali dei ventisette all'istituzione dell'Unione.

In secondo luogo, nell'ambito della c.d. [dichiarazione di Roma](#), figura un'apertura (implicita) dei ventisette Capi di Stato o di governo a percorsi di integrazione differenziata, nella forma di cooperazioni rafforzate. Tale dichiarazione recita infatti: «we will act together, at different paces and intensity where necessary, while moving in the same direction, as we have done in the past, in line with the Treaties and keeping the door open to those who want to join later». Se fosse recepita, questa indicazione dovrebbe portare a ricondurre la

cooperazione intergovernativa nell'alveo del diritto dell'Unione e dunque all'abbandono della pratica del ricorso ad accordi internazionali tra Stati membri.

In questo contesto, emerge con sempre maggiore evidenza il fatto che la chiave di volta dell'unità e integrità del quadro istituzionale dell'Unione sia costituita dal **Presidente del Consiglio europeo**, più che dall'istituzione nella sua composizione collegiale. È spettato a quest'ultimo, infatti, assicurare la continuità dei lavori e facilitare il consenso non solo all'interno della tradizionale cornice istituzionale, ma anche in occasione delle riunioni informali in sede di Consiglio europeo; il ruolo del Presidente ha costituito, inoltre, un *trait d'union* imprescindibile tra tali consessi intergovernativi e il quadro istituzionale dell'Unione.

Non stupisce, perciò, che proprio questo organo sia stato recentemente oggetto di dibattito (si v. la [Risoluzione](#) del Parlamento europeo del 16 febbraio 2017 sul miglioramento del funzionamento dell'Unione europea sfruttando le potenzialità del trattato di Lisbona, par. 26 e gli interventi di [Esposito e Galli della Loggia](#), [Tajani](#), [Letta](#) e [Gozi](#)) rispetto all'opportunità di fondere le funzioni di Presidente della Commissione e del Consiglio europeo e di procedere alla sua elezione diretta attraverso il meccanismo degli *Spitzenkandidaten*.

Si tratta di una proposta suggestiva, che tuttavia, a Trattati costanti, sottovaluta il rischio di aggravare in tal modo la percezione dei cittadini di un deficit di trasparenza, efficienza e democraticità dell'Unione. Un Presidente dell'UE privo di poteri di impulso e orientamento politico resterebbe infatti pur sempre alla mercé dei Capi di Stato o di governo e sarebbe probabilmente ancor più incentivato a ricorrere al diritto internazionale per superare gli ostacoli derivanti dal complesso equilibrio istituzionale dell'Unione.

Più in generale, non va dimenticato che le istituzioni non

sono il fine ma lo strumento del processo d'integrazione.

Come testimonia il [Libro bianco sul Futuro dell'Europa](#) presentato dalla Commissione europea, la riflessione è aperta e l'esito di tale processo d'integrazione ancora incerto. Ancora una volta, spetterà al Consiglio europeo tirare le fila del dibattito e decidere una linea d'azione unitaria. L'auspicio è che i Capi di Stato o di governo assumano finalmente la responsabilità "costituzionale" di dare all'Unione «gli impulsi **necessari** al suo sviluppo», all'interno della cornice istituzionale europea e senza più fuggire dal diritto dell'UE.

8 maggio 2017

The Battle of Evermore, ovvero considerazioni sui meccanismi attivabili dall'Unione europea per la tutela dello Stato di diritto

ALESSANDRO ROSANÒ (*)

Nell'ultimo anno, si sono registrate, da parte delle istituzioni dell'Unione europea (UE), due iniziative rilevanti quanto alla tutela dello Stato di diritto quale valore fondante dell'UE. Il 20 dicembre 2017, la [Commissione europea](#) ha attivato la procedura prevista dall'art. 7, par. 1, del Trattato sull'Unione europea (TUE) in relazione ai provvedimenti assunti dal governo e dalla maggioranza parlamentare polacchi, lesivi dell'indipendenza del potere giudiziario (sul punto, v. [Kochenov et al.](#) e, in generale, sulla situazione in Polonia, [Sadurski](#) e [von Bogdandy et al.](#)). Il 12 settembre 2018, il [Parlamento europeo](#) ha deciso di fare altrettanto con riferimento all'Ungheria a causa di una serie di problemi inerenti – *inter alia* – al funzionamento del sistema costituzionale e del sistema elettorale, all'indipendenza della magistratura, alla protezione dei dati personali, alla libertà accademica e di religione, alla tutela dei diritti delle minoranze

(*) Università di Torino.

e dei migranti (al riguardo, v. [Bachmann](#) e, per un'introduzione alla situazione dell'Ungheria, [Halmai](#) e [Sonnevend](#)) Tali scelte, ancorché lodevoli sul piano politico, pongono dei problemi quanto alla loro tempestività – almeno per quel che riguarda l'Ungheria, ove gli inizi della crisi dello Stato di diritto possono essere fatti risalire al 2010 – e alla loro efficacia, data la difficoltà di arrivare a sanzionare effettivamente i due Stati membri per le violazioni del sistema valoriale dell'Unione.

Da tempo, sono stati identificati alcuni strumenti che, sulla base del diritto dell'UE, risulterebbero utilizzabili ai fini della tutela dello Stato di diritto. Dal canto suo, la dottrina li ha sottoposti a un approfondito scrutinio al fine di stabilire se possano funzionare e a quali risultati possano effettivamente condurre (per un'introduzione, v. [von Bogdandy e Ioannidis](#) e [Jakab e Kochenov](#)).

Scopo del presente contributo è individuare e valutare i meccanismi di risposta ai quali potrebbe farsi ricorso nell'ambito dell'UE al fine di assicurare la tutela dello Stato di diritto e, in generale, dei valori su cui si fonda l'UE. Partendo dall'art. 7 TUE, la riflessione intende allargarsi ad altre figure, identificandone i punti di forza e di debolezza. Nelle conclusioni, si sosterrà la tesi che nessuno degli strumenti individuati risulta, da solo, idoneo a proteggere adeguatamente l'assetto assiologico dell'Unione e che, tuttavia, una combinazione degli stessi potrebbe portare a dei risultati convincenti.

Come ricordato *supra*, l'art. 7 del TUE è al centro delle cronache per via delle decisioni della Commissione europea e del Parlamento europeo di attivare il meccanismo ivi previsto nei confronti dell'Ungheria e della Polonia.

Al di là del rilievo storico e politico che può attribuirsi a tali scelte – in entrambi i casi, si è trattato di prime volte – è ormai chiaro a chiunque che quella definita quale opzione nucleare

372 Interventi

dall'allora Presidente della Commissione [José Barroso](#) sia, in realtà, poco più che un'arma giocattolo.

Ciò può essere sostenuto alla luce del fatto che, per arrivare all'applicazione delle sanzioni previste dall'art. 7, par. 2, sia richiesta una deliberazione all'unanimità da parte del Consiglio europeo. Per quanto l'art. 354, par. 1, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea (TFUE) escluda dalla deliberazione lo Stato membro sotto accusa, è ben difficile che gli altri ventisette Stati arrivino a una decisione unanime, soprattutto nel caso in cui i problemi relativi alla tutela dello Stato di diritto riguardino più Stati. Non a caso, [Ungheria](#) e [Polonia](#) si sono promesse reciproco aiuto, ove una simile situazione venisse a proporsi.

La possibilità di ricorrere a una deliberazione da parte del Consiglio europeo che riguardi più Stati contemporaneamente, con la conseguenza, quindi, di escludere tutti questi dalla votazione, si scontra con il tenore letterale dell'art. 354 e, dunque, difficilmente potrebbe essere attuata e passare un vaglio dinanzi alla Corte di giustizia, ove la deliberazione fosse impugnata.

Vi è poi un'ulteriore critica da svolgere. Come già detto, la proposta della Commissione di attivare l'art. 7, par. 1, in relazione alla Polonia risale al 20 dicembre 2017. A distanza di dieci mesi, il Consiglio non si è ancora riunito per deliberare sulla sussistenza di un evidente rischio di violazione in quello Stato e, al momento, una simile riunione non appare in programma. A oggi, si registra soltanto una discussione avvenuta durante il [Consiglio Affari Generali](#) del 26 giugno scorso che ha permesso ai ministri partecipanti "to have an in-depth exchange with Poland on the concerns identified in the Commission's reasoned proposal".

È evidente, allora, la carenza di una volontà politica di proseguire lungo la strada aperta dalla Commissione europea e, quanto all'Ungheria, dal Parlamento europeo.

Dunque, il giudizio sul rimedio di cui all'art. 7 non può che essere negativo, come negativa deve essere la valutazione sul [quadro](#) per rafforzare lo Stato di diritto, definito nel 2014 dalla Commissione europea (su cui v. [Rossi](#)). Stando a quanto indicato dalla Commissione, essa intende affrontare e – presumibilmente – risolvere situazioni di crisi sistemica attraverso una procedura articolata in tre fasi: a) la ricerca di una soluzione tramite il dialogo con lo Stato membro interessato dalla crisi; b) l'adozione di una raccomandazione, ove non sia stato possibile risolvere il problema, con la quale si individuerà un termine entro cui lo Stato dovrà provvedere; c) un *follow-up* al fine di accertare quanto fatto da parte dello Stato che condurrà, in caso di esito negativo, all'attivazione della procedura di cui all'art. 7.

Salutato con entusiasmo da parte di autorevole dottrina (v. [von Bogdandy et al.](#)), il meccanismo in parola non sembra reggere il confronto con la realtà, almeno alla luce della sua applicazione nei confronti della Polonia. L'adozione di [quattro raccomandazioni](#) nell'arco di due anni non ha sortito alcun effetto e ha anzi portato a posticipare la scelta di attivare la procedura di cui all'art. 7, par. 1. Ulteriormente, appare quanto mai incongruo il fatto che iniziative analoghe non siano state assunte nei confronti dell'Ungheria (v. [Pech e Scheppele](#)).

Considerato il fatto che già la procedura prevista dall'art. 7, par. 1, era stata introdotta, con il Trattato di Nizza, per favorire una maggior riflessione sulla questione controversa (v. [Kochenov et al.](#)) e, in questo modo, portare a una soluzione del problema che esulasse dall'adozione di sanzioni, è evidente come il quadro definito dalla Commissione finisca per ritardare ancor di più il momento delle scelte chiare e divenire, quindi, uno strumento che, contrariamente a quanto auspicato, rischia di favorire una progressiva complicazione delle situazioni in atto.

374 Interventi

Provando, allora, a considerare gli strumenti alternativi messi a disposizione dal diritto dell'UE, va notato come, ai sensi dell'art. 10, par. 3, del [Regolamento n. 1141/2014](#), relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee, il Parlamento europeo, il Consiglio o la Commissione europea possano presentare all'Autorità per i partiti politici europei e le fondazioni politiche europee una richiesta di verifica del rispetto, da parte di un partito politico europeo o di una fondazione politica europea, delle condizioni di registrazione, tra le quali rientra l'adesione ai valori dell'UE.

L'iniziativa può essere assunta anche da parte della stessa Autorità e condurre a una revoca della registrazione, la quale entra in vigore solo se né il Parlamento europeo, né il Consiglio sollevano obiezioni entro il termine di tre mesi dalla data della notifica o se, prima della scadenza di tale termine, sia il Parlamento europeo, sia il Consiglio informano l'Autorità che non intendono sollevare obiezioni.

Al momento, considerando i partiti al governo in Ungheria e in Polonia, Fidesz fa parte del Partito Popolare europeo (PPE), mentre Prawo i Sprawiedliwość rientra nell'Alleanza dei Conservatori e Riformisti europei (ACRE).

Data la rilevanza che tali partiti politici europei hanno – quanto meno, il primo, capace di esprimere la maggioranza relativa del Parlamento europeo, il Presidente della Commissione europea e il Presidente del Consiglio europeo –, appare altamente improbabile l'attivazione di un simile meccanismo che, in ragione delle responsabilità di singole componenti, comporterebbe una revoca che andrebbe a pregiudicare entrambe le realtà politiche nel loro complesso.

Tuttavia, eventuali sollecitazioni provenienti da parte della società civile quanto all'attivazione di tale meccanismo (v., ad esempio, quanto fatto da [Alemanno e Pech](#)) potrebbero

spingere i due partiti politici europei ad assumere delle ulteriori iniziative.

Ad esempio, lo [Statuto del PPE](#), nell'individuare le finalità perseguite da tale movimento, richiama, all'art. 3, anche il rispetto dello Stato di diritto, mentre, all'art. 9, prevede che l'esclusione di un membro possa essere decisa dall'organo assembleare, su proposta del Presidente o di sette membri ordinari o associati rappresentativi di cinque Stati.

Anche l'ACRE richiama lo [Stato di diritto](#) quale valore al quale si conforma, il che porta a ritenere che azioni nei confronti di Prawo i Sprawiedliwość possano essere assunte.

Ulteriormente, prendendo in considerazione altri meccanismi di tutela, può ricordarsi come, nel 1999, le elezioni politiche che si svolsero in Austria si conclusero con una vittoria del Partito Socialdemocratico ma, soprattutto, con una significativa affermazione del Partito della Libertà Austriaco, movimento nazionalista di destra, noto per le proprie posizioni xenofobe e razziste, guidato dal governatore della Carinzia Jörg Haider. Grazie a un'alleanza con il Partito Popolare, al governo fino a quel momento ma giunto terzo alla recente tornata elettorale, il Partito della Libertà Austriaco fu coinvolto nella coalizione che espresse il nuovo esecutivo (v. [Happold](#)).

Gli allora 14 Stati membri dell'Unione europea reagirono a quella che venne percepita come una minaccia ai valori dell'Unione, attraverso strumenti di natura diplomatica. Come comunicato dalla Presidenza di turno del [Consiglio europeo](#) il 31 gennaio 2000, si decise di non intrattenere alcun rapporto a livello politico con il governo austriaco, non sostenere candidature austriache in seno alle organizzazioni internazionali e mantenere le relazioni con gli ambasciatori austriaci nelle capitali europee a un livello esclusivamente tecnico.

La quarantena diplomatica così decretata nei confronti dell'Austria si protrasse per alcuni mesi, fino a che,

376 Interventi

coerentemente all'opinione espressa da un gruppo di esperti costituito *ad hoc* su richiesta del Presidente del Consiglio europeo, non si decise di porvi fine, ritenendo che essa avesse sortito l'effetto di riaffermare il sistema valoriale europeo e che un protrarsi della stessa avrebbe potuto essere controproducente (v. [Lachmayer](#)).

Posto che la coalizione di governo tra il Partito Popolare e il Partito della Libertà Austriaco continuò ad esistere fino al 2002, si può discutere quanto all'efficacia dei provvedimenti adottati da parte degli Stati membri dell'UE in quell'occasione e all'opportunità di una loro riproposizione contro l'Ungheria e la Polonia. Visto che, già allora, le sanzioni diplomatiche non furono sufficienti a sciogliere l'alleanza tra i due partiti, è improbabile che possano sortire un qualche effetto in relazione a Stati guidati da governi espressione di un solo partito. Al contrario, il rischio è che l'utilizzo adeguato, a livello interno, degli strumenti di propaganda e la diffusione di argomenti da sindrome di Alamo portino a un rafforzamento di tali forze politiche.

Oltre a queste considerazioni, vi è anche da dire che la scelta della quarantena diplomatica risulta difficilmente riproponibile oggi. Se, all'epoca, il trionfo di un movimento quale quello di Haider rappresentava un'eccezione nel panorama politico europeo, la situazione attuale è ben diversa. La diffusione dei movimenti di ispirazione sovranista in tutti gli Stati membri, i risultati positivi da questi riportati in ambito elettorale, il loro coinvolgimento in compagini di governo (v. [Galston](#) e [Harris](#)) impediscono una risposta uniforme da parte degli esecutivi europei. Anche in quegli Stati ove forze non sovraniste esprimano la maggioranza parlamentare e il governo, la presenza di partiti e movimenti di quel tipo renderebbero una simile iniziativa di difficile attuazione e rischiosa in termini di consenso elettorale.

Dunque, la perdita di terreno registrata negli ultimi anni dalle forze politiche più sensibili all'integrazione europea, sia di stampo conservatore, sia riformiste, impedisce il ricorso a tale strumento e la scarsa efficacia di cui esso ha dato prova spinge nel senso di non percorrere una simile strada.

Va comunque dato atto del fatto che fu proprio la vicenda austriaca a condurre, prima, alla riforma del meccanismo di tutela dell'art. 7, con l'inserimento del par. 1, e successivamente all'istituzione dell'[Agenzia dell'Unione europea per i diritti fondamentali](#) (v. [Sadurski](#)).

Provando a trovare dei rimedi di natura economica, può darsi rilievo al fatto che, nel periodo 2014-2020, l'[Ungheria](#) otterrà, attraverso i fondi europei, 25 miliardi di euro da investire – tra l'altro – in infrastrutture, ricerca e sviluppo, innovazione, misure a sostegno dell'occupazione e lotta alla povertà. Nello stesso periodo, la [Polonia](#) riceverà una somma complessiva di 86 miliardi di euro, da utilizzare per finalità analoghe.

Alla luce di questi dati, è stata avanzata la proposta (v. [Kelemen e Scheppele](#)) di sfruttare una previsione del [Regolamento n. 1303/2013](#), recante disposizioni comuni ai vari fondi europei, per spingere tali Stati a delle riforme quanto allo Stato di diritto.

Ai sensi dell'art. 142, lett. a), del regolamento, la Commissione può sospendere la totalità o una parte dei pagamenti intermedi a livello di priorità o di programmi operativi qualora vi siano gravi carenze nel funzionamento effettivo del sistema di gestione e controllo, che mettano a rischio il contributo dell'UE al programma e per le quali non siano state adottate misure correttive. La tesi sostenuta, allora, è che Stati in cui sia in atto una crisi sistematica dello Stato di diritto non possano assicurare un funzionamento effettivo dei sistemi di gestione e controllo.

378 Interventi

La proposta è senza dubbio interessante, ma pone tre ordini di questioni. Il primo attiene all'impatto economico che una simile iniziativa potrebbe avere. Stando ai [dati](#) forniti dall'Ufficio europeo per la lotta antifrode (OLAF) in relazione al periodo 2013-2017, l'Unione europea potrebbe recuperare il 3,92% dei fondi attribuiti all'Ungheria e lo 0,09% di quelli assegnati alla Polonia. Dunque, nel caso dell'Ungheria, sarebbe possibile recuperare poco meno di un miliardo di euro mentre, con riferimento alla Polonia, l'ammontare risulterebbe di poco superiore ai 77 milioni di euro. Di conseguenza, l'incidenza di tali misure sarebbe limitata, sul piano pratico, quanto meno nella seconda ipotesi.

Il secondo ordine di questioni attiene alla verifica delle situazioni concrete. Il fatto che, in uno o più Stati, sia in atto una crisi dello Stato di diritto non implica automaticamente che tutti i meccanismi di controllo siano compromessi, sia in generale, sia in relazione ai fondi europei. Alla luce dei dati sopra citati, le autorità giudiziarie ungheresi in venti casi segnalati dall'OLAF non hanno assunto alcuna iniziativa, mentre in altri diciassette hanno avviato dei procedimenti, otto dei quali hanno portato ad almeno un rinvio a giudizio. Quanto alle autorità giudiziarie polacche, mentre tredici segnalazioni non hanno dato luogo ad alcuna iniziativa, undici hanno spinto all'avvio di procedimenti, nove dei quali hanno condotto alla formulazione di un'accusa.

Da ultimo, vi è da considerare come, ai sensi dell'art. 142 sopra citato, la Commissione possa e non debba sospendere i pagamenti intermedi. Il che pone, allora, il problema di verificare se sussista la volontà politica dell'esecutivo europeo di percorrere una simile strada.

Non può dimenticarsi, poi, il ruolo che la Corte di giustizia potrebbe assumere, *in primis* attraverso la procedura di rinvio pregiudiziale, anche se la recente [sentenza LM](#) lascia la sensazione di un'occasione perduta.

Chiamata a stabilire se le riforme attuate in Polonia ponessero un problema quanto alla preservazione della fiducia reciproca, fondamento del mandato d'arresto europeo (MAE) quale strumento di cooperazione giudiziaria tra gli Stati membri, la Corte di giustizia ha riconosciuto che spetta all'autorità giudiziaria dello Stato membro di esecuzione valutare se vi siano motivi seri e comprovati di ritenere che la consegna del destinatario di un MAE alle autorità dello Stato emittente esponga il primo a un rischio reale di una violazione del diritto a un processo equo a causa di carenze sistematiche o generalizzate riguardanti l'indipendenza del potere giudiziario dello Stato emittente. Il che, dunque, permette ai giudici dello Stato membro di esecuzione di decidere in merito alla sospensione della procedura di consegna.

La pronuncia è stata fatta oggetto fin da subito di ampio approfondimento dottrinale, dando luogo ad analisi critiche (v. [Frackowiak-Adamska](#)), quando non del tutto negative (v. [Scheppele](#)).

Quel che sembra potersi dire senza dubbio è che, basandosi sul precedente *Aranyosi e Căldăraru*, la Corte ha adottato un approccio casistico, ritenendo che esso fosse la soluzione più adeguata per un problema non avente natura individuale, bensì sistemica.

Ciò porta a chiedersi se si sia trattato della scelta corretta, visto che la conseguenza di una simile impostazione è che spetterà ai giudici nazionali il compito di stabilire se lo Stato di diritto in uno Stato membro sia rispettato o meno in un altro Stato membro. Il che implica che il giudice nazionale che intenda eventualmente riconoscere la sussistenza della violazione dello Stato di diritto dovrà confrontarsi con la responsabilità di scatenare una crisi diplomatica. Ulteriormente, questo apre la strada a una situazione in cui giudici di Stati diversi – o, anche, giudici diversi dello stesso Stato – potranno giungere a conclusioni differenti quanto al

problema considerato, con evidenti rischi quanto alla tenuta del principio di certezza del diritto.

Allora, la Corte di giustizia sembra non aver colto un'occasione importante per porre un argine alla crisi dello Stato di diritto – quanto meno, in Polonia – visto che, attingendo alla propria giurisprudenza, avrebbe potuto essa stessa negare la natura di autorità giudiziarie delle autorità polacche emittenti, escludendole così dal meccanismo del MAE. Infatti, valorizzando i precedenti *Poltorak*, *Özçelik* e *Kovalkovas*, i giudici di Lussemburgo si sarebbero potuti domandare se l'autorità emittente rispettasse appieno il requisito di indipendenza rispetto al potere esecutivo come individuato in quelle sentenze, giungendo, presumibilmente, a una risposta negativa (v. [Rosanò](#)).

Sembra comunque delinearsi la possibilità di intervenire nuovamente sul tema della tutela dello Stato di diritto in Polonia, dato il rinvio pregiudiziale deciso da parte della Corte Suprema polacca al fine di stabilire se il pensionamento anticipato dei giudici supremi contrasti con la disciplina europea (v. [Biernat e Kawczyńska](#)).

Da ultimo, va notato che, per quel che attiene alla crisi dello Stato di diritto in Ungheria, nel mese di luglio 2018 sono state avviate delle [procedure](#) relative alla non corretta trasposizione delle direttive relative al riconoscimento e alla revoca dello status di protezione internazionale, all'accoglienza dei richiedenti protezione internazionale e al rimpatrio degli stranieri irregolari, nonché all'introduzione di sanzioni penali nei confronti di quanti – persone fisiche o enti – si adoperino al fine di portare aiuto ai migranti. Queste vanno ad aggiungersi alle [procedure](#) già pendenti relative alla normativa in materia di istruzione superiore e organizzazioni non governative, nonché per mancato rispetto delle decisioni del 2015 relative alla suddivisione dei migranti tra gli Stati membri, adottate a beneficio dell'Italia e della Grecia. Sul punto, giova altresì

ricordare come la Corte di giustizia, con una [sentenza](#) del 2012, avesse riscontrato che la normativa nazionale che imponeva la cessazione dell'attività professionale di giudici, procuratori e notai all'età di 62 anni contrastasse con la direttiva in materia di parità di trattamento e condizioni di lavoro e, con una [pronuncia](#) del 2014, avesse rilevato come l'Ungheria, ponendo anticipatamente fine al mandato dell'autorità di controllo per la protezione dei dati personali, fosse venuta meno agli obblighi derivanti dalla direttiva relativa alla tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali e alla libera circolazione di tali dati.

Quanto alla Polonia e ai fatti degli ultimi tre anni, assumono rilievo la [procedura](#) relativa alla legge sui tribunali ordinari e [quella](#) avviata in relazione alla normativa nazionale che impone il pensionamento anticipato dei giudici della Corte Suprema: in entrambi i casi, la Commissione ha deciso di adire la Corte di giustizia.

Allora, l'utilizzo delle procedure d'infrazione in tal senso appare degno di essere sostenuto. Si può di certo porre una questione quanto alla volontà politica della Commissione di avviare tali procedure ma, considerando le informazioni sopra fornite, sembra che, dopo alcuni iniziali tentennamenti, l'esecutivo europeo non si faccia più remore a ricorrere a simili iniziative. Eventualmente, il problema potrebbe essere superato attraverso l'azione di uno Stato membro che, in ragione di una maggiore sensibilità filo-europea, decidesse di avvalersi della facoltà di cui all'art. 259 TFUE. D'altro canto, va comunque considerato come tale rimedio si basi su di un'impostazione casistica, la quale porta a contestare non il problema della tenuta dello Stato di diritto nel suo complesso, bensì singole violazioni.

In conclusione, l'orizzonte dell'UE è tutt'altro che roseo. La risposta alle crisi in atto in Ungheria e in Polonia, basata sull'attivazione dell'art. 7 e, quanto alla Polonia, anche sul

382 Interventi

ricorso al quadro sullo Stato di diritto, è risultata fin troppo tardiva e inefficace e ciò ha favorito, da un lato, il peggioramento dei problemi già emersi, dall'altro, l'emersione di nuove situazioni che prendono a delinearsi in maniera sempre più preoccupante in Romania e in Bulgaria, principalmente in relazione a fenomeni corruttivi (v. [Iancu](#) e [Pavlovska-Hilajiel](#)). Anche la sentenza *LM* della Corte di giustizia è stata insoddisfacente, per le ragioni esposte *supra*.

Tuttavia, vi sono delle ragioni di speranza.

Recenti proposte circolate negli ambienti europei indicano la progressiva diffusione della volontà di legare i fondi europei all'introduzione di adeguate forme di controllo e, più in generale, di strumenti di rafforzamento dello Stato di diritto.

Non più tardi dell'anno scorso, il Commissario europeo per la giustizia, la tutela dei consumatori e l'uguaglianza di genere, [Věra Jourová](#), ha avanzato l'idea di subordinare la concessione di fondi alla partecipazione alla cooperazione rafforzata relativa alla Procura europea, così da garantire un'ulteriore forma di verifica quanto alla gestione dei finanziamenti europei.

A maggio di quest'anno, la Commissione europea ha presentato una [proposta di regolamento](#) sulla tutela del bilancio dell'Unione in caso di carenze generalizzate riguardanti lo Stato di diritto negli Stati membri. Ove si registrino situazioni qualificabili quali minacce all'indipendenza della magistratura, ipotesi di omessa prevenzione, rettifica e sanzione delle decisioni arbitrarie o illegittime assunte da autorità pubbliche o limitazioni del diritto a un processo equo, la Commissione potrebbe sospendere i pagamenti, non sottoscrivere nuovi impegni o ridurre gli impegni o i prefinanziamenti.

Le prospettive che tali iniziative paiono aprire sono di certo meritevoli di interesse, ma resta da vedere se sarà possibile una loro trasposizione dalla dimensione *de iure condendo* a quella dello *ius conditum*.

Al di là di ciò, l'analisi sopra condotta pare confermare che l'UE abbia a sua disposizione un intero arsenale per contrastare le crisi dello Stato di diritto e che, almeno in certi casi, sia propensa ad utilizzarlo.

Si impongono, comunque, due *caveat*: ciascuno di tali strumenti presenta delle mancanze; con l'eccezione di quello di cui all'art. 7 del TUE, nessuno di essi permetterebbe di affrontare le crisi nel loro complesso, dato che ognuno porterebbe a concentrarsi su singole tematiche.

Tuttavia, queste carenze sembrano poter essere colmate attraverso una combinazione dei vari meccanismi. Dunque, la reazione dell'Unione non dovrebbe riposare sull'attivazione di un unico strumento – sia quello di cui all'art. 7 del TUE o altro – ma su di un approccio olistico, basato sul ricorso a tutti gli strumenti a disposizione.

19 ottobre 2018

Diritti e bilancio: quale equilibrio? Un commento alla sentenza 275/2016 della Corte costituzionale

FRANCESCO PALLANTE (*)

1. Con la [sentenza n. 275 del 2016](#) la Corte costituzionale torna a occuparsi del difficile rapporto tra attuazione dei diritti e vincoli di bilancio, una questione di attualità in diversi [Paesi europei](#) (Grecia, Irlanda, Portogallo, Spagna). Prima di quest'ultima pronuncia, la Corte costituzionale si era già occupata di equilibrio di bilancio in almeno quattro importanti occasioni, sfociate nelle sentenze n. [264](#) del 2012, n. [10](#), n. [70](#) e n. [178](#) del 2015. Ad accomunare tali precedenti, la necessità di decidere se i [sacrifici economici](#) richiesti, in tempo di crisi, a determinate categorie di cittadini fossero o meno conformi a Costituzione. Nel [primo](#) e nel [secondo](#) caso l'equilibrio di bilancio è risultato prevalente, rispettivamente, sul diritto alla previdenza (art. 38 Cost.) e sul diritto del contribuente (art. 53 Cost.); nel [terzo](#) caso il diritto alla previdenza (art. 38 Cost.) è risultato prevalente sull'equilibrio di bilancio; nel [quarto](#) caso l'equilibrio di bilancio e il diritto di libertà sindacale (art. 39

(*) Università di Torino.

Cost.) sono risultati prevalenti il primo per il passato, il secondo per il futuro.

Colpisce, in particolare, che le sentenze del 2015 siano state adottate da una Corte guidata sempre dallo stesso Presidente e in composizione quasi immutata e che, ciononostante, le decisioni risultino di segno molto diverso, se non addirittura contrario. Ciò a conferma di quanto ancora dubbio sia l'effettivo ruolo giocato dal [principio dell'equilibrio dei bilanci](#) (statale, regionali, locali) nell'ordinamento costituzionale italiano: super-principio costituzionale «[imperioso](#)» o «[tiranno](#)», destinato a prevalere in ogni caso di contrasto con altri principi, o principio costituzionale posto sullo stesso piano degli altri principi costituzionali e dunque, al pari degli altri, suscettibile di bilanciamento?

2. Nell'indeterminatezza della materia, la sentenza n. 275 del 2016 della Corte costituzionale è potenzialmente suscettibile di lasciare il segno, sebbene non tanto per il rigore e la "pulizia" concettuale delle argomentazioni utilizzate, quanto piuttosto per la perentorietà del suo passaggio centrale, quello in cui si legge che: «è la garanzia dei diritti incompressibili ad incidere sul bilancio, e non l'equilibrio di questo a condizionarne la doverosa erogazione» (punto 11 del Considerato in diritto).

2.1. – Giuridicamente, la vicenda oggetto del giudizio si inquadra nell'ambito dell'art. 38, co. 3, Cost., per il quale «gli inabili e i minorati hanno diritto all'educazione e all'avviamento professionale». Tale previsione ha trovato attuazione, a livello statale, per opera della legge n. 104 del 1992 «Legge-quadro per l'assistenza, l'integrazione sociale e i diritti delle persone handicappate», la quale «attribuisce al disabile il diritto soggettivo all'educazione ed all'istruzione a partire dalla scuola materna fino all'università» (Corte

386 Interventi

costituzionale, sentenze n. 215 del 1987 e n. 80 del 2010). Nell'ambito delle proprie competenze sul diritto allo studio e sull'assistenza socio-sanitaria, le regioni sono state poi chiamate a coordinare gli interventi degli enti locali in materia: nel caso di specie «i servizi di supporto organizzativo del servizio di istruzione per gli alunni con handicap o in situazione di svantaggio» – di cui all'art. 139, co. 1, lett. c), del d.lgs. n. 112 del 1998 – tra i quali rientra il servizio di trasporto scolastico degli studenti disabili.

Così definite le linee essenziali del quadro normativo, la questione decisa dalla sentenza n. 275 del 2016 nasce da due disposizioni legislative della legge della Regione Abruzzo n. 78 del 1978 «Interventi per l'attuazione del diritto allo studio» (così come modificata dall'art. 88, co. 1 e 4, della legge della Regione Abruzzo n. 15 del 2004 «Disposizioni finanziarie per la redazione del bilancio annuale 2004 e pluriennale 2004-2006 della Regione Abruzzo (Legge finanziaria regionale 2004)»):

- l'art. 5-bis, per il quale la Giunta regionale garantisce un contributo del 50% della spesa, necessaria e documentata, sostenuta dalle province per lo svolgimento del servizio di trasporto degli studenti portatori di handicap o di situazioni di svantaggio;
- l'art. 6, co. 2-bis, che circoscrive la garanzia del contributo di cui al precedente art. 5-bis «nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa».

Ricorrente – innanzi al T.A.R. Abruzzo – è una delle province abruzzesi, quella di Pescara, che, a causa dell'art. 6, co. 2-bis, lamenta di essersi vista corrispondere dalla Regione non il 50% delle spese effettivamente sostenute per il trasporto scolastico dei disabili, ma una quota inferiore e, per di più,

decescente negli anni (dal 39% nel 2008 al 22% nel 2012, con un picco minimo del 18% nel 2009).

A fronte di tale situazione – peraltro non contestata nelle cifre dalla Regione – il giudice *a quo* individua nell'art. 6, co. 2-bis, della legge della Regione Abruzzo n. 78 del 1978 un illegittimo «condizionamento dell'erogazione del contributo [dovuto dalla Regione alle province] alle disponibilità finanziarie di volta in volta determinate dalla legge di bilancio» regionale, così da trasformare «l'onere della Regione in una posta aleatoria e incerta, totalmente rimessa alle scelte finanziarie dell'ente, con il rischio che esse divengano arbitrarie, in difetto di limiti predeterminati dalla legge» e che si risolvano «nella illegittima compressione del diritto allo studio del disabile, la cui effettività non potrebbe essere finanziariamente condizionata» (punto 2 del Considerato in diritto). Quanto ai parametri costituzionali violati, si tratterebbe dell'art. 10 Cost. – con riferimento alla Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, ratificata e resa esecutiva in Italia dalla legge n. 18 del 2009 «Ratifica ed esecuzione della Convenzione delle Nazioni Unite sui diritti delle persone con disabilità, con Protocollo opzionale, fatta a New York il 13 dicembre 2006 e istituzione dell'Osservatorio nazionale sulla condizione delle persone con disabilità» – e dell'art. 38 Cost., disposizioni volte, entrambe, ad assicurare «il diritto allo studio delle persone con disabilità» (punto 5 del Ritenuto in fatto).

Meritevole di interesse, nella concreta ricostruzione della vicenda, è la circostanza che – al di là di quanto espressamente sostengano il ricorrente e la stessa Corte sul punto – il diritto dei disabili non risulti, in sé, violato. A quanto è dato comprendere, gli studenti della Provincia di Pescara bisognosi del servizio di accompagnamento scolastico hanno infatti continuato negli anni a ricevere il servizio, senza riduzioni né, tanto meno, interruzioni. Ciò che, di fatto, induce il T.A.R.

388 Interventi

Abruzzo a sollevare la questione è il timore che i tagli al contributo regionale – che addirittura «possono essere ridotti già nella fase amministrativa di formazione delle unità previsionali di base» – finiscano, se confermati anche per il futuro, col pregiudicare l'effettiva erogazione del servizio, traducendosi, a quel punto sì, in una violazione del diritto, anche perché dalla legislazione regionale non risulta alcun «limite idoneo a dare effettività ai diritti previsti dalla Costituzione e sottesi a tale servizio di trasporto» (punto 18 del Considerato in diritto).

2.2. – Nell'affrontare la questione innanzi a lei sollevata, la Corte costituzionale segue un ragionamento disordinato, in cui si intrecciano argomentazioni differenti senza che sia sempre agevole seguire la logica del passaggio dall'una all'altra. Più che provare a ripercorrere l'evoluzione del discorso della Corte, può essere utile provare a offrirne una ricostruzione soggettiva, frutto della riorganizzazione dei “materiali” rinvenibili nella sentenza.

Punto di partenza può essere la considerazione che, a fronte della proclamazione costituzionale di un diritto, spetta al legislatore la predisposizione di tutti gli strumenti necessari alla sua realizzazione, affinché la relativa disposizione costituzionale non si riduca a «una mera previsione programmatica, ma venga riempita di contenuto concreto e reale». La scelta di quali strumenti effettivamente porre in essere rientra nella discrezionalità del legislatore, tenendo tuttavia conto che diverso è se il diritto possa o meno essere qualificato come fondamentale. Il carattere fondamentale del diritto opera, infatti, come limite alla discrezionalità, che risulta vincolata al «“rispetto di un nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati” (sentenza n. 80 del 2010)» (punto 5 del Considerato in diritto).

Nel caso di specie, la Corte non dubita che, in effetti, il diritto all'istruzione del disabile, di cui all'art. 38 Cost., debba essere qualificato come «fondamentale». Ne consegue il riconoscimento del vincolo alla discrezionalità del legislatore, che si concretizza nel dovere di garantire «il servizio di trasporto scolastico e di assistenza». Come affermato apoditticamente, infatti, «per lo studente disabile, [tale servizio] costituisce una componente essenziale ad assicurare l'effettività del medesimo diritto», sicché la sua mancata predisposizione si tradurrebbe nella violazione del diritto stesso (punto 5 del Considerato in diritto).

Ciò posto, la Corte prende in considerazione, sia pure senza così esplicitarlo, il tema del “costo” dei diritti. In generale, i giudici costituzionali sembrano voler dire che lasciare nell'incertezza la misura delle risorse destinate all'attuazione di un diritto costituzionale impedisce di programmare gli interventi volti alla sua effettiva realizzazione, in tal modo minandone l'effettività. Per usare le parole della sentenza: l'effettività di un diritto «non può che derivare dalla certezza delle disponibilità finanziarie per il soddisfacimento del medesimo» (punto 7 del Considerato in diritto). Ecco, allora, che, nel caso concreto sottoposto a giudizio, «l'indeterminatezza del finanziamento determina un *vulnus* all'effettività del servizio di assistenza e trasporto, come conformato dal legislatore regionale, con conseguente violazione dell'art. 38, terzo e quarto comma, Cost.», dal momento che «la garanzia del 50% della copertura del servizio di assistenza ai disabili appartiene alla conformazione della struttura e dell'organizzazione del servizio stesso» (punto 9 del Considerato in diritto).

Così argomentando, tuttavia, la Consulta non chiarisce da che cosa esattamente dipenda la violazione dell'art. 38 Cost.: dalla facoltà – concessa dall'art. 6, co. 2-bis, della legge regionale n. 78 del 1978 – di finanziare in misura pre-vincolata

390 Interventi

il contributo regionale alle province (a prescindere, dunque, dall'effettiva violazione della soglia del 50% di rimborso) o dalla effettiva limitazione del contributo, al di sotto del 50% delle spese provinciali, verificatasi negli anni tra il 2008 e il 2012? È chiaro che la prima ipotesi configurerebbe una tutela costituzionale dei diritti ben più rigorosa della seconda, con implicazioni di non trascurabile rilievo: per esempio, sulla costituzionalità della disposizione del [Patto per la salute 2014-2016](#) in tema di assistenza socio-sanitaria (art. 6), il cui primo comma prevede che «le attività indicate al presente articolo sono effettuate nei limiti delle risorse previste a legislazione vigente».

Sempre in tema di “costo” dei diritti, ulteriore incertezza deriva dal ricorso alla categoria dei diritti (non più «fondamentali», bensì) «incomprimibili», utilizzata dai giudici costituzionali per respingere le argomentazioni difensive della Regione Abruzzo. La sentenza non precisa quali diritti rientrerebbero in tale categoria, ma afferma che comunque ne fanno parte i «servizi che influiscono direttamente sulla condizione giuridica del disabile aspirante alla frequenza e al sostegno nella scuola» e – cosa che parrebbe avere rilievo di carattere più generale – che tali diritti implicano spese obbligatorie, la cui sostenibilità «non può essere verificata all'interno di risorse promiscuamente stanziati attraverso complessivi riferimenti numerici», come invece può avvenire «in relazione a spese correnti di natura facoltativa» (punto 7 del Considerato in diritto). Ora, se certamente si può criticare il linguaggio utilizzato dalla Corte (difficile immaginare una categoria di diritti «incomprimibili» in un contesto costituzionale improntato al pluralismo politico: più agevole ritenere che i giudici intendessero far riferimento al «nucleo incomprimibile» – o «nucleo duro» o «livello essenziale» – dei diritti), dalle parole citate sembra potersi ricavare l'idea che la previsione costituzionale di un diritto, o quantomeno di un

diritto «fondamentale», renda obbligatorio il finanziamento di una serie di attività essenziali all'attuazione del diritto stesso. Ecco allora la distinzione tra spese «obbligatorie» e spese «facoltative»: «obbligatorie», essendo rivolte a coprire i costi di realizzazione delle attività essenziali all'attuazione del «nucleo incompressibile» del diritto («fondamentale?»), sarebbero le spese non assoggettabili al vincolo delle risorse disponibili; «facoltative», non essendo rivolte ad analogo finalità, risulterebbero le spese assoggettabili, secondo la discrezionalità del legislatore, a tale vincolo.

Un ulteriore elemento a favore della lettura ora proposta sembra il passaggio della sentenza in cui si afferma che la legge regionale impugnata è incostituzionale perché configurata in modo tale da rendere «generico ed indefinito il finanziamento destinato a servizi afferenti a diritti meritevoli di particolare tutela, rendendo possibile [...] che le risorse disponibili siano destinate a spese facoltative piuttosto che a garantire l'attuazione di tali diritti» (punto 8 del Considerato in diritto). Qui, come si intuisce, torna il tema della discrezionalità del legislatore (a riprova della, almeno parziale, sovrapposibilità delle categorie dei diritti «fondamentali» e dei diritti «incompressibili»). La Corte sembra voler dire che il legislatore non è pienamente libero nel decidere la destinazione delle risorse economiche, perché determinati interventi devono essere prioritariamente finanziati, ma poi, anziché dichiarare espressamente che dare insufficiente copertura finanziaria alle spese costituzionalmente obbligatorie è incostituzionale, fa un passo indietro. Infatti, a venir colpito dalla censura di incostituzionalità non è, in sé, il mancato stanziamento delle risorse necessarie all'attuazione del «nucleo incompressibile» del diritto dei disabili, ma la mancanza di coerenza, interna alla legge della Regione Abruzzo n. 78 del 1978, tra la disposizione «con la quale viene specificato il nucleo indefettibile di garanzie per gli interessati» e la disposizione «che subordina il

392 Interventi

finanziamento (da parte regionale) degli interventi alle politiche ed alle gestioni ordinarie del bilancio dell'ente» (punto 10 del Considerato in diritto). Si potrebbe ritenere che tale prudenza della Corte costituzionale sia giustificata dalla difficoltà di “colpire” con una pronuncia di incostituzionalità le leggi di bilancio. Ma è la stessa sentenza n. 275 del 2016 a smentirlo, ricordando – con doppia citazione di precedenti – che «in sede di redazione e gestione del bilancio, vengono determinate, anche attraverso i semplici dati numerici contenuti nelle leggi di bilancio e nei relativi allegati, scelte allocative di risorse “suscettibili di sindacato in quanto rientranti ‘nella tavola complessiva dei valori costituzionali, la cui commisurazione reciproca e la cui ragionevole valutazione sono lasciate al prudente apprezzamento di questa Corte (sentenza n. 260 del 1990)’” (sentenza n. 10 del 2016)» (punto 14 del Considerato in diritto). Non si può, dunque, «ipotizzare che la legge di approvazione del bilancio o qualsiasi altra legge incidente sulla stessa costituiscano una zona franca sfuggente a qualsiasi sindacato del giudice di costituzionalità, dal momento che non vi può essere alcun valore costituzionale la cui attuazione possa essere ritenuta esente dalla inviolabile garanzia rappresentata dal giudizio di legittimità costituzionale» (sentenza n. 260 del 1990) (punto 3 del Considerato in diritto). Cosa che sembra, da ultimo, confermata anche dalle [sentenze n. 188 del 2015](#) e [n. 10 del 2016](#), che annullano parte delle leggi di bilancio della Regione Piemonte per il 2013 e il 2014, oltre a provvedimenti a esse collegati, poiché non destinavano alle province piemontesi risorse adeguate a far fronte alle funzioni (anche di carattere sociale) loro assegnate dalla Regione.

2.3. – A parte – considerato il rilievo dell'affermazione ricordata all'inizio sull'inversione del rapporto di condizionamento tra diritti e bilancio – merita di essere trattata la questione del rispetto dell'art. 81 Cost.

Nella vicenda processuale decisa dalla sentenza n. 275 del 2016, il tema è sollevato dalla Regione Abruzzo, che difende l'art. 6, co. 2-bis, della propria legge regionale n. 78 del 1978 sostenendo che, «ove la disposizione impugnata non contenesse il limite delle somme iscritte in bilancio, la norma violerebbe l'art. 81 Cost. per carenza di copertura finanziaria». L'argomento è curioso: potrebbe aver forse fondamento, se l'attività a tutela degli studenti disabili svolta dalle province abruzzesi non fosse quantitativamente e qualitativamente prevedibile (quanti trasporti? e con l'impiego di quali strumenti?); ma così, evidentemente, non è: sia perché vi è una progressiva attività cui fare riferimento, sia, soprattutto, perché il coordinamento tra i diversi livelli territoriali nell'erogazione del servizio è finalizzato proprio alla programmabilità dello stesso. Lo rileva il passaggio della sentenza in cui si afferma che «l'impianto della legge reg. Abruzzo n. 78 del 1978 [è] improntato al metodo della programmazione, secondo cui gli interventi ed i pertinenti oneri finanziari sono istruiti nell'anno precedente così da consentire la loro corretta iscrizione nel bilancio», con la conseguenza che «proprio la previa redazione del piano di assistenza testimonia l'inverosimiglianza dell'ipotesi di squilibrio di bilancio» (punto 12 del Considerato in diritto).

Come detto, però, la Corte non si ferma a questa valutazione, legata al caso di specie. Riallacciandosi alle considerazioni sull'obbligatorietà del finanziamento del «nucleo invalicabile di garanzie minime per rendere effettivo» un diritto, una volta che tale nucleo sia stato «normativamente identificato», attribuisce alla sua sentenza una portata di carattere ben più ampio: a essere costituzionalmente doveroso, infatti, non è il rispetto dell'equilibrio di bilancio, ma l'erogazione delle prestazioni in cui si sostanzia il nucleo incompressibile dei diritti (punto 11 del Considerato in diritto). Il dato di partenza è, dunque, la necessaria garanzia dei diritti e

394 Interventi

a partire da essa vanno “costruiti” i bilanci pubblici, destinando in essi obbligatoriamente tutte le risorse necessarie affinché le pubbliche amministrazioni assolvano ai propri doveri costituzionali. Ragionare all’inverso comporterebbe, infatti, la messa in discussione dell’effettività dei diritti, che risulterebbe legata non alle previsioni costituzionali, ma «a generiche ed indefinite previsioni di bilancio», dipendenti «da scelte finanziarie che [il legislatore] può svolgere con semplici operazioni numeriche, senza alcun onere di motivazione in ordine alla scala di valori che con le risorse del bilancio stesso si intende sorreggere», in tal modo condannando i diritti a una «una situazione di aleatorietà ed incertezza» (punto 16 del Considerato in diritto).

2.4. – Ecco, allora, il dispositivo della sentenza: «l’art. 6, comma 2-bis, della legge reg. Abruzzo n. 78 del 1978 deve essere dichiarato costituzionalmente illegittimo limitatamente all’inciso “, nei limiti della disponibilità finanziaria determinata dalle annuali leggi di bilancio e iscritta sul pertinente capitolo di spesa,”».

3. L’oscillazione della giurisprudenza costituzionale lascia ancora indefinita una questione la cui posta in gioco è comunque chiara: la collocazione gerarchica, e dunque la forza giuridica, del principio dell’equilibrio di bilancio sancito nel nuovo art. 81 Cost. Per certi versi, si tratta del ritorno, sotto vesti nuove, di una vecchia questione: la normatività delle disposizioni costituzionali di programma (in particolare quelle che prevedono la realizzazione di uno Stato sociale), che, nei primi anni di vita della Costituzione, si tentò di vincolare alla previa adozione della legislazione ordinaria di attuazione (Corte di Cassazione, sentenza delle Sezioni Penali Unite del 7 febbraio 1948). Oggi è un altro il vincolo che si vorrebbe utilizzare, quello della previa allocazione delle risorse

necessarie all'attuazione dei diritti, ma il risultato sarebbe lo stesso: l'[inversione dell'ordine gerarchico delle fonti](#), con la subordinazione della Costituzione alla legislazione (di bilancio) ordinaria. Nei primi anni della storia costituzionale, la Consulta colse la prima occasione in cui poté pronunciarsi per tranciare il nodo gordiano che si voleva stringere al collo della Costituzione: lo fece con la [sentenza n. 1 del 1956](#), proclamando la prescrittività di tutte le disposizioni costituzionali, incluse quelle di programma e di principio. Seguì una lunga fase di attuazione del dettato costituzionale. Si capisce, allora, quanto dalla risoluzione della questione odierna possa dipendere il volto futuro del nostro sistema dei diritti. Come ha scritto [Lorenza Carlassare](#), in gioco è il «disegno complessivo» della Costituzione, a partire dal «valore centrale intorno al quale è costruito il sistema costituzionale: la persona umana e la sua dignità».

2 febbraio 2017

La politica commerciale dopo il Parere 2/15: verso accordi “EU-only” senza ISDS/ICS?

MAURO GATTI (*)

La Corte di giustizia dell'UE ha emesso il 16 maggio 2017 l'atteso [Parere 2/15](#), riguardante l'[Accordo](#) di libero scambio tra l'UE e la Repubblica di Singapore. La domanda di parere, proposta dalla Commissione europea sulla base dell'art. 218(11) TFUE, mirava a chiarire se l'Accordo rientrasse interamente nella competenza esclusiva dell'Unione o se vi fossero elementi che ricadevano nella competenza concorrente dell'UE, o addirittura nella competenza esclusiva degli Stati membri.

Il Parere 2/15 non è di agevole comprensione giacché riconosce all'Unione un'area di **competenza esclusiva** piuttosto **ampia, ma non sufficiente** a coprire l'oggetto dell'Accordo con Singapore – o, presumibilmente, di accordi simili, come l'Accordo economico e commerciale globale con il Canada ([CETA](#)). Secondo taluni, il Parere 2/15 confermerebbe il carattere misto di tali accordi e permetterebbe quindi ai

(*) Università di Bologna.

parlamenti degli Stati membri di pronunciarsi in materia ([Magnetite](#), [Friends of the Earth Europe](#)). Altri hanno invece sostenuto che il Parere 2/15 consentirebbe all'Unione di concludere accordi commerciali da sola, senza la ratifica di parlamenti nazionali o regionali ([Rankin e Roberts](#), [Financial Times](#)). Altri ancora hanno rilevato che l'effetto principale del Parere sarebbe piuttosto di spianare la strada «to the extinction of EU investment arbitration» ([Sarmiento](#); v. anche [Roberts](#)).

Per comprendere la portata del Parere 2/15, è a mio avviso opportuno leggere la pronuncia della Corte nel suo più ampio contesto, valutandone l'impatto sui negoziati, presenti e futuri, di accordi commerciali da parte dell'Unione. In questa prospettiva, il Parere 2/15 pare offrire all'Unione la possibilità di perseguire una politica commerciale più efficace, seppur a prezzo dell'esclusione degli investimenti dall'oggetto degli accordi commerciali.

L'“inizio della fine” della politica commerciale?

Il Trattato di Lisbona ha modificato, com'è noto, la struttura dell'azione esterna e ha ampliato, in particolare, l'oggetto della politica commerciale, includendovi gli aspetti commerciali della proprietà intellettuale e gli investimenti esteri diretti (art. 207 TFUE). Su questa più solida base, congiunta a basi giuridiche settoriali, l'Unione ha concluso, negoziato, o sta per negoziare nuovi accordi commerciali, detti di “**nuova generazione**”. Tali accordi sono innovativi in quanto riguardano non soltanto il commercio in senso stretto, ma anche questioni come la tutela della proprietà intellettuale, la protezione degli investimenti, gli appalti, la concorrenza e lo sviluppo sostenibile (v. [Parere 2/15](#), punti 17 e 140). Tra questi accordi rientrano l'Accordo con Singapore (oggetto del Parere 2/15), ma anche trattati più noti come il **CETA** e il Partenariato trans-atlantico per il commercio e gli investimenti con gli Stati

398 Interventi

uniti ([TTIP](#)).

Nonostante la riforma di Lisbona, non è chiaro se l'Unione disponga della competenza sufficiente a concludere gli accordi di nuova generazione da sola o se invece necessiti di concluderli assieme ai suoi Stati membri, nella c.d. forma "mista". La questione è controversa, non solo per l'abituale conflitto di competenza tra l'Unione e gli Stati membri, ma anche per i problemi connessi alla ratifica nell'attuale clima politico. Gli accordi misti, come noto, devono essere firmati e ratificati tanto dall'Unione quanto da tutti gli Stati membri. L'esperienza recente dimostra che il voto di un singolo parlamento, o di un singolo popolo in un referendum, possono mettere a rischio la ratifica in uno Stato, e quindi l'entrata in vigore di un accordo misto.

Nel 2016 si sono verificati due "incidenti" particolarmente significativi. In aprile, l'elettorato olandese ha rifiutato con un referendum l'approvazione dell'[Accordo di associazione](#) tra l'Unione europea e i suoi membri, da un lato, e l'Ucraina dall'altro (v. [Van Elsuwege](#)). Come ammesso dagli stessi promotori del referendum, il voto non aveva nulla a che fare con l'Accordo in sé, ma era una semplice espressione di euroscetticismo (cfr. [Teffer](#)). Forse anche per la sua scarsa consistenza, il referendum non ha avuto conseguenze drammatiche. Il Consiglio europeo ha fornito delle rassicurazioni ai Paesi Bassi nel [dicembre 2016](#), per la verità ribadendo ciò che era già ovvio; ad esempio, che l'Accordo di associazione non conferisce di per sé all'Ucraina lo *status* di Paese candidato all'adesione all'UE. Il referendum olandese evidenzia in ogni caso il rischio che dei referendum nazionali possano ostacolare il processo di ratifica degli accordi misti.

In seguito, nell'ottobre 2016, il Parlamento della Vallonia ha deciso di non autorizzare la firma del CETA da parte del Belgio. Il Parlamento vallone aveva motivazioni più serie dei promotori del referendum olandese: come molti altri

commentatori, criticava il CETA per via del suo meccanismo per la risoluzione delle controversie fra investitori e Stati (in inglese, *Investor-State Dispute Settlement*, ISDS), che asseritamente sottrae delle competenza giurisdizionali alle autorità pubbliche, attribuendole a dei soggetti di dubbia imparzialità (cfr., ad es., [European Association of Judges](#)). In seguito, il Parlamento vallone ha autorizzato la firma del CETA, ma solo dopo aver ottenuto: (i) una dichiarazione del governo belga, che si è impegnato a chiedere un parere della Corte di giustizia sulla compatibilità tra il meccanismo per la risoluzione delle controversie investitori-Stato nel CETA con il diritto UE (v. dichiarazione 37 nelle [minute del Consiglio del 27 ottobre 2016](#)); (ii) un “[Joint interpretative instrument](#)” adottato da UE e Canada, che chiarisce, tra l’altro, come il meccanismo per la risoluzione delle controversie investitori-Stati contenuto nel CETA non pregiudichi il diritto delle Parti a legiferare nell’interesse pubblico (ad esempio in materia di ambiente e tutela della salute). Sebbene anche questa seconda crisi abbia trovato una soluzione, almeno per il momento, l’iniziativa del Parlamento vallone mostra come la ratifica degli accordi di nuova generazione rischi di essere compromessa da un qualunque parlamento nazionale dei 28 Stati membri, e persino da alcuni parlamenti regionali.

La crisi vallona mostra altresì che i meccanismi per la risoluzione delle controversie tra investitori e Stati sono l’aspetto forse più controverso della politica commerciale dell’Unione. Tali meccanismi prendono diverse forme. L’Accordo con Singapore, oggetto del Parere 2/15, prevede degli **ISDS “tradizionali”**, caratterizzati da arbitrati tra investitori e autorità pubbliche, dove gli arbitri sono nominati *ad hoc* dagli uni e dalle altre. La versione iniziale del CETA prevedeva un meccanismo simile. In seguito alle rimostranze di parte dell’opinione pubblica la Commissione ha rinegoziato il meccanismo ISDS del CETA, introducendo, d’accordo col

400 Interventi

Canada, un tribunale permanente, nominato dalle Parti all'Accordo (e non dagli investitori), onde garantire maggiore imparzialità. La Commissione ha definito questa soluzione “**Investment Court System**” (ICS) (v. [Commissione europea](#)). Anche l'ICS, ad ogni modo, non è privo di problemi. Come gli ISDS tradizionali, esso consente agli investitori stranieri di risolvere le loro controversie con uno Stato, non attraverso il sistema giurisdizionale di quest'ultimo, ma rivolgendosi al tribunale costituito attraverso l'accordo (v., ad es., l'art. 8.23 del [CETA](#)). Pare dunque possibile ipotizzare che tanto gli ISDS “tradizionali” quanto l'ICS potrebbero privare gli organi giurisdizionali nazionali «del loro compito di dare attuazione al diritto dell'Unione, in qualità di giudici di “diritto ordinario” dell'ordinamento giuridico dell'Unione, e, pertanto, della facoltà [...] di effettuare un rinvio pregiudiziale nella materia in questione» ([Parere 1/09](#), punto 80; v. altresì [Parere 2/13](#)). Vi è dunque che il rischio che la Corte di giustizia, chiamata a pronunciarsi sul CETA, lo dichiari incompatibile, fra l'altro, con il principio di **autonomia dell'Unione** (per una trattazione più ampia, v., *inter alia*, [Govaere](#); [Lenk](#)).

Da quanto sopra esposto emerge che la politica commerciale dell'Unione sta incontrando considerevoli difficoltà, tanto a livello politico (opposizione dell'opinione pubblica) quanto, potenzialmente, a livello giuridico (compatibilità tra ISDS/ICS e diritto UE). Stiamo forse assistendo all’**“inizio della fine”** ([Van der Loo e Pelkmans](#)) della politica commerciale comune?

Un'Unione competente in tutto...

Il Parere 2/15 si inserisce in questo difficile contesto politico. Non è possibile discutere nel dettaglio del ragionamento della Corte in ognuna delle numerose aree coperte dall'Accordo con Singapore. Basti rilevare che la Corte

ha considerato l'Unione competente, in via esclusiva, a stipulare accordi internazionali in un'area piuttosto vasta.

La Corte ha, in primo luogo, interpretato estensivamente la portata della politica commerciale comune, e quindi della **competenza esclusiva originaria** dell'UE (art. 3(1) TFUE), ricomprendendo in quest'ambito: accesso al mercato, investimenti esteri diretti, tutela della proprietà intellettuale, concorrenza e sviluppo sostenibile ([Parere 2/15](#), punti 33-167). In secondo luogo, la Corte ha riconosciuto l'**esclusività sopravvenuta** della competenza esterna dell'Unione nell'ambito della politica dei trasporti, sulla base della giurisprudenza *AETS*, codificata dall'art. 3(2) TFUE ([Parere 2/15](#), punti 168-224). Infine, la Corte ha validato la teoria della Commissione, secondo cui l'Unione sarebbe competente, in via esclusiva, ad estinguere trattati conclusi dagli Stati membri in ambiti coperti successivamente da competenze esclusive dell'Unione ([Parere 2/15](#), punti 245-256).

L'interpretazione estensiva delle competenze esterne dell'Unione adottata dalla Corte è significativa, soprattutto se si considera l'approccio più restrittivo delle [conclusioni](#) dell'Avvocato generale Sharpston. Ad avviso dell'Avvocato generale, rientravano nelle competenze concorrenti una serie di materie che, secondo la Corte, appartengono invece alla sfera di competenza esclusiva: le disposizioni sugli scambi dei servizi di trasporto aereo e di trasporto marittimo (punti 220-251), le disposizioni attinenti agli aspetti non commerciali dei diritti di proprietà intellettuale (punti 424-456), e le disposizioni che fissano i criteri di base in materia di lavoro e di ambiente e che rientrano nell'ambito della politica sociale o ambientale (punti 489-504). L'Avvocato generale aveva poi ritenuto che l'estinzione degli accordi bilaterali conclusi tra taluni Stati membri e uno Stato terzo non potesse rientrare nelle competenze dell'Unione, ma appartenesse esclusivamente agli Stati membri (punti 371-398) – mentre la Corte ha affermato,

402 Interventi

in modo diametralmente opposto, che tale competenza appartiene esclusivamente all'Unione, nella misura in cui l'estinzione riguarda obblighi vertenti in materia di competenza esclusiva.

... tranne che in materia di investimenti

Sebbene la Corte abbia interpretato in senso estensivo le competenze esterne dell'Unione, essa *non* ha riconosciuto la competenza esclusiva dell'UE in merito all'intero Accordo con Singapore. Essa ha infatti escluso la competenza esclusiva in materia di **investimenti esteri non diretti** (principalmente investimenti c.d. "di portafoglio"), in quanto i Trattati escludono espressamente tali investimenti dall'oggetto della politica commerciale comune ([Parere 2/15](#), punti 83-84) e le disposizioni convenzionali in materia sono inadatte a incidere su "norme comuni", ai sensi dell'art. 3(2) TFUE. Anche ammesso che, come sostenuto dalla Commissione, l'Accordo con Singapore riguardi la circolazione di capitali *ex art.* 63 TFUE, esso non potrebbe "incidere" su tale norma *ex art.* 3(2) TFUE, in quanto i Trattati UE sono gerarchicamente superiori agli accordi internazionali conclusi dall'Unione ([Parere 2/15](#), punto 235).

La Corte ha escluso altresì l'esclusività della competenza dell'Unione rispetto alla **risoluzione delle controversie fra investitori e Stati**. La Corte ha rilevato che l'Accordo con Singapore regola la risoluzione delle controversie tra un ricorrente di una Parte contraente e l'altra Parte relative a un trattamento che si asserisce lesivo delle disposizioni in materia di protezione degli investimenti. Nell'ambito di una tale controversia, tanto l'Unione quanto gli Stati membri possono essere convenuti davanti ad un arbitro, secondo le regole previste agli [articoli 9.15 e 9.16 dell'Accordo](#). In tal caso, l'attore dovrebbe «ritirare ogni eventuale altra domanda

pendente depositata davanti ad organi giurisdizionali nazionali in relazione allo stesso trattamento che egli asserisce lesivo» dei diritti conferiti dall'Accordo (v. [art. 9.17 dell'Accordo](#), e [Parere 2/15](#), punto 289). Ciò significa che, se un investitore sottopone una controversia con uno Stato membro a una procedura arbitrale, esso «sottrae delle controversie alla competenza giurisdizionale degli Stati membri» (punto 292). Un tale meccanismo, secondo la Corte, non può «essere istituito senza il **consenso» degli Stati membri**, e non può quindi rientrare nella competenza esclusiva dell'Unione (*ibid.*).

Si noti che tali considerazioni della Corte sono relative al meccanismo ISDS dell'Accordo con Singapore, che prende la forma di un “tradizionale” arbitrato. Sembra comunque che considerazioni simili siano applicabili anche all'**ICS** contenuto nel CETA, nella misura in cui esso consentirebbe agli investitori di sottoporre controversie ad un tribunale internazionale, ritirando ogni domanda pendente depositata davanti ad organi giurisdizionali nazionali, e sottraendo così delle controversie alla giurisdizione dei giudici nazionali (v. art. 8.22 del [CETA](#); cfr. [Parere 2/15](#), punti 289-292).

Curiosamente, la Corte ha rilevato che il meccanismo ISDS dell'Accordo con Singapore non rientra nella competenza *esclusiva* dell'Unione prima di discutere se esso rientri nel novero delle competenze dell'Unione *tout court*. Invero, la Corte sembra aver dato per scontato che l'Unione disponga di una competenza, almeno concorrente, in materia di risoluzione delle controversie investitore-Stato ([Parere 2/15](#), punto 293). È stato perciò sostenuto che la Corte non abbia in alcun modo identificato la base giuridica che attribuisca «a shared competence for the establishment of an ISDS regime» ([Kleimann e Kübek](#)). D'altronde, si potrebbe rilevare come una competenza *in subjecta materia* esista necessariamente, in quanto corollario della competenza sostanziale conferita dall'art. 207 TFUE. In virtù della sua competenza a concludere

404 Interventi

accordi internazionali, l'Unione ha la facoltà di assoggettarsi alle decisioni di un organo giurisdizionale istituito o designato in forza di tali accordi (cfr. [Parere 2/15](#), punto 298). È dunque presumibile che essa sia competente ad assoggettarsi alle decisioni di un arbitro in una controversia con un investitore privato, quanto meno in materia di investimenti esteri diretti. Ed è pacifico, come notato sopra, che l'Accordo con Singapore consenta tanto all'Unione quanto agli Stati membri di essere convenuti davanti ad un arbitro. Alla competenza (esclusiva) degli Stati a concludere accordi che sottraggano controversie alla loro giurisdizione, si accompagnerebbe così la competenza (esclusiva) dell'Unione a concludere accordi che assoggettino l'Unione alla giurisdizione di un arbitro. Il meccanismo ISDS nell'Accordo con Singapore chiama dunque in causa le competenze tanto dell'Unione quanto degli Stati membri. Si può dunque sostenere che esista una competenza *lato sensu* "concorrente" tra Unione e Stati membri in materia di risoluzione delle controversie tra investitori e autorità pubbliche.

Una tale interpretazione spiegherebbe anche perché la *mixity* in questo caso sembra essere, ad avviso della Corte, indispensabile (cfr. [Ankersmit](#)). Secondo una nota teoria, nelle aree di competenza non-esclusiva dell'Unione, la forma mista è generalmente **facoltativa**, nel senso che gli Stati membri possono decidere, in sede di Consiglio, se esercitare la competenza concorrente dell'Unione (ai sensi dell'art. 2(2) TFUE) e concludere l'accordo in forma "EU-only", oppure se non esercitare la competenza dell'Unione, e concludere l'accordo in forma mista (v. [Rosas](#)). Tale teoria non è necessariamente contraddetta dal Parere 2/15. È vero che la Corte riconosce che l'approvazione del meccanismo ISDS rientra nella «competenza concorrente» dell'Unione e degli Stati membri e «non può dunque essere istituito senza il consenso» di questi ultimi (punti 292-293). È altrettanto vero,

però, che tale competenza in materia di risoluzione delle controversie fra investitori e autorità pubbliche non pare una **competenza concorrente** ai sensi dell'art. 2(2) TFUE, ma sembra avere carattere **sui generis**, in quanto risulta dall'esercizio congiunto di *due* competenze separate, l'una dell'UE, l'altra degli Stati membri.

Si può tra l'altro rilevare come la natura "facoltativa" della forma mista nella prassi risulti piuttosto sfumata. Gli Stati membri, in sede di Consiglio, normalmente scelgono di non esercitare le competenze concorrenti dell'Unione. Anche quando la forma mista è facoltativa, «the choice is almost always made to resort to a mixed agreement» ([Ankersmit](#)). Sebbene, in linea di principio, tale prassi non sia idonea a modificare il carattere facoltativo della forma mista nell'ambito di competenze concorrenti, essa suggerisce che la *mixity* è pressoché inevitabile ogni qual volta l'oggetto di un accordo è coperto in parte da competenze concorrenti. Si può dunque comprendere perché la Corte affermi, in modo forse sbrigativo, che un accordo contenente elementi che ricadono nella competenza concorrente dell'UE, «non può essere approvat[o] dall'Unione da sola» (Parere 2/15, punto 244).

Alla luce di quanto precede, pare dunque di potersi sostenere che, sebbene il ricorso alla forma mista in aree di competenza concorrente sia generalmente **facoltativo**, nel caso specifico delle disposizioni in materia di risoluzione delle controversie tra investitori e Stati il ricorso alla forma mista sia **obbligatorio**.

Verso accordi "EU-only" senza ISDS/ICS?

Da quanto sopra esposto, si evince che l'Unione europea è competente in via esclusiva a concludere l'Accordo con Singapore, salvo per quanto riguarda le disposizioni sugli investimenti non diretti e i meccanismi per la risoluzione delle

controversie tra investitori e Stati. Ne consegue che il Parere 2/15 **non ha eliminato la forma mista** nell'ambito della politica commerciale dell'UE; anzi, il Parere chiarisce che la forma mista è obbligatoria rispetto alle disposizioni in materia di ISDS. Il CETA, l'[Accordo](#) di libero scambio col Vietnam e il TTIP (nella versione attualmente nota), in particolare, paiono destinati ad essere conclusi nella forma mista. D'altro canto, il Parere 2/15 sembra aver **facilitato il ricorso alla forma "EU-only"**, sia pure in modo indiretto. Per liberarsi dalla *mixity*, la Commissione potrebbe d'ora in poi proporre il negoziato e la conclusione di accordi commerciali di "nuovissima generazione", riguardanti questioni come la tutela della proprietà intellettuale, gli appalti, la concorrenza e lo sviluppo sostenibile, ma privi di riferimenti alla protezione degli investimenti. Una tale strategia sarebbe forse gradita anche alle controparti dell'Unione: «if the price of introducing investment arbitration is to risk the derailment of the megatrade treaty in a national or regional parliament after so many years of touchy negotiations, it is reasonable to assume that the EU's counterparty will live happily without these contentious tribunals» ([Sarmiento](#)).

Con il Parere 2/15 la Corte potrebbe aver perseguito due obiettivi. In primo luogo, potrebbe aver indirettamente **rafforzato la politica commerciale comune**, facilitando la conclusione di accordi commerciali nella forma "EU-only" e contribuendo così ad evitare nuovi "incidenti" come la mancata approvazione del CETA da parte del Parlamento vallone. Il raggiungimento di un tale risultato non è scontato - dato che gli Stati membri potrebbero opporsi all'abbandono della forma mista - ma è ora, se non altro, possibile. In secondo luogo, la Corte potrebbe aver incoraggiato l'Unione a **rinunciare alle disposizioni su tutela degli investimenti e ISDS/ICS**, o almeno a scorporarle dagli accordi commerciali. È vero che il Parere 2/15 «verte soltanto sulla natura della

competenza dell'Unione» e non pregiudica in alcun modo la questione se il contenuto dell'accordo con Singapore, e particolarmente il meccanismo di risoluzione delle controversie, sia compatibile con il diritto dell'Unione ([Parere 2/15](#), punti 30 e 300); la Corte avrà probabilmente l'occasione di pronunciarsi su tale questione nel prossimo futuro (v. [Gallo](#), pp. 855-857). D'altronde, non si può nemmeno escludere che già nel Parere 2/15 la Corte abbia inteso porre le basi per l'abbandono dei meccanismi ISDS/ICS, in vista all'opinione pubblica e forse non troppo popolari nemmeno a Kirchberg.

19 giugno 2017

EU law is alive and healthy: the *Achmea* case and a happy good-bye to intra-EU bilateral investment treaties

FRANCESCO MUNARI
CHIARA CELLERINO (*)

1. There can be little doubt that the long-awaited judgment of the Court of Justice in the *Achmea* case delivered on 6 March ([Case C-284/16](#), *Slovak Republik v. Achmea BV*) gives the last word on the (even longer) debated issue relating to the (in)compatibility of intra-EU investment bilateral investment treaties (BITs) with the EU legal order. In particular, in sharp contrast with the [Opinion](#) OF AG WATHELET, the Court does not hesitate to state that an arbitration tribunal established under a BIT between two Member States «call[s] into question not only the principle of mutual trust between Member States but also the preservation of the particular nature of the law established by the Treaties, ensured by the preliminary ruling procedure provided for in article 267 TFEU, and is not therefore compatible with the principle of sincere cooperation» (para. 58). The judgment is certainly to be

(*) Università di Genova.

welcome, it will have important consequences on the future of the intra-EU investment agenda, and may have some impact also on the extra-EU investment agenda (see *infra*, § 5). It finally clarifies a series of important legal questions which had often been raised in the last decade before investment arbitration tribunals seized under relevant intra-EU BITs or under the Energy Charter Treaty, that probably lacked an adequate EU law perspective (see for example, [Charanne B.V. and Construction Investments S.A.R.L. v. Spain](#); [Eastern Sugar B.V. v. Czech Republic](#); [Oostergetel and Teodora Laurentius v. Slovak Republic](#); [Saluka Investment Czech Republic](#); [ADC Affiliate Ltd vs. Republic of Hungary](#); [AES Summit Generation Ltd and AES-Tisza Erömü Kft v Republic of Hungary](#); [Electrabel S.A. \(Belgium\) v. Republic of Hungary](#)).

2. The facts of the case are probably known, since the dispute between Achmea BV (former Eureko), based in the Netherlands, and the Slovak Republic dates back to 2008; in this year the Dutch investor, operating in the insurance sector, started arbitration proceedings against the Slovak Republic pursuant to Art. 8 of the BIT between the defendant State and the Netherlands. Eureko claimed damages for alleged indirect expropriation arising from a change in the Slovakian legislation, which had repealed the previously existing regime liberalizing the insurance market. In those arbitration proceedings the Slovak Republic raised the so called «intra-EU jurisdictional objection», arguing that, as a result of its accession to the European Union, recourse to an arbitral tribunal provided for in Article 8(2) of the BIT was incompatible with EU law. By an interlocutory award dated 26 October 2010 ([Eureko v. Slovak Republic](#)), the arbitral tribunal dismissed the objection. In the first place, it held that arbitration clauses in BITs are different from inter-state dispute settlement mechanisms, such as those challenged under Art.

410 **Interventi**

344 TFEU in *Mox Plant* ([Case C-459/03](#), *Commission v. Ireland*); thus, according to the Tribunal, no provision existed under European Union law preventing the resort to intra-EU investment arbitration. In the second place, after excluding that Articles 30 and 59 of the Vienna Convention on the Law of Treaties (VCLT) may invalidate the BIT in question, in particular as to its dispute settlement mechanism, because of the entry into force of the 2003 treaty of accession to the EU of Slovakia (and other nine new Member States), the Tribunal denied also that the CJEU enjoys any ‘monopoly’ in the interpretation of EU law, since this law is daily applied by national courts and arbitrators. Such an interlocutory award was challenged before German courts, albeit unsuccessfully. The final award was delivered on 7 December 2012 and ordered the Slovak Republic to pay Achmea damages for breach of BIT obligations. Thereafter, the Slovak Republic brought an action to have the final award reversed before the regional court of Frankfurt am Main, i.e. the seat of arbitration. It maintained that both the final award granting damages to the claimants and the BIT itself were contrary to public policy, in particular as they infringed several provision of EU law: those on free movement of capital (Articles 267 and 344 TFEU), and the principle of non-discrimination set forth in Article 18 TFEU. This court dismissed the action and the Slovak Republic appealed its judgment before the German *Bundesgerichtshof*. As a judge of last instance, it referred a preliminary ruling to the CJEU on the abovementioned legal issues. Indeed, the *Bundesgerichtshof* appeared not to be persuaded by the arguments raised by the Slovak Republic (CJEU, *Achmea*, paras. 14-22). Nevertheless, it recognized the importance of the matter, due consideration being also taken to the considerable number of intra-EU BITs, and decided to stay its proceedings and refer the question to the CJEU.

3. The judgment tackles all the main points of law that are instrumental to assess the overall compatibility of intra-EU BITs with the specific EU legal characteristics, such as allocation of powers, primacy, direct effects, general principles of EU law and principle of mutual trust, as well as the principle of autonomy of the EU legal system. The CJEU is adamant in restating that the functioning and safeguard of all of the above is ensured and preserved by national courts in cooperation with the CJEU. In this regard, it refers in particular to Articles 4(3) and 19 TEU, in conjunction with Articles 344 and 267 TFEU, which shape the EU constitutional order (see [Case C-64/16, Associação Sindical dos Juizes Portugueses](#), para. 33; [Opinion 2/13](#) on the accession of the EU to the ECHR, paras. 174 ff.; [Opinion 1/09](#) on the agreement creating a unified patent litigation system). The Court then addresses whether (i) Art. 344 TFEU applies in case of intra-EU investment tribunals; (ii) investments tribunals can be considered part of the judicial system of the Union and, failing this; (iii) the *ex post* control of the award by national courts is an adequate tool to ensure consistency of an arbitral award with EU law. As to the issue *sub* (i), it should be recalled that Art. 344 TFEU binds Member States not to submit «a dispute concerning the interpretation or application of the Treaties» to any method of settlement other than those provided by the Treaties. In its opinion (see para. 138 ff.), AG Wathelet casts in doubt that Art. 344 TFEU would apply in case of disputes involving investors, based on the assumption that such a provision would only apply in case of disputes among Member States or between Member States and the EU. However, the Court does not follow the AG's suggestion, and takes a more convincing and rigorous approach aimed at establishing whether investment tribunals are liable to interpret and apply EU law to the dispute they are called to resolve. In this regard, it was held that EU law is indeed part of the «law in force of the contracting party concerned» as well as

412 **Interventi**

of «other relevant agreements between contracting parties». Therefore, it constitutes one of the sources of law expressly recalled by Article 8 of the concerned BIT for the settlement of investment disputes. Thus, no doubt that tribunals established under such intra-EU BITs can have an impact on the application of Art. 344 TFEU.

Subsequently, it was necessary to ascertain if, due to the way they are structured, investment tribunals can be classified as «court or tribunal of the Member State» within the meaning of Art. 267 TFEU. Should this be the case, they would simply integrate the EU judicial system, having the capacity to refer preliminary rulings to the CJEU. Both AG Wathelet and some authors (see *e.g.* [Basedow](#)) advocated that referrals for preliminary rulings to the CJEU by investment tribunals established under BITs concluded by Member States should be admitted by the CJEU in view of their different nature *vis-à-vis* commercial arbitral tribunals. This argument is based, *inter alia*, on their legal origin (being established by an international treaty), their permanent (though optional) nature and the compulsory jurisdiction they ensure. However, the Court does not uphold this view, since investment tribunals lack any real connection with the judicial systems of the Member States (para. 48; see also Case [C-196/09](#), *Miles and Others*, para. 41). In fact, there is little doubt that the *raison d'être* of these arbitral tribunals is to allow private investors to escape domestic courts and national judicial systems.

Failing the direct integration of these tribunals within the EU judicial system, the Court addresses the issue of the *ex post* control on their award by national courts. In accordance with Art. 19 TEU, such review by national courts would in principle ensure that a question of EU law addressed by the Tribunal could be submitted to the CJEU and therefore brought within

the EU system of judicial protection. Precedents in this regard relate to commercial arbitration tribunals. In such cases, the Court has generally considered acceptable the limited grounds for setting aside awards set forth by national law, provided that *effet utile* of mandatory EU law is ensured ([Case C-168/05, Mostaza Claro](#), para. 35; [Case C-126/97, Eco Swiss](#), para. 37). Yet, in the present case, the Court distinguishes investment tribunals from commercial tribunals, based on the assumption that «while the latter originate in the freely expressed wishes of the parties, the former derive from a treaty by which Member States agree to remove from the jurisdiction of their own courts, and hence from the system of judicial remedies which the second subparagraph of Art. 19(1) TEU requires them to establish in the fields covered by EU law... disputes which may concern the application or interpretation of EU law» (para. 55). The reasoning appears fully consistent with the already mentioned obligation Member States have under Art. 344 TFEU, in so far as investment tribunals are considered capable to apply EU law. At the same time, we have already seen that, according to the Court, the nature of such tribunals is relevant for excluding them from the EU judicial system. However, the very narrow possibility given to national courts to review investment arbitrations, under the ICSID regime, may have persuaded the Court that the risk of running afoul of Art. 344 TFEU obligation and of the autonomy of the EU legal order (*i.e.* compliance by the same Member State with obligations stemming from Arts. 19 TEU and 267 TFEU) was too high to treat investment arbitral tribunals like commercial ones. Sure, not all investment disputes can be decided under the ICSID settlement regime; and yet, on the one hand all but one Member State (Poland) are parties to ICSID; on the other hand, it would be certainly complicated to draw a distinction on the kind of settlement dispute used within an intra-EU BIT – with a view to excluding only ICSID-governed ISDS – as a

414 **Interventi**

precondition to consider it admissible or not under EU law.

4. The arguments set forth by the Court with regard to the incompatibility of intra-EU BITs and ISDS with the special characteristics of EU law, including in particular «the principle of mutual trust among the Member States... and ... the principle of sincere cooperation», are convincing and welcome. As we have already argued elsewhere (Munari, Cellerino, p. 125), a system of investment dispute resolution established at the inter-state level, and shaped to a great extent as an exclusive and preferential alternative to the EU judicial system under Arts. 19 TEU and 267 TFEU, cannot and should not be maintained within the internal market, because it jeopardizes the uniform and consistent application of internal market rules applying to foreign direct investments (see also [Case T-704/15, MICULA ET AL: V. Commission](#)). This said, there is no doubt that, at last, the *Achmea* judgment outlaws intra-EU BITs from the EU legal order. This result was reached with the most typical tool available to the Court, *i.e.* a request for preliminary ruling on a domestic case on the interpretation and application of EU law concerning the judicial review of an investment arbitration award. Anyway, it is long overdue from the substantive legal viewpoint. In our view (and, fortunately, in the Court's view), upon the adhesion to the Union, and the combined enjoyment of the fundamental freedoms available to EU firms, it is simply inconceivable to have «special» regimes for them depending on whether they are located or not in the host State of their investment. Especially if one considers that, in the first place, EU fundamental freedoms guarantee a virtually unlimited investments regime within the EU (and even beyond, as we shall point out later); and secondly, that freedom of establishment easily allows a domestic investor to establish in another Member State, obtain the status of 'foreign' investor and use such a status to seek (additional and undue) protection

under an existing intra-EU BIT. Besides, this is exactly what may have occurred in the celebrated *Micula* case, where one could seriously cast doubts on the investor's Rumanian nationality, at least with regard to its ultimate beneficial owners. In this respect, such ISDS raises problems also *vis-à-vis* the principle of non-discrimination on grounds of nationality set forth in Art. 18 TFEU.

It is our firm belief that fundamental freedoms grant any EU-labeled undertaking willing to invest in the Union the most advanced and open regime world-wide. It would be totally unjust and disproportionate to entitle such undertaking to claim also the additional potential protection which can be sought using the traditional tools of a BIT, whose rationale and legal setting is at odds with the EU legal system. In contrast with the usual BIT legal environment, the EU is a solid and harmonized – and often uniform – regime, encompassing virtually all economic aspects of entrepreneurial activities (with the exception of taxation, but hopefully also this last inconsistency will be sooner or later fixed). It further integrates all economic policies with one another (*e.g.* environmental protection, energy policies, social rights, and so on), as it is normal for comprehensive and autonomous legal systems like the EU. In such a situation, an additional protection claimed by an EU firm against a Member State and based on an *intra*-EU BIT cannot be allowed, for the same reason why, as the proverb says, one cannot eat his cake and have it too.

5. The judgment will certainly have relevant implications in different areas. In the first place, it will probably doom all investment disputes currently pending before arbitrators that are bound to apply EU law as part of the sources of law applicable to the dispute under the relevant *intra*-EU BITs. Especially in the case in which the award is in favor of the

416 **Interventi**

private investor, it is hard to believe that the State would not challenge it before the competent national courts and ask them to apply the *Achmea* ruling to set aside the award. Secondly, compelling reasons of legal certainty should finally persuade the still reluctant governments of some Member States to take quick and clear steps in order to terminate, either unilaterally or through a coordinated process at the EU level, existing *intra*-EU BITs. This step had been requested by the Commission more than a decade ago. And only some Member States (Italy, Ireland, and recently Poland and Denmark) had followed this request and decided to withdraw from existing BITs with other Member States. If this was not the case, now that the *Achmea* judgment is part of EU law and binds all Member States, one may also consider whether further inaction in this direction by them would not be tantamount to a breach of EU law, with the possibility of an infringement procedure under Art. 258 TFEU.

The *Achmea* judgment might also chill the proposals made by a group of Member States to establish a new system of ISDS common to all Member States replacing existing *intra*-EU BITs (see Non-paper from Austria, Finland, France, Germany and the Netherlands, presented on April 2016 to the Trade Policy Committee of the Council). Furthermore, the Commission seems to pursue another type of initiative to fill the legal vacuum that would be left by the phasing-out of *intra*-EU BITs. In its [Consultation Document](#) «Prevention and amicable resolution of disputes between investors and public authorities within the single market», the Commission had proposed EU-driven initiatives aimed at creating an investment-friendly, uniform and effective *intra*-EU investment area, ensuring a more effective application of existing EU investment law, based on the application of free movement of capital and freedom of establishment.

At present, the overall relevance of these initiatives seems however much reduced. In fact, if priorities in this area have to be set, our impression is that the EU should now concentrate on “true” foreign investments in the EU. This topic has become more and more urgent especially after an overall reflection on this matter which not only encompasses the EU, but more generally international trade. To this end, the [Proposal](#) for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing a framework for screening of foreign direct investments into the European Union, which the Commission presented on September 13, 2017, and which has already received a substantial positive reaction by the EESC-European Economic and Social Committee (see the [Opinion](#) delivered on March 28, 2018), should advance in the legislative procedure to allow the EU a fundamental tool for screening foreign investments and give Member States a common and uniform legal framework, to use in case the need of defending paramount interests of the EU and of the Member States arises. Needless to say, the judgment will have an impact also on other pending matters concerning settlement of disputes in investor-State claims: *Achmea* will influence the equally awaited – and to some extent parallel – CJEU [opinion](#) on the compatibility of the Investment Court System (ics) negotiated in CETA with the Treaties requested by Belgium on 6 September 2017. This, in turn, will further determine the chances of success, or the way ahead, for another important initiative promoted by the European Commission, namely the negotiation of a multilateral [Convention](#) establishing a multilateral court for the settlement of investment disputes. indeed this idea was launched before *Achmea* and in the context of negotiations concerning in particular investments agreements concluded by the EU with third Countries. Therefore, some further aspects regarding the relationship between EU law and international courts and

418 **Interventi**

tribunals will also have to be taken into consideration. In any case, intra-EU investments should be outside the scope of this initiative, as they should no longer be entitled to have special dispute settlement regimes compared to any other litigation among a member State and any undertaking established in the territory of the Union.

In conclusion, the *Achmea* judgment certainly represents the end of intra-EU BITs; but this is just the beginning of another story, still to be written, in the realm of foreign investments governance at the EU and the international level.

17 aprile 2018

Ultra vires review e applicazione
orizzontale del principio di non
discriminazione sulla base dell'età:
una riflessione (a freddo) su
Dansk Industri

GIOVANNI ZACCARONI (*)

1. Con [sentenza n. 15/2014](#), del 6 dicembre 2016, la Corte suprema danese ha rifiutato di dare attuazione alla sentenza della Corte di giustizia nella causa *Dansk Industri* (19 aprile 2016, C-441/14), ritenendola in contrasto con lo strumento di adesione della Danimarca all'Unione e con il riparto di competenze in esso cristallizzato.

Questa sentenza, che sino ad ora non è stata oggetto di particolari attenzioni da parte degli studiosi, se si eccettuano [Gualco e Lourenço](#) e di recente ancora [Gualco](#), scrive un nuovo capitolo nel rapporto complesso fra la Corte di giustizia e i giudici titolari del controllo di costituzionalità degli Stati membri (nel caso di specie, infatti, la Corte suprema danese è anche titolare in ultima istanza del controllo di costituzionalità

(*) Università di Bologna.

420 Interventi

delle leggi, poiché il sistema danese è un sistema a controllo di costituzionalità diffuso). Se la Corte di giustizia, secondo l'art. 263 TFUE, è la custode dell'interpretazione dei Trattati e della legislazione dell'Unione europea, i giudici costituzionali degli Stati membri sono invece competenti per la valutazione della conformità delle norme UE, e di quelle nazionali che ne danno attuazione, con le rispettive Costituzioni nazionali. Questa situazione ha generato occasioni di attrito fra le Corti, che a volte si sono concluse positivamente, come per la richiesta di rinvio pregiudiziale della Corte costituzionale tedesca sul programma «OMT» annunciato dalla Banca centrale europea (V. la SENTENZA [Gauweiler](#) della Corte di giustizia, 16 giugno 2015, C-62/14, a cui poi la Corte costituzionale tedesca si è conformata con [sentenza](#) del 21 giugno 2016, 2 BvR 2728/13; v. il post di [Pace](#) in questo blog); altre volte esse si sono concluse negativamente, come nel caso delle sentenze della Corte costituzionale ungherese ([sentenza N. 17/2004](#) del 17 maggio 2004) e della Corte costituzionale della Repubblica slovacca ([sentenza](#) del 18 ottobre 2005, Pl. ÚS 8/04), che hanno annullato la disciplina interna di recepimento di alcune norme di diritto dell'Unione (si trattava, rispettivamente, dell'annullamento per contrasto con il dettato costituzionale di una disciplina interna adottata in applicazione di un regolamento e in esecuzione di una direttiva). Dal controllo di costituzionalità discende poi la valutazione di conformità dei poteri esercitati dall'Unione europea con quelli che le sono stati attribuiti dagli Stati membri, secondo il principio dei poteri conferiti (*ultra vires review*). La Corte di giustizia non sfugge a questo scrutinio, ragione per la quale la Corte costituzionale della Repubblica ceca ([sentenza](#) del 31 ottobre 2010, Pl. ÚS 5/12) ha dichiarato *ultra vires* la sentenza [Landtová](#) (22 giugno 2011, C-399/09).

2. Con la sentenza n. 15/2014 la Corte suprema danese si

aggiunge a quella della Repubblica ceca nel decidere di non seguire le indicazioni ricevute in risposta ad un rinvio pregiudiziale della Corte di giustizia. La Corte danese ritiene infatti che la Corte UE abbia ecceduto i propri poteri nel richiedere l'applicazione del principio di non discriminazione sulla base dell'età ad una controversia tra privati. Sempre alla luce della dialettica tra giudici costituzionali nazionali e Corte di giustizia, sarà interessante verificare come si comporterà la Corte costituzionale italiana, che ha posto, nella recente [ordinanza](#) n. 24 del 27 gennaio 2017, una questione pregiudiziale suggerendo che l'applicazione dell'art. 325 TFUE ad una controversia penale imposta dalla Corte di giustizia nella sentenza [Taricco](#) possa confliggere con un principio cardine dell'ordinamento italiano (sul punto vedi i post di [Rossi](#), [Sarmiento](#), [Faraguna](#), [Gradoni](#) e [Gallo](#)). Bisogna però precisare che il contenuto dell'ordinanza della Corte costituzionale italiana affronta un problema diverso: nella sentenza danese siamo di fronte ad una *ultra vires review* pura, mentre nell'ordinanza italiana la Corte costituzionale sembra alludere alla possibilità di ricorrere ai c.d. controlimiti. Se da un lato dunque la Corte danese contesta alla Corte di giustizia l'uso di poteri che non le sarebbero stati conferiti (e, dunque, la sentenza sarebbe stata pronunciata *ultra vires*), la Corte costituzionale italiana non contesta *tout court* l'esercizio dei poteri della Corte di giustizia, ma sottolinea che questo esercizio potrebbe, in caso di conferma dell'interpretazione che la Corte sembra fare propria in *Taricco*, superare il limite (da cui, appunto, la parola «controlimiti») che la Corte costituzionale pone a difesa dei «principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale» (sentenza [Frontini](#), n. 183/73, par. 9).

Benché dunque differenti, i due provvedimenti (la sentenza e l'ordinanza) hanno in comune il tentativo di *ordinare*

422 Interventi

l'influenza che la Corte di giustizia dispiega sui principi che stanno alla base degli ordinamenti costituzionali nazionali attraverso l'effetto diretto (orizzontale e verticale) delle norme europee. Nel caso danese, però, è più evidente come all'ordine del giorno sia un elemento che è molto radicato nella giurisprudenza della Corte di giustizia (l'efficacia orizzontale del principio di non discriminazione sulla base dell'età), mentre l'ordinanza italiana verte sulla portata, certo non secondaria, dell'art. 325 TFUE, che riguarda la tutela degli interessi finanziari dell'Unione, e sulla loro eventuale applicazione in sede penale.

3. Prima di analizzare la sentenza, bisogna sottolineare che la causa giunge a Lussemburgo proprio su richiesta della stessa Corte suprema danese, la quale, attraverso una questione pregiudiziale, chiede come interpretare la norma nazionale alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia sul principio di non discriminazione. La questione prende le mosse dalla richiesta di un lavoratore licenziato di ricevere un'indennità di disoccupazione qualora, raggiunta l'età pensionabile, avesse deciso di continuare a prestare la propria opera lavorativa ad altro datore di lavoro. La normativa danese (art. 2, lett. a), della legge relativa ai rapporti giuridici tra i datori di lavoro e i lavoratori subordinati, tradotta al punto 6 della sentenza), così come interpretata da una giurisprudenza nazionale consolidata, prevede che i lavoratori licenziati che abbiano compiuto il 60° anno di età, e che abbiano già maturato la pensione, non abbiano diritto all'indennità di disoccupazione (quantificata in 1, 2, o 3 mesi sulla base della pregressa durata del rapporto di lavoro) se scelgono di continuare a lavorare presso un altro datore di lavoro. Per questa ragione, il signor Rasmussen (attore nel giudizio principale), poi deceduto e rappresentato dai suoi eredi, aveva invocato di fronte ai tribunali nazionali il principio di non discriminazione sulla base dell'età, di cui la

[direttiva 2000/78/CE](#) sulle discriminazioni sul luogo di lavoro è espressione. La Corte suprema danese, chiamata a pronunciarsi dopo che il Tribunale Marittimo e Commerciale aveva riconosciuto le ragioni del signor Rasmussen, sospende il giudizio formulando due questioni pregiudiziali. Con la prima chiede se, qualora non sia possibile applicare il diritto nazionale in maniera conforme a quello dell'Unione europea, il principio di non discriminazione sulla base dell'età si possa applicare ad una controversia tra privati, mentre con la seconda chiede se il principio di non discriminazione possa prevalere sui principi del legittimo affidamento e della certezza del diritto, anche in virtù del fatto che, a detta della Corte danese, i singoli hanno la possibilità di vedere soddisfatte le proprie pretese in sede di giudizio sul risarcimento del danno.

La questione principale che la Corte di giustizia si trova ad affrontare è dunque la conferma dell'interpretazione della sua giurisprudenza sull'applicazione orizzontale del principio di non discriminazione sulla base dell'età. Questa giurisprudenza ha avuto inizio con le sentenze [Mangold](#) (22 novembre 2005, C-144/04) e [Kücükdeveci](#) (19 gennaio 2010, C-555/07), nelle quali si riconosce (in *Mangold*) e si afferma (in *Kücükdeveci*) l'applicazione del principio di non discriminazione sulla base dell'età ad una controversia tra privati in casi in cui non sussistevano le condizioni per l'applicazione dell'effetto diretto di una direttiva. Tale giurisprudenza ha però sollevato numerose critiche (ad es. [Papadopoulos](#) 2011) anche dentro la Corte di giustizia (si vedano per esempio le [conclusioni](#) dell'Avvocato generale Ruiz-Jarabo Colomer, *Pfeiffer*, C-397/01, punto 46 e le [conclusioni](#) dell'Avvocato generale Kokott, *Kofoed*, C-321/05, punto 67), perché sembra utilizzare il principio di non discriminazione per scavalcare il divieto di applicazione delle direttive alle controversie tra privati. Per questo la Corte di giustizia nella sentenza [Dominguez](#) (24

424 Interventi

gennaio 2012, C- 282/10) ha ribadito che qualora non sussistano le condizioni per applicare l'effetto diretto di una direttiva l'unico rimedio rimane la richiesta di risarcimento del danno nei confronti dello Stato membro. La questione dell'applicazione del principio generale in luogo di una direttiva (IN PARTICOLARE, la Già RICORDATA Direttiva 2000/78/CE) ad una controversia tra privati è uno snodo cruciale della causa *Dansk Industri*, per cui è probabile che la richiesta della Corte suprema danese mirasse ad ottenere maggiori indicazioni sulla differenza fra l'effetto diretto di una direttiva e quello di un principio generale. La Corte di giustizia sceglie la strada già percorsa in *Küçükdeveci* ed indica al giudice nazionale di procedere all'applicazione del principio di non discriminazione sulla base dell'età e alla disapplicazione della disciplina nazionale confliggente, senza però chiarire con precisione la ragione per cui lo stesso effetto diretto sia negato alle direttive (*Dansk Industri*, punti 36 e 37).

La pronuncia della Corte UE rappresenta dunque una conferma della grande importanza che riveste il principio di non discriminazione nella sua giurisprudenza, al punto che più volte gli studiosi (ad es. [Lenaerts, Gutierrez Fons](#)) ne hanno affermato il rango costituzionale per l'ordinamento dell'Unione. Per quanto infatti la presente sentenza si limiti all'applicazione orizzontale del principio di non discriminazione sulla base dell'età, sembra potersi attribuire al più generale principio di non discriminazione una posizione particolare all'interno dei principi generali del diritto e più in generale all'interno del sistema delle fonti del diritto dell'Unione. Questa considerazione spinge a ritenere di essere di fronte ad un principio generale (seppure allo stato attuale codificato nella Carta UE dei diritti fondamentali) caratterizzato da una specifica forza di penetrazione negli ordinamenti nazionali. La Corte di giustizia, infatti, definisce

(*Dansk Industri*, punto 26) il principio della parità di trattamento come principio «fondamentale», di cui «il principio di non discriminazione sulla base dell'età costituisce *soltanto* un'espressione particolare» (corsivo aggiunto). Se nelle sentenze precedenti (v. *Mangold*, punti 74-76 e *Küçükdeveci*, punto 50) la Corte aveva già chiarito che il principio di non discriminazione sulla base dell'età viene applicato ad una controversia tra privati proprio perché costituisce un'espressione del più generale principio di non discriminazione, in *Dansk Industri* essa pare confermare con ancora maggior convinzione che al principio di non discriminazione (sulla base dell'età) si debba attribuire un rango particolare, paragonabile, per esempio, a quello del (più generale) principio secondo il quale tutti gli atti dell'Unione devono conformarsi al rispetto dei diritti fondamentali (i quali costituiscono parametro di legittimità costituzionale, secondo quanto affermato dalla Corte di giustizia nella sentenza [Kadi contro Consiglio e Commissione](#), punto 288 e nella sentenza [Commissione e altri contro Kadi](#), punto 66). È pertanto possibile affermare che il principio di non discriminazione (sulla base dell'età) è un elemento che contraddistingue l'identità dell'ordinamento costituzionale europeo? Sì, dunque, quantomeno per chi scrive. Ad ogni modo, pare difficile negare che questa sentenza rappresenti una tappa cruciale in quel processo (iniziato, per l'appunto, in *Mangold* e in *Küçükdeveci*) di valorizzazione del rango costituzionale che occupa il principio di non discriminazione nell'ordinamento dell'UE.

4. Dal tenore dei quesiti posti alla Corte di giustizia è però facile capire che questa soluzione non fosse la più gradita alla Corte suprema danese, la quale auspicava più probabilmente di essere autorizzata a “disapplicare” la disciplina dell'Unione, al limite riconoscendo la possibilità di ricorrere (in altro giudizio) all'azione per la determinazione della responsabilità

426 Interventi

extracontrattuale dello Stato membro. Proprio per questo motivo, al momento di dare applicazione alla sentenza della Corte di giustizia, la Corte danese si è rifiutata di seguire la strada indicata dai giudici di Lussemburgo ed ha proceduto all'applicazione della disciplina nazionale a scapito di quella dell'Unione europea. La Corte suprema danese, infatti, [sostiene](#) che la Corte di giustizia abbia ecceduto i propri poteri nel chiedere di dare applicazione al principio di non discriminazione sulla base dell'età ad una controversia tra privati.

Secondo la Corte suprema danese, lo Stato membro non avrebbe mai delegato all'Unione europea i poteri necessari per attuare un principio non scritto (la Corte danese sceglie peraltro di trascurare come ora tale principio sia stato codificato all'interno della Carta dei diritti fondamentali, adducendo che una simile constatazione comporterebbe un ampliamento delle competenze dell'Unione europea, in violazione dell'art. 51 par. 2 della Carta) e non vi sarebbero, né nel Trattato di adesione della Danimarca all'Unione europea, né nei lavori preparatori del Trattato di adesione depositati presso il Parlamento danese, evidenze che giustifichino il trasferimento di un simile potere. La Corte suprema danese, pertanto, avendo accertato che non sussistono i requisiti per applicare la direttiva 2000/78/CE e che non è neppure possibile interpretare il diritto interno in maniera conforme a quello dell'Unione (dato che si perverrebbe ad una interpretazione *contra legem*), sostiene che l'unico rimedio possibile per coloro i cui diritti sarebbero violati dal conflitto fra la norma UE e quella nazionale sia l'azione di risarcimento del danno (v. [Klinge](#)). Bisogna poi tenere anche conto del fatto che la Corte suprema danese si è mossa sicura del fatto che da questa sua decisione non sarebbero derivate conseguenze particolari per le istituzioni danesi: la disciplina interna è stata

modificata nel 2015, rendendo ancora più difficile ipotizzare una già improbabile contestazione tardiva di un'eventuale infrazione da parte della Commissione europea. Il legislatore danese, infatti, mediante una modifica dell'art. 2, lett. a) della legge relativa ai rapporti giuridici tra i datori di lavoro e i lavoratori subordinati, entrata in vigore il 1° febbraio 2015, ha esteso senza limitazioni l'indennità di disoccupazione anche nei confronti di quei cittadini che hanno raggiunto l'età pensionabile. Per quei cittadini danesi che ritenessero di essere stati ingiustamente danneggiati dal comportamento dello Stato in violazione della disciplina europea non resterebbe altra strada se non quella della richiesta di risarcimento del danno nei confronti dello Stato per violazione della disciplina europea (secondo la GIURISPRUDENZA [Francovich](#)). Si può dunque affermare che la Corte suprema danese abbia voluto, con questa sentenza, adottare un'interpretazione estremamente conservatrice del principio dei poteri conferiti per porre un argine al processo di costituzionalizzazione del principio di non discriminazione. La sentenza della Corte suprema danese pare pertanto particolarmente censurabile perché, negando l'applicazione orizzontale del principio di non discriminazione sulla base dell'età, contesta un elemento fondamentale dell'ordinamento costituzionale europeo.

A questo bisogna aggiungere che, qualora si rafforzasse fra i giudici costituzionali degli Stati membri una simile visione dell'ordinamento costituzionale europeo, ciascuno di essi potrebbe rifiutarsi in maniera arbitraria di dare attuazione ad ogni sentenza della Corte di giustizia che non rifletta un'interpretazione meramente letterale dei poteri conferiti dai Trattati. Un depotenziamento della giurisdizione della Corte che trascura in primo luogo che gli ordinamenti e le istituzioni dell'Unione si evolvono insieme ai poteri a loro disposizione, ma che mostra anche quanto sia ancora insufficiente

428 Interventi

l'attenzione che i giudici costituzionali nazionali dedicano agli elementi che identificano l'ordinamento costituzionale europeo (nonostante la Corte di giustizia sembri avere riconosciuto più volte e da ultimo nella sentenza [Von Wolfersdorff](#), il ruolo preminente delle tradizioni costituzionali degli Stati membri, mostrando dunque un certo rispetto verso gli elementi distintivi degli ordinamenti costituzionali nazionali; sul punto vedi [Di Federico](#)).

5. Nella sentenza *Dansk Industri* la Corte di giustizia ha insistito sull'applicazione a una controversia tra privati di un aspetto di un principio sul quale, sebbene con portata ed effetti diversi, si basa buona parte dell'architettura normativa dell'Unione; è sufficiente qui richiamare l'istituto della cittadinanza europea e le quattro libertà fondamentali. Pertanto, affermando che l'applicazione del principio di non discriminazione sulla base dell'età in una causa tra privati è *ultra vires*, la Corte suprema danese sta apertamente rifiutando di riconoscere l'applicazione orizzontale del principio di non discriminazione come elemento distintivo dell'ordinamento costituzionale europeo. Per farlo, la Corte danese interpreta il principio dei poteri conferiti in senso strettamente letterale, mettendo dunque in contrapposizione gli elementi costitutivi degli ordinamenti nazionali (di cui il principio di sovranità è un'espressione evidente) con quelli che caratterizzano l'ordinamento europeo (oggi il principio di non discriminazione sulla base dell'età, domani potrebbe essere lo stesso primato) rimanendo legata ad una logica multilaterale, in cui ciascun giudice costituzionale si comporta come un'entità astratta dal sistema sovranazionale di cui è parte. Certamente, da questo punto di vista, si può concludere che la sfida lanciata dai giudici costituzionali alla Corte di giustizia sia difficile da superare. L'ordinamento multilivello che si era affermato per opera dell'accettazione quasi passiva del principio del primato

Diritto dell'Unione europea 429

non solo viene messo in discussione ma apertamente rifiutato. Insomma, prendendo a prestito una metafora utilizzata di recente in questo blog (vedi ancora il post di [Gradoni](#)), se nell'ordinanza *Taricco* la Corte costituzionale italiana ha imbastito con Lussemburgo un dialogo (certamente non privo di insidie per la Corte di giustizia) in cui a ciascun attore è conferito un ruolo ben definito, la Corte suprema danese ha prima chiesto che le venisse riconosciuto il ruolo principale e, dopo aver ricevuto in risposta un rifiuto, ha abbandonato il palcoscenico.

4 maggio 2017

Corte di giustizia, matrimonio tra persone dello stesso sesso e diritti fondamentali: il caso *Coman*

GIULIA ROSSOLILLO (*)

La progressiva apertura dei legislatori degli Stati membri dell'Unione europea al matrimonio tra persone dello stesso sesso ha portato la dottrina ormai da tempo a interrogarsi sulla riconoscibilità di tali matrimoni negli Stati membri che non prevedono forme di unione di tal genere o che prevedono unicamente tipologie di unione tra persone del medesimo sesso differenti dal matrimonio. Sul punto la giurisprudenza italiana, prima dell'adozione della [legge 20 maggio 2016, n. 76](#) sulle unioni civili tra persone dello stesso sesso e sulle convivenze (per un commento v. [Scaffidi di Runchella](#)), che prevede che il matrimonio tra persone del medesimo sesso contratto all'estero da cittadini italiani produca gli effetti dell'unione civile regolata dalla legge italiana (v. [Corte di Cassazione](#), I Sez. civ., 14 maggio 2018, n. 11696, che ha confermato la trascrivibilità come matrimonio solo del matrimonio *same-sex* tra stranieri), era intervenuta a più riprese, con pronunce di segno opposto.

(*) Università di Pavia.

Così, la giurisprudenza di legittimità considerava non trascrivibile, perché inefficace per difetto di capacità dei nubendi, il matrimonio omosessuale celebrato all'estero tra due cittadini italiani ([Corte di Cassazione](#), I Sez, civ., 15 marzo 2012, n. 4184 e [Corte di Cassazione](#) 9 febbraio 2015, n. 2400, che tuttavia, in linea con la sentenza della [Corte Costituzionale](#) n. 138 del 2010, sollecitava il legislatore italiano a dare riconoscimento alle coppie omosessuali) e nel medesimo senso, se pur con motivazioni differenti (contrarietà all'ordine pubblico, inesistenza del vincolo, inefficacia dello stesso), si esprimevano alcuni tribunali di merito ([Tribunale di Latina](#), decreto 31 maggio 2005; [Corte d'appello di Roma](#), 6 giugno 2006; Tribunale di Treviso, sentenza 19 maggio 2010; [Tribunale di Milano](#), decreti 2 luglio 2014 e 17 luglio 2014; [Tribunale di Pesaro](#), decreto 14 ottobre 2014) e il Consiglio di Stato (sentenze nn. [4897](#), 4898 e 4899 del 26 ottobre 2015, nelle quali il Consiglio di Stato si pronuncia nel senso della legittimità della [circolare](#) del Ministero dell'Interno del 7 ottobre 2014 che ordinava ai Prefetti di provvedere all'annullamento d'ufficio delle trascrizioni dei matrimoni omosessuali). Altre corti di merito ritenevano al contrario tali matrimoni trascrivibili ([Tribunale di Grosseto](#), decreto 17 febbraio 2015, in relazione al matrimonio contratto all'estero tra due cittadini italiani del medesimo sesso, sulla quale si v. [Biagioni e di Napoli](#); [Corte d'appello di Napoli](#), sentenza 13 marzo 2015, in relazione al matrimonio contratto all'estero tra due soggetti del medesimo sesso stranieri) anche quando avessero coinvolto unicamente cittadini italiani.

Quanto alle pronunce di organi giurisdizionali sovranazionali, la Corte europea dei diritti umani, dopo aver incluso le unioni tra persone dello stesso sesso nella nozione di vita familiare di cui all'articolo 8 CEDU e aver sottolineato la riconducibilità dei matrimoni tra persone dello stesso sesso all'articolo 12 della

432 Interventi

stessa Convenzione (sentenza [Schalk e Kopf c. Austria](#)), nella sentenza [Oliari ed altri c. Italia](#), si pronunciava nel senso dell'incompatibilità con la Convenzione europea (in particolare con gli artt. 8, 12 e 14 della stessa) della disciplina italiana che, non prevedendo (prima dell'adozione della legge sulle unioni civili e dei relativi decreti attuativi) alcuna forma di disciplina delle unioni tra persone del medesimo sesso, non consentiva alcuna forma di riconoscimento di un rapporto di tal genere costituitosi in un ordinamento straniero.

Sulla riconoscibilità dei matrimoni omosessuali non si era invece finora espressa la Corte di giustizia dell'Unione europea, che con la sentenza [Coman](#) (5 giugno 2018, causa C-673/16) affronta per la prima volta la questione del significato del termine «coniuge» in relazione alla libertà di circolazione e di soggiorno dei cittadini dell'Unione e al ricongiungimento familiare. Va detto che già alcune pronunce di tribunali italiani nelle quali era stata affrontata la questione della possibilità di garantire il ricongiungimento familiare o un diritto di soggiorno anche al coniuge di cittadino italiano dello stesso sesso che avesse contratto con quest'ultimo matrimonio all'estero ([Corte di Cassazione](#), Sez. I penale, sentenza 19 gennaio 2012, n. 1388; [Tribunale di Reggio Emilia](#), sentenza 13 febbraio 2012; [Tribunale di Pescara](#), ordinanza 15 gennaio 2013; una conferma di tale orientamento è ravvisabile nella [Circolare](#) del Ministero dell'Interno n. 8996 del 26 ottobre 2012) erano giunte alla medesima conclusione positiva alla quale la Corte approda nella sentenza in commento. Inoltre, pur rappresentando la prima pronuncia nella quale la Corte afferma la contrarietà al diritto dell'Unione europea di un rifiuto di riconoscimento dei matrimoni tra persone dello stesso sesso, la sentenza *Coman* riprende le argomentazioni utilizzate dalla stessa Corte in altre pronunce relative alle libertà di circolazione nelle quali si ponevano questioni di

riconoscimento di status personali, in particolare di rapporto tra libertà economiche riconosciute dal Trattato e diritti fondamentali, confermando una tendenza già indicata da tempo dalla dottrina (v. Baratta, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Giuffré, Milano, 2004, p. 213 ss.; Id., “La reconnaissance internationale des situations juridiques personnelles et familiales”, in *Recueil des cours*, vol. 348, 2010, p. 257 ss.; Tomasi, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione europea tra mercato interno e spazio di libertà, sicurezza e giustizia*, CEDAM, Padova, 2007, p. 104 ss.; e da ultimo Marongiu Buonaiuti, “La continuità internazionale delle situazioni giuridiche e la tutela dei diritti umani di natura sostanziale: strumenti e limiti”, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2016, p. 49 ss., spec. p. 82 ss.). Rispetto a tali ultime sentenze, relative al riconoscimento del nome delle persone fisiche, la pronuncia in oggetto riveste tuttavia una particolare rilevanza per la delicatezza della materia matrimoniale e per il forte legame esistente tra norme sostanziali di diritto di famiglia e tradizioni nazionali. Di tale delicatezza sembra essere consapevole anche la Corte, che, come vedremo, circonda la propria pronuncia di alcune cautele.

Come è noto, il diritto di famiglia costituisce una materia di competenza degli Stati membri per quanto riguarda i suoi profili sostanziali, mentre l'articolo 81 TFUE, concernente la cooperazione giudiziaria in materia civile, attribuisce alle istituzioni dell'Unione il potere di adottare misure relative al diritto di famiglia aventi implicazioni transnazionali. La necessità di garantire la realizzazione delle libertà di circolazione, e in particolare della libera circolazione delle persone, ha portato tuttavia il diritto dell'Unione a esercitare un'influenza, se pur indiretta, anche sulla disciplina materiale del diritto di famiglia dettata dai legislatori degli Stati membri.

434 Interventi

Sul punto, l'atteggiamento delle istituzioni dell'Unione si è caratterizzato per una certa prudenza. Così, da un lato quando la Corte di giustizia dell'Unione europea si è occupata dell'interpretazione dello Statuto dei funzionari dell'Unione per stabilire a quali familiari spettasse l'assegno di famiglia e l'assegno per il mantenimento dei figli, pur accogliendo una nozione ampia di famiglia, ha sottolineato come tale interpretazione si limitasse al settore specifico del trattamento dei funzionari e non producesse effetti sul diritto di famiglia degli Stati membri (Tribunale, sentenza [Roodhuijzen](#), 5 ottobre 2009, causa T-58/08 P.). Dall'altro, negli atti adottati nel settore della cooperazione giudiziaria civile e relativi al diritto di famiglia, le istituzioni hanno sempre evitato l'imposizione agli Stati membri di modelli familiari a loro estranei (basti pensare al fatto che il [Regolamento 1259/2010](#) sulla legge applicabile al divorzio e alla separazione personale non obbliga le autorità di uno Stato membro la cui legislazione non considera valido il matrimonio – ad esempio perché si tratta di un matrimonio tra persone dello stesso sesso non ammesso in tale ordinamento – a emettere una decisione di divorzio).

Il medesimo atteggiamento di prudenza emerge dal dettato dell'art. 2 della [direttiva 2004/38](#), laddove si afferma che è considerato familiare ai fini del ricongiungimento con il cittadino dell'Unione «il partner che abbia contratto con il cittadino dell'Unione un'unione registrata sulla base della legislazione di uno Stato membro, qualora la legislazione dello Stato membro ospitante equipari l'unione registrata al matrimonio e nel rispetto delle condizioni previste dalla pertinente legislazione dello Stato membro ospitante», espressione che consente agli Stati che non ammettono forme di unioni tra persone dello stesso sesso di rifiutare il ricongiungimento familiare al partner registrato del cittadino

dell'Unione trasferitosi nel loro territorio.

Una simile precisazione non è invece contenuta nella citata direttiva per quanto riguarda la nozione di coniuge del cittadino dell'Unione. La direttiva si limita infatti a stabilire che tra i familiari del cittadino dell'Unione che possono raggiungerlo nello Stato membro nel quale questo si è trasferito vi è il coniuge dello stesso, senza alcuna precisazione ulteriore. Nella vicenda *Coman*, era appunto tale nozione che la Corte era chiamata a precisare, trattandosi di verificare se un cittadino dell'Unione potesse ottenere il riconoscimento del ricongiungimento familiare con il proprio coniuge dello stesso sesso.

La pronuncia, resa dietro rinvio pregiudiziale da parte della Corte costituzionale rumena, concerneva la vicenda di due soggetti di sesso maschile, uno con doppia cittadinanza rumena e americana e l'altro di cittadinanza americana, sposatisi a Bruxelles, e la possibilità del primo di essere raggiunto in Romania dal suo coniuge a titolo di ricongiungimento familiare, nonostante il codice civile rumeno, all'articolo 277 preveda che: «1. Il matrimonio tra persone dello stesso sesso è vietato. 2. I matrimoni tra persone dello stesso sesso contratti o conclusi all'estero sia da cittadini rumeni sia da cittadini stranieri non vengono riconosciuti in Romania [...]. 4. Le disposizioni di legge riguardo alla libera circolazione nel territorio della Romania dei cittadini degli Stati membri dell'unione europea e dello Spazio economico europeo rimangono applicabili».

La prima precisazione operata dalla Corte concerne l'applicabilità alla vicenda in questione della direttiva 2004/38, alle cui disposizioni la questione pregiudiziale faceva riferimento. Quest'ultima, infatti, come nota la Corte, si applica unicamente al cittadino dell'Unione che faccia ingresso e

436 Interventi

soggiorni in uno Stato membro diverso dal suo Stato di origine, e dunque non copre le ipotesi, quale quella oggetto della sentenza *Coman*, relative alle richieste di ricongiungimento familiare di un cittadino di uno Stato membro che fa ritorno nello stesso. Come nota ancora la Corte, tuttavia, in tali ipotesi, il ricongiungimento familiare potrebbe trovare fondamento nell'art. 21 TFUE. Perché quest'ultimo – che garantisce al cittadino dell'Unione il diritto di circolazione e di soggiorno in tutti gli Stati membri – non sia privato del suo effetto utile, è infatti necessario che il cittadino di uno Stato membro che si sia trasferito in uno Stato membro differente e vi abbia costituito una famiglia possa proseguire la sua vita familiare anche una volta tornato nel suo Stato membro di origine (v. sentenza [Lounes](#)). Si tratta di una precisazione importante, perché – come vedremo – implica che lo Stato membro che non prevede forme di unione tra persone dello stesso sesso sia obbligato a concedere il ricongiungimento familiare anche quando il matrimonio tra persone dello stesso sesso coinvolga suoi cittadini.

Quanto alla nozione di «coniuge» utilizzata dalla direttiva 2004/38 e applicabile dunque in via analogica, la Corte mette in luce per la prima volta come detta nozione vada interpretata in modo autonomo, e sia atta a includere sia il matrimonio tra persone di sesso diverso sia il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Secondo la Corte, in effetti, il fatto che la direttiva 2004/38 non rinvii, contrariamente a quanto fa per le unioni registrate, alla nozione di matrimonio fatta propria dalla normativa dello Stato di destinazione del soggetto implica che il termine coniuge abbia un contenuto neutro. La possibilità per gli Stati membri di riconoscere o meno il diritto del coniuge dello stesso sesso di raggiungere il cittadino dell'Unione, a seconda che la legislazione interna preveda o meno forme di unione di questo tipo, equivarrebbe secondo la

Corte ad attribuire alla libertà di circolazione un contenuto variabile da Stato a Stato e a privare di effetto utile le disposizioni della direttiva 2004/38. Le argomentazioni della Corte sul punto sono piuttosto stringate. Nelle [conclusioni](#) dell'Avvocato generale si sottolinea invece più ampiamente come durante la procedura di adozione della direttiva non vi fosse accordo tra le istituzioni sulla nozione di matrimonio, e dunque come la Commissione nella sua proposta modificata di direttiva avesse preferito limitare la nozione «ad una nozione di coniuge inteso, in linea di principio, come coniuge di sesso diverso, fatti salvi gli sviluppi futuri in materia» (par. 51). Secondo l'Avvocato generale, una lettura evolutiva di tale termine è oggi invece d'obbligo: mentre nel 2004 solo due Stati membri prevedevano il matrimonio tra persone dello stesso sesso, tale numero è salito a 13 nel 2018; se ne deduce un superamento della nozione di matrimonio come unione tra persone di sesso diverso.

Va peraltro notato che, nell'affermare la necessità di garantire il ricongiungimento familiare anche nel caso di matrimonio tra persone dello stesso sesso, la Corte si riferisce al matrimonio contratto «in uno Stato membro conformemente alla normativa di quest'ultimo» e durante un «soggiorno effettivo» dei due soggetti nello Stato membro in questione (par. 40). Da un lato, dunque, essa sembra richiamare la terminologia utilizzata nelle pronunce che hanno affermato il principio del mutuo riconoscimento in relazione alle libertà di circolazione, e dunque il principio di fiducia reciproca tra Stati membri. Dall'altro, sembra esigersi tra le righe che il legame con lo Stato di celebrazione del matrimonio omosessuale sia reale, e che dunque il soggiorno in tale Stato non fosse limitato al momento della celebrazione del matrimonio stesso.

Accertato che il rifiuto di riconoscere il ricongiungimento

familiare con il coniuge dello stesso sesso è atto ad ostacolare le libertà di circolazione, la Corte si chiede poi se detto ostacolo possa essere giustificato sulla base di motivi di interesse generale, e in particolare sulla base dell'esigenza di tutelare l'ordine pubblico e l'identità nazionale. Nel negare che dette esigenze possano giustificare la limitazione della libertà di circolazione del cittadino dell'Unione, la Corte da un lato tenta di precisare i limiti della nozione di identità nazionale, dall'altro sottolinea il legame esistente tra limiti alle libertà di circolazione e tutela dei diritti fondamentali. Entrambe le questioni, strettamente legate tra loro, riecheggiano le argomentazioni utilizzate dalla stessa Corte in recenti sentenze relative alla libera circolazione delle persone fisiche, le sentenze [*Sayn-Wittgenstein*](#) e [*Runevič Vardyn*](#) (un ragionamento simile è poi seguito dalla Corte anche nella sentenza [*Bogendorff von Wolffersdorff*](#)).

In tali ultime pronunce, dinanzi all'esigenza di tutelare l'identità costituzionale (*Sayn-Wittgenstein*) e linguistica (*Runevič Vardyn*) dello Stato, invocata dai governi austriaco e lituano per opporsi al riconoscimento di un nome acquisito all'estero, la Corte sottolinea come il limite dell'identità nazionale sia invocabile e giustificato in quanto corrispondente a un diritto fondamentale. Così, nella prima pronuncia il rifiuto di riconoscere un cognome nobiliare acquisito all'estero viene considerato giustificato sulla base di ragioni di ordine pubblico e di tutela dell'identità nazionale in quanto il divieto di utilizzare nomi nobiliari trova fondamento nel principio di uguaglianza sancito dall'art. 20 della Carta dei diritti fondamentali; e nella seconda il rifiuto di trascrivere un nome in caratteri non esistenti nella lingua lituana, fondato sulle medesime esigenze sopra citate, trova fondamento nel diritto alla diversità culturale, religiosa e linguistica sancito all'art. 22 della stessa Carta.

Il rilievo dei diritti fondamentali come parametro per valutare l'opponibilità da parte di uno Stato membro di esigenze imperative che giustifichino un ostacolo alle libertà economiche si manifesta tuttavia anche nell'ipotesi speculare: quella in cui il motivo imperativo di interesse generale invocato dallo Stato per opporsi a una libertà di circolazione sia contrario a un diritto fondamentale. In tale ipotesi – enunciata per la prima volta dalla Corte di giustizia nella sentenza [ERT](#) – sarà l'interesse dello Stato a dover cedere di fronte alla libertà economica. Tale principio viene ribadito nella sentenza *Coman* per negare che esigenze di tutela dell'ordine pubblico e dell'identità nazionale possano opporsi al riconoscimento del matrimonio tra persone del medesimo sesso celebrato all'estero. Dopo aver sottolineato che l'ordine pubblico può essere invocato solo in caso di minaccia reale e sufficientemente grave ad uno degli interessi fondamentali della società dello Stato richiesto e che l'identità nazionale non è pregiudicata dal riconoscimento di un matrimonio estero tra persone dello stesso sesso in quanto non viene imposto allo Stato di modificare la propria legislazione per prevedere tali tipi di unioni bensì solo di riconoscerli, la Corte afferma infatti che «una misura nazionale idonea ad ostacolare l'esercizio della libera circolazione delle persone può essere giustificata solo se è conforme ai diritti fondamentali sanciti dalla Carta di cui la Corte garantisce il rispetto» (par. 47). Nel caso di specie, secondo la Corte, le esigenze invocate dallo Stato rumeno contrastano con il diritto al rispetto della vita privata e familiare garantito dall'art. 7 della Carta dei diritti fondamentali e dall'art. 8 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, e non sono, pertanto, atte a limitare la libertà di circolazione del cittadino rumeno in questione attraverso il mancato riconoscimento a questo del diritto al ricongiungimento familiare con il proprio coniuge.

440 Interventi

Come accennato, nonostante le argomentazioni utilizzate dalla Corte non siano nuove, la loro estensione al riconoscimento di matrimoni tra persone dello stesso sesso presenta una certa rilevanza a causa della delicatezza della materia e della resistenza di alcuni Stati membri a prevedere forme di unione di tal genere. Non è quindi casuale il fatto che la Corte tenti di circondare la propria pronuncia di alcune cautele e sottolinei che l'obbligo di riconoscimento del matrimonio tra due soggetti dello stesso sesso celebrato all'estero non pregiudica l'istituto del matrimonio nello Stato del riconoscimento e «non comporta l'obbligo, per detto Stato membro, di prevedere, nella normativa nazionale, l'istituto del matrimonio tra persone dello stesso sesso. Tale obbligo è circoscritto al riconoscimento di siffatti matrimoni, contratti in un altro Stato membro in conformità della normativa di quest'ultimo, e ciò unicamente ai fini dell'esercizio dei diritti conferiti a tali persone dal diritto dell'Unione» (par. 45). Non è parimenti casuale che lo stesso Avvocato generale metta in luce come tale interpretazione del concetto di coniuge sia limitata all'ambito di applicazione della direttiva 2004/38 e non ponga in discussione la libertà degli Stati membri di legalizzare o meno il matrimonio tra persone dello stesso sesso. Tali affermazioni riecheggiano le precisazioni operate dal Tribunale nelle citate pronunce sullo Statuto dei funzionari dell'Unione europea. Anche in tali ipotesi, infatti, si sottolineava come la nozione di famiglia fatta propria da tali pronunce non producesse effetti al di fuori del limitato ambito del trattamento dei funzionari dell'Unione e non fosse idonea pertanto ad incidere sugli ordinamenti degli Stati membri. Mentre tuttavia l'ambito dei rapporti di lavoro tra Unione e funzionari si colloca in effetti in una sfera per così dire interna all'Unione europea e separata da quella degli ordinamenti degli Stati membri, ben altra rilevanza assumono le nozioni di diritto di famiglia – e in particolare di «coniuge» – elaborate dalla Corte in relazione all'istituto del ricongiungimento familiare,

Diritto dell'Unione europea 441

istituto che riguarda invece il rapporto tra cittadino dell'Unione e Stato membro di destinazione. La sua estensione anche al coniuge del cittadino dell'Unione del medesimo sesso, e soprattutto l'obbligo per lo Stato di concedere tale ricongiungimento anche qualora sia un suo cittadino ad aver contratto un matrimonio *same-sex* in un altro Stato membro, tende dunque ad incidere ben più nettamente sulla libertà degli Stati membri di limitare l'istituto del matrimonio unicamente ai soggetti di sesso diverso.

8 luglio 2018

Dati personali e cybersicurezza: la decisione *Breyer* della Corte di giustizia

DANIELA MARRANI (*)

1. La sentenza [*Breyer*](#) della Corte di giustizia dell'Unione europea, resa il 19 ottobre 2016 nella causa C- 582/14, è particolarmente importante in quanto precisa le condizioni in base alle quali un indirizzo IP dinamico (sequenza numerica assegnata in maniera temporanea dai fornitori di accesso alla rete ai loro clienti), registrato da un fornitore di servizi di media on-line, è qualificato come dato personale ai sensi dell'art. 2 lettera a) dalla Direttiva 95/46 del 1995.

Si tratta della prima pronuncia della Corte UE in materia di protezione dei dati personali nei confronti di un *fornitore di contenuti*. L'approccio funzionale della Corte di giustizia è decisivo nel delineare, per via interpretativa, una nozione comunitaria di «dato personale» che vincola tutti gli Stati membri. Allo stesso tempo, la pronuncia della Corte offre una interpretazione dell'art. 7, lettera f) della medesima direttiva, affermando che costituisce interesse legittimo di un fornitore di servizi di media on-line quello di tutelarsi da possibili attacchi

(*) Università degli Studi di Salerno.

cibernetici, e ribadisce il carattere non assoluto del diritto alla protezione dei dati personali. Quanto precisato dalla Corte UE appare di particolare rilievo anche nella prospettiva dell'entrata in vigore (nel maggio 2018) della nuova disciplina comunitaria sulla protezione dei dati personali ([Regolamento n. 2016/679](#)).

2. La sentenza in esame trae origine da una richiesta di pronuncia pregiudiziale sollevata nell'ambito di una controversia tra un cittadino tedesco, il signor Patrick Breyer, membro del Parlamento dello Schleswig-Holstein (stato federato della Germania), e la Repubblica federale di Germania. Il sig. Breyer aveva presentato un'azione inibitoria volta ad ottenere la condanna della Repubblica federale di Germania ad astenersi dal registrare e dal conservare i suoi indirizzi IP al termine delle sessioni di consultazione dei siti internet accessibili al pubblico gestiti dai servizi federali tedeschi, salvo che la memorizzazione non fosse necessaria, in caso di guasto, al ripristino della disponibilità del servizio di telecomunicazione. La domanda era stata rigettata in primo grado e parzialmente accolta in appello: l'inibitoria era subordinata alla condizione che il ricorrente avesse rivelato la propria identità nel corso della sessione di consultazione, anche sotto forma di un indirizzo e-mail. Entrambe le parti hanno proposto un ricorso per cassazione dinanzi al *Bundesgerichtshof* (Corte federale di giustizia della Germania), il quale ha sospeso il procedimento, sottoponendo ai giudici di Lussemburgo un duplice quesito, concernente: a) la qualificazione degli indirizzi IP «dinamici» come «dati personali» per il fornitore di servizi di media on-line, ai fini della tutela prevista dalla Direttiva europea sulla protezione dei dati personali n. 95/46; b) la legittimità del trattamento dei dati personali di un utente senza il suo consenso al fine di perseguire l'interesse legittimo del fornitore di servizi di media on-line al funzionamento in generale del sito e alla sicurezza.

3. La *prima questione* attiene alla qualificazione degli indirizzi IP dinamici come dati personali. La nozione di «dato personale» delineata dall'art. 2 lettera a) della direttiva 95/46 è ampia e si presta ad una interpretazione elastica. La stessa, infatti, comprende: «qualsiasi informazione concernente una persona fisica identificata o identificabile (“persona interessata”)». Si considera identificabile «la persona che può essere identificata, direttamente o indirettamente, in particolare mediante riferimento ad un numero d'identificazione o ad uno o più elementi specifici caratteristici della sua identità fisica, fisiologica, psichica, economica, culturale o sociale». A tale fine, il considerando 26 della direttiva suggerisce di «prendere in considerazione l'insieme dei mezzi che possono essere ragionevolmente utilizzati dal responsabile del trattamento o da altri per identificare detta persona». Il «[Gruppo di lavoro Articolo 29](#)» per la tutela delle persone con riguardo al trattamento dei dati personali (organismo indipendente con funzione consultiva istituito a norma della Direttiva 95/46) ha ritenuto che gli indirizzi IP dinamici siano da considerare come dati personali nel caso di trattamento effettuato sia da fornitori di accesso ad internet sia da fornitori di servizi di media on-line (v. [Parere 4/2007](#)). Tuttavia, la situazione negli Stati membri è piuttosto diversificata, come emerge dal [rapporto Study of case law on the circumstances in which IP addresses are considered personal data \(time.lex, 2011\)](#). La dottrina si è sempre mostrata riluttante a qualificare l'indirizzo IP dinamico come dato personale. Nella prassi, sia europea che nordamericana, in molti casi i giudici hanno dovuto intimare agli *internet service providers* di rivelare l'identità di soggetti associati a determinati indirizzi IP, al fine di perseguire comportamenti illeciti. Si tratta, in particolare, di azioni a tutela della proprietà intellettuale (*copyright*), di azioni volte a salvaguardare la dignità o la reputazione di persone offese mediante l'utilizzo

della rete. Non sempre i giudici sono stati propensi ad intimare al fornitore di accesso ad internet di comunicare l'identità associata ad un indirizzo IP dinamico in quanto un certo grado di anonimato è connaturato all'utilizzo della rete ed è strettamente correlato all'esercizio della libertà di espressione e di manifestazione del pensiero.

Nella sentenza [Scarlet Extended](#) (24 novembre 2011, C-70/10) la Corte considerava l'ipotesi di identificazione mediante un indirizzo IP dinamico effettuata dagli stessi *fornitori di accesso a internet* (i quali dispongono dei dati personali di tutti i loro utenti). Nel caso *Breyer*, invece, al fine di determinare se un indirizzo IP dinamico costituisca un dato personale nei confronti di un *fornitore di servizi di media on-line* «occorre verificare se un indirizzo IP siffatto, registrato da un tale fornitore, possa essere qualificato come informazione riferita a una «persona fisica identificabile», qualora le informazioni aggiuntive necessarie per identificare l'utente di un sito internet che detto fornitore di servizi rende accessibile al pubblico siano detenute dal fornitore di accesso a internet dell'utente medesimo» (punto 39 della sentenza).

Come rilevato dall'Avvocato Generale M. Campos Sánchez-Bordona, si tratterebbe di un mezzo di identificazione «ragionevole» Infatti, l'ordinamento tedesco, pur vietando al fornitore di accesso a internet di trasmettere direttamente le informazioni aggiuntive necessarie all'identificazione della persona interessata, consente al fornitore di servizi di media on-line di rivolgersi, in particolare in caso di attacchi cibernetici, all'autorità competente affinché la stessa assuma le iniziative necessarie per ottenere tali informazioni dal fornitore di accesso a internet. L'identificazione dell'utente potrebbe essere esclusa soltanto qualora fosse: 1) vietata dalla legge; o 2) praticamente irrealizzabile a causa di un dispendio di tempo, di

446 Interventi

costo e di manodopera tali da minimizzare il rischio di identificazione (punto 46 della sentenza).

Nel caso in esame, pertanto, la Corte ritiene che un IP dinamico costituisca un dato personale ai sensi dell'art. 2 lettera a) della direttiva 95/46 se il fornitore di servizi di media on-line disponga dei mezzi giuridici che gli consentano di far identificare la persona interessata mediante le informazioni aggiuntive di cui disponga il terzo, fornitore di accesso ad internet della stessa.

L'approccio funzionale della Corte di giustizia consente di superare le speculazioni dottrinali in merito alla qualificazione o meno di un indirizzo IP dinamico come dato personale. In specie, nella dottrina tedesca, sono emersi due orientamenti contrapposti: il primo, definito «assoluto/oggettivo», ritiene sufficiente che l'identificazione della persona interessata sia possibile associando l'indirizzo IP dinamico con i dati forniti da un terzo; il secondo, definito relativo/soggettivo, invece, non ritiene sufficiente la possibilità di disporre dell'ausilio di un terzo ma richiede di verificare se il soggetto che detiene i dati disponga o meno dei mezzi necessari per utilizzare tali dati ai fini dell'identificazione (su entrambe le posizioni dottrinali v. Schreibauer, M., in [Kommentar zum Bundesdatenschutzgesetz. Nebengesetze](#), Esser, M., Kramer, P., e von Lewinski, K. (ed.), Carl Heymanns Verlag/Wolters Kluwer, Colonia, 2014, 4^a ed., § 11 Telemediengesetz, da 4 a 10). La Corte non prende posizione su tali orientamenti dottrinali ma sembra propendere per l'orientamento relativo/soggettivo quando focalizza la propria attenzione sulla disponibilità in concreto di mezzi giuridici che consentano al fornitore di servizi di media on-line di ottenere le informazioni utili all'identificazione della persona interessata dal fornitore di accesso alla rete internet. La possibilità di combinare informazioni personali archiviate

presso soggetti diversi al fine di identificare una persona determinata potrebbe verificarsi anche con riguardo a dati di natura diversa, ad esempio ID personali. Inoltre, la pronuncia della Corte di giustizia potrebbe avere delle ricadute sulle discipline nazionali in materia di *profiling* digitale.

Nella prospettiva resa attuale dal progresso tecnologico di accedere a strumenti sempre più sofisticati di raccolta e trattamento dei dati personali (evidenziata nelle [Conclusioni](#) dell'Avvocato Generale, al punto 66), si giustifica una interpretazione elastica di dato personale. Per tale ragione, con riferimento agli IP dinamici è stata esclusa la natura di dati personali soltanto nell'ipotesi in cui non consentano con certezza l'identificazione, come nel caso degli utenti di un cybercafé. Lo stesso risultato potrebbe essere ottenuto, ad esempio, mediante tecniche di anonimizzazione dei dati. Non è escluso, peraltro, che la Corte torni a pronunciarsi in futuro sulla nozione di dato personale al fine di includere ulteriori categorie di dati.

4. Per quanto attiene alla *seconda questione*, la Corte concentra la sua analisi sull'interpretazione DELL'[art. 7, lettera f\)](#) della direttiva 95/46, avendo riguardo, in particolare, ai limiti della raccolta e dell'utilizzo dei dati personali di un utente di servizi di media on-line, nel caso in cui lo stesso non abbia fornito il proprio consenso al trattamento.

In tale contesto, i giudici di Lussemburgo sottopongono a critica la disciplina tedesca nella misura in cui consente il trattamento dei dati personali soltanto allo scopo di consentire la fatturazione del servizio on-line e limitatamente alla fruizione dello stesso nell'ambito della relativa sessione di consultazione.

448 Interventi

Preliminarmente, la Corte precisa che i servizi federali tedeschi, gestori dei siti web, operano in quanto soggetti privati, pertanto al di fuori dell'ambito delle attività dello Stato in materia di diritto penale (circostanza che avrebbe escluso l'applicazione della direttiva 95/46, come previsto dall'art. 3, paragrafo 2, primo trattino della stessa).

Secondo la Corte, in base all'art. 7, lettera f), della direttiva sulla tutela dei dati personali, il trattamento di dati personali è legittimo, in assenza del consenso della persona interessata, se «è necessario per il perseguimento dell'interesse legittimo del responsabile del trattamento oppure del o dei terzi cui vengono comunicati i dati, a condizione che non prevalgano l'interesse o i diritti e le libertà fondamentali della persona interessata, che richiedono tutela ai sensi dell'art. 1, par. 1» di tale direttiva. La Corte continua poi la sua analisi ricordando che l'elenco dei casi in cui il trattamento dei dati personali è lecito, ai sensi dell'art. 7 della suddetta direttiva, è un elenco esaustivo e tassativo. Pertanto gli Stati membri, pur disponendo di un margine discrezionale che consente loro di precisare le condizioni alle quali i trattamenti sono leciti, «non possono introdurre, sulla base dell'articolo 5 della stessa direttiva, principi relativi alla legittimazione del trattamento dei dati personali diversi da quelli enunciati all'articolo 7 della medesima, né modificare con requisiti supplementari la portata dei sei principi previsti da detto articolo 7» (punto 58 della sentenza).

Orbene, l'art. 15 del *Telemediengesetz* (legge sui servizi di telecomunicazione) è suscettibile di critiche per un duplice ordine di motivi. In primo luogo, la norma avrebbe l'effetto di restringere la portata dell'art. 7, lettera f) della direttiva 95/46 in quanto non terrebbe conto dell'interesse legittimo dei servizi federali tedeschi a garantire, al di là di una singola sessione di

consultazione, la continuità del funzionamento del sito, predisponendo rimedi preventivi volti a contrastare eventuali attacchi informatici.

La cybersicurezza può costituire, quindi, un interesse legittimo del gestore del sito internet, come ritenuto anche dal Gruppo di Lavoro «Articolo 29», il quale precisa inoltre che deve trattarsi di un interesse conforme alla legge, articolato in maniera chiara, e attuale (v. [Parere 6/2014](#)). Gli attacchi informatici più frequenti consistono nei c.d. *denial of service* ovvero attacchi massicci lanciati occasionalmente contro alcuni siti web per saturarli e renderli inoperanti (come rilevato dall'Avvocato Generale, v. punto 84 delle [Conclusioni](#)). Tali rischi, enfatizzati dalla decisione della Corte, potrebbero legittimare, in futuro, i gestori di siti web (sia privati che pubblici) ad operare una raccolta sistematica e massiccia dei dati personali dei loro utenti, in assenza di consenso al trattamento.

In secondo luogo, a differenza di quanto previsto dalla direttiva, la disciplina tedesca non consentirebbe di effettuare una ponderazione caso per caso dell'interesse legittimo del fornitore di servizi di media on-line con l'interesse o i diritti e le libertà fondamentali degli utenti dei siti internet in questione in quanto realizzerebbe «a monte» una tale ponderazione (punti 62 e 63 della sentenza).

5. Nella sentenza *Breyer*, la Corte di giustizia UE, in linea con un filone giurisprudenziale che va consolidandosi in materia di tutela della privacy e dei dati personali (*Scarlet Extended*, cit.; [SABAM](#), C-360/10; [ASNEF e FECEMD](#), C-468 e 469/10; [Digital Rights Ireland e Seitlinger et al.](#), C-293/12 e C-594/12; [Google Spain SL e Google Inc.](#), C-131/12; [Schrems](#), C-362/14, su cui v. i post di [Oddenino](#), [Nino](#), [Saluzzo](#)) offre una

450 Interventi

interpretazione di alcune norme generali della direttiva 95/46 improntata ai diritti fondamentali riconosciuti dalla Carta di Nizza e alle libertà e ai principi sanciti dai trattati, con una particolare attenzione alla ponderazione dei diritti e degli interessi contrapposti.

Non poca sorpresa suscita il fatto che la sentenza si concretizza in una puntuale critica alla legge tedesca sulle telecomunicazioni la quale è ritenuta una delle discipline che garantiscono la maggiore protezione dei dati personali nell'Unione europea. Questa critica è senz'altro fondata in quanto evidenzia l'inadempimento dello Stato federale tedesco nel recepimento della direttiva 95/46, nella misura in cui restringe la portata delle norme comunitarie, in specie dell'art. 7, lettera f). La Corte si era già pronunciata in un caso analogo che riguardava la Spagna (sentenza *ASNEF* e *FECEMD*, cit.), anticipando quanto affermato nella sentenza in esame: la disciplina nazionale in materia di protezione dei dati personali non può richiedere che i dati oggetto del trattamento effettuato in assenza del consenso della persona interessata e nell'interesse legittimo del responsabile di tale trattamento, oltre al rispetto dei diritti e delle libertà fondamentali di detta persona, figurino in fonti accessibili al pubblico. Quest'ultimo requisito «aggiuntivo» avrebbe l'effetto di restringere la portata dell'art. 7, lettera f). La Corte, nella medesima sentenza, precisa che la norma ha effetto diretto, riconoscendo in tal modo un potere decisionale considerevole ai gestori dei siti internet (aspetto che avrebbe dovuto essere tenuto presente dal giudice di rinvio).

Come ha precisato in varie occasioni la Corte di giustizia UE, l'armonizzazione delle legislazioni nazionali, nella materia che ci interessa, non si limita, semplicemente, ad una armonizzazione minima, ma «sfocia, in linea di principio, in una armonizzazione completa» (sentenza [Lindqvist](#), 6

novembre 2003, C-101/01, punto 96; sentenza *ASNEF e FECEMD*, cit., punto 29). La finalità di rendere equivalente in tutti gli Stati membri il livello di tutela dei diritti e delle libertà delle persone riguardo al trattamento dei dati personali (considerando 8) al fine di evitare che l'instaurazione e il funzionamento del mercato interno possano essere gravemente perturbati dal divario esistente tra i regimi nazionali applicabili al trattamento dei dati personali (considerando 7) non è facilmente conciliabile con il mantenimento dei livelli di tutela assicurata da alcune discipline nazionali, e con l'obiettivo di garantire un elevato grado di tutela nella Comunità (considerando 10). La difficoltà di realizzare un traguardo così ambizioso, anche a causa della complessità degli interessi in gioco (ad esempio, le imprese non accettano di buon grado norme troppo restrittive in materia di protezione dei dati personali che potrebbero gravare in termini di costi e limitarne la competitività), di fatto, ha frenato il raggiungimento dello scopo della direttiva 95/46. L'uniforme applicazione del diritto dell'Unione europea potrà essere realizzata in maniera più efficace in futuro con l'entrata in vigore del Regolamento 2016/679, anche per le caratteristiche e la funzione proprie del regolamento.

I progressi compiuti negli ultimi vent'anni nella disciplina della protezione dei dati personali nell'Unione europea, al punto di ritenere che il diritto alla protezione dei dati personali è, tra i diritti umani, quello che beneficia di una regolamentazione più consistente e dettagliata nell'UE sono avvenuti superando qualche perplessità sollevata dalla dottrina. In particolare, si è discusso in merito alla base giuridica cui fa riferimento la direttiva 95/46: l'art. 95 TCE (ora art. 114 TFUE) che stabilisce la competenza in materia di armonizzazione al fine di garantire il corretto funzionamento del mercato interno. Non si tratta di una base giuridica che, in linea di principio, può essere

452 Interventi

utilizzata al fine di legiferare in materia di protezione dei diritti umani, benché il legislatore comunitario abbia moltiplicato le ipotesi di questo tipo (e la questione sia stata più volte oggetto di esame da parte della Corte di giustizia UE, v. [British American Tobacco \(Investments\) e Imperial Tobacco](#), C-491/01; [Vodafone e a.](#), C-58/08; [Inuit Tapiriit Kanatami e a.](#), C-398/13). Tale prassi ha trovato, di recente, una giustificazione: «there is an internal market competence to harmonize fundamental rights protection if certain conditions... are met. The precondition is that there are divergent national laws, which are liable to put the establishment and functioning of the internal market at risk or to distort competition» (v. [Kosta](#), p. 8). Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il problema dell'assenza di una base giuridica nei Trattati è stato risolto: è inserita una norma sulla protezione dei dati personali (art. 16 del TFUE) e la Carta di Nizza assume lo stesso valore giuridico dei Trattati. Tali cambiamenti (alla base del Regolamento 2016/679) riflettono una visione dinamica e integrata dei diritti e delle politiche dell'UE.

In questa fase, il problema sembra spostarsi maggiormente sul piano della composizione del conflitto tra interessi e diritti contrapposti, come evidenzia anche la sentenza *Breyer* nel pronunciarsi sull'interpretazione dell'art. 7 lett. f), che prevede l'obbligo di introdurre una ponderazione tra gli interessi del fornitore di servizi di media on-line e il diritto alla riservatezza dei dati personali dell'utente del sito web. In fase applicativa della disciplina della direttiva 95/46, come accennato, è emerso di frequente il conflitto tra il diritto alla protezione dei dati personali e altri diritti fondamentali, non necessariamente coincidenti con le libertà economiche funzionali alla realizzazione del mercato interno (diritto all'informazione; libertà di espressione; diritto di proprietà; diritto d'autore, ecc.). Per quanto le situazioni giuridiche possano essere

differenziate, si riscontra in maniera evidente che il diritto alla tutela dei dati personali non è un diritto assoluto e che ogni situazione deve essere esaminata e valutata attentamente dal giudice nazionale (al quale la Corte di giustizia UE demanda il bilanciamento), applicando i principi e le norme del caso di specie.

In relazione a tale delicata questione, i giudici di Lussemburgo non prendono posizione indicando i criteri da adottare ai fini del “bilanciamento” (come afferma l’Avvocato Generale, il *Bundesgerichtshof* chiede solo di «risolvere una questione preliminare a tale giudizio di ponderazione, vale a dire se siffatto giudizio sia possibile», punto 103 delle Conclusioni). Tale scelta appare giustificata in considerazione dell’applicazione del principio di sussidiarietà in base al quale è *in primis* il giudice nazionale (che ha sollevato la questione pregiudiziale) legittimato a conoscere dei diritti e degli interessi meritevoli di tutela nella propria comunità nazionale. Sembrerebbe, dalla terminologia utilizzata dalla direttiva 95/46 e ripresa anche dal Regolamento 2016/679, che la direttiva vada interpretata nel senso di legittimare lo stesso fornitore di servizi di media on-line ad effettuare a monte tale ponderazione. Tale possibilità, tuttavia, per la complessità del giudizio, e per l’assenza di *terzietà* del soggetto che lo pone in essere, non è priva di rischi e dovrebbe essere accompagnata da misure volte a garantire la trasparenza del processo decisionale.

I criteri generali ai fini del bilanciamento possono essere rinvenuti nelle norme della Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea (art. 7 e 8) e dei Trattati (art. 16, par. 1, del TFUE), arricchiti dalle norme e dai principi espressi nell’ambito della CEDU, e in una serie nutrita di pronunce della Corte di giustizia da cui emerge, in particolare, che il principio di proporzionalità deve limitare l’ingerenza nei diritti

454 Interventi

fondamentali allo «stretto necessario» (v. sentenza, *Digital Rights Ireland e Seitlinger et al.*, cit., in materia di *data retention* per esigenze di pubblica sicurezza e protezione dei dati personali). Un ulteriore ausilio potrebbe essere rinvenuto nei provvedimenti delle Autorità garanti per la protezione dei dati personali degli Stati membri.

Con la sentenza *Breyer*, dunque, i giudici di Lussemburgo, nell'offrire un'interpretazione ampia ed elastica della nozione di dato personale, ribadiscono il carattere non assoluto del diritto alla protezione dei dati personali, che potrebbe in alcune circostanze essere sacrificato alle esigenze di sicurezza informatica. Tali precisazioni rivestono un particolare rilievo nella prospettiva dell'entrata in vigore del Regolamento 2016/679 il cui art. 7, lettera f) resta immutato con l'aggiunta di una attenzione particolare da rivolgere al trattamento dei dati se l'interessato è un minore.

11 aprile 2017

Preliminary Comments on the *Google* Case: Bridging the Transatlantic Digital Divide by Widening the Antitrust One

LUCA CALZOLARI (*)

I. Preliminary Remarks on the so-called Google Saga: Between Digital Divide and Digital Protectionism.

On June 27 2017, the EU Commission issued the much-awaited [press release](#) and [factsheet](#) announcing it fined Google for abusing its dominant position on the market for online search engines. The decision has been adopted after a [nearly decade-long procedure](#), investigating, *inter alia*, how search results are displayed by Google to its customers. This is the first pillar of the so-called *Google* saga, in the context of which the Commission sent to such US-based company other statements of objections (hereinafter, “SO”) involving also [Android](#) and [AdSense](#).

The (alleged) violation of Article 102 TFEU occurred because Google has given to its own vertical search engine (*i.e.*, [Google Shopping](#)) an illegal and anticompetitive advantage *vis-*

(*) Università di Torino.

à-vis its competitors on the separate but connected market of comparison shopping services, *i.e.* those online services used to filter and compare specific products (goods, hotels, restaurants, flights, etc.) based on parameters such as price, features, locations, reviews etc. To be sure, the case does not concern the so-called organic search results, let alone their manipulation, within the market for general online search engines, *i.e.* Google's core business.

Much has been published on the matter (see for example, [Manzini](#), [Nazzini](#), [van Loon](#), [Akman](#), [Surblyte](#), among the works freely available; see also [Renda](#), [Visco Comandini](#), [Falce](#)) and much more will be written when the non-confidential version of the infringement decision will be published by the Commission. However, the investigation procedure has drawn much attention, not just from scholars, but also from the general public and media and has also caught the interest of the [EU Parliament](#). As in many other competition cases, the interest of the general public and media mainly arose due to the popularity of the undertaking involved in the investigation. The allure of the case probably increased thanks to the rumours on the potential amount of the fine that could be imposed on Google in the light of its massive overall turnover, according to the [guidelines](#). Within this perspective, expectations have not been disappointed: the Commission ended up imposing the largest fine – amounting to Euro 2.42 billion – ever applied to a single undertaking, doubling the former record belonging to [Daimler](#) and [Intel](#) (for data concerning cartels, see [here](#)).

The reference to the [Intel](#) case allows a last preliminary remark. Among other fundamental issues, the extraterritorial reach of EU competition law was at stake there. According to the Commission, by applying exclusivity rebates and so-called naked restrictions to its main trading partners (computer manufacturers and retailers), Intel aimed at foreclosing its only

significant competitor from the market for microprocessors. The issue of extraterritoriality arose because naked restrictions could hardly be considered as “implemented” within the EU: Intel (a US-based company) was paying other foreign companies to limit the sale within the EU of computers incorporating microprocessors built by its competitor. It was doubtful that the “implementation theory” established in the famous [Wood Pulp](#) case (and applied for over twenty-five years to regulate the extraterritorial reach of EU competition law) could cover such foreign negative conduct. The [General Court](#) endorsed, for the first time, the “effects theory” as a viable alternative to the “implementation theory” and upheld the Commission decision.

Within this perspective, the link between the [Intel](#) and the *Google* case begins to emerge. Although extraterritorial enforcement of competition laws «can appear to be a dry debate about “jurisdiction” and “international law” [i]t is in reality about politics, about who can make and enforce rules governing competitive enterprises» (Baker et al., *Anti-trust Imperialism*, in *ECLR*, 1993, p. 3). Indeed, the *Google* case deserves attention also because it may be seen as part of the wider set of actions that in the last few years have been taken against US tech corporations both at the EU and Member States levels. It is well known that conducts of US tech corporations have been recently challenged, *inter alia*, under EU and national [tax](#), labour, [copyright](#), [data protection](#), [privacy](#) and, at last, [competition](#) rules. The [pending](#) revision of the [AVMSD Directive](#) is another example, requiring on-demand players to promote European works by imposing, *inter alia*, a minimum quota of EU contents to be included in their catalogues.

Such activism reflects EU and Member States apprehension for the lack of European leading players in the worldwide digital economy. It is no secret that the digital economy's

458 Interventi

success in creating jobs and wealth in the US is somehow “envied” in Europe, where the EU and the Member States have not yet been able to create a regulatory environment capable to help European successful tech entrepreneurs and to promote the development of a “European Silicon Valley”. Attention usually focuses on online platforms, which play a central role in today’s digital economy. The development of EU-based platforms is indeed seen as a crucial pillar for the construction of the envisaged [Digital Single Market](#). However, online platforms give rise to wider concerns: it is not only an issue of missed opportunities in the digital economy, but also of potential threats to the EU industry as a whole. Indeed, by acting as intermediaries in both B2B and B2C relations, platforms are the gatekeepers of the digital market and enjoy a significant power, being able to lock-out other companies from such market. The absence of EU platforms and the consequent need to rely on foreign providers of digital services are generally perceived as factors that may harm the competitiveness of EU industry across all sectors. Many have [observed](#) that just before Google was going to receive the SO from the Commission, Commissioner [Oettinger](#) blatantly stated that «[i]ndustry in Europe should take the lead and become a major contributor to the next generation of digital platforms that will replace today’s Web search engines, operating system and social networks».

Needless to say, this sort of reactions toward what appears to be seen as a new type of US “digital imperialism” has fostered not only a legal but also a heated political debate. After all, protectionism – even digital – is unlikely to pass unnoticed within today’s globalized marketplace. No less than [former US President Obama](#) expressed the view that, although formally based on embraceable principles, EU measures targeting US tech corporations, are «more commercially driven than anything else», since EU «service providers who, you

know, can't compete with ours — are essentially trying to set up some roadblocks for our companies to operate effectively there». Interestingly enough, [former US President Obama](#) added that «[w]e have owned the Internet. Our companies have created it, expanded it, perfected it in ways that they can't compete. And oftentimes what is portrayed as high-minded positions on issues sometimes is just designed to carve out some of their commercial interests».

The political background increases the interest for the *Google* saga, which seems to be the peak of the iceberg in a much broader context. Clearly, there is no room here to deal with such interesting aspects. Yet, a brief comment on the whole picture seems opportune, before turning back to the antitrust profiles of the case.

Firstly, the legitimacy of such measures could be questioned. To foster the development of a globally connected world and achieve the related benefits for business and consumers, States – including EU Member States – should probably stand up against «[creepy digital protectionism](#)», rather than trying to follow that path. After all, a digitalized world knows no borders to protect.

Secondly, the feasibility of protectionist measures in the digital world is likely to be rather limited at best. To be sure, protectionist (just as prohibitionist) measures are generally quite unsuccessful, not only when it comes to new markets and online services. Market forces usually find a way to satisfy consumers' wishes, despite the will of regulators. The latter may achieve their aims only through intense enforcement of the measures at stake. Within the online world, enforcement, let alone an intense one, is virtually impossible. Market forces are likely to find solutions to bypass limits and prohibitions and meet the consumers' desires, especially if such desires are driven by technological innovation. The (failing) attempt to ban *Uber* pursued by many regulators around the world is a

good example.

Thirdly, since efforts to bridge the digital deficit of Member States by [reining](#) US corporations are not likely to succeed (besides showing a certain lack of confidence in the European industry), EU and national regulators should probably focus on other and more suitable initiatives to fill the gap and foster the development of the [Digital Single Market](#). Specific measures seeking to expand ICT infrastructures within Member States, facilitate innovation and enlarge the dissemination of technology solutions may appear more adequate to help EU-based tech entrepreneurs to take the lead and create growth, jobs and wealth. Not to mention general measures aiming at reducing tax and bureaucracy burdens for EU-based undertakings and start-ups. After all, the digital world is arguably the realm of so-called “garage-to-riches” stories. Competitors with new (and good) ideas often emerge rapidly and displace the incumbents.

Lastly, and thus going back to the *Google* decision, the accusations that the EU is unfairly targeting US tech companies and, therefore, the “geopolitical implications” of the case shall not be overrated (nor are they one-directional). Suffice it to recall that virtually all the complaints against Google received by the EU Commission were sent by other leading US based undertakings, such as TripAdvisor, Yelp Microsoft, Oracle, etc. (see [here](#) and [here](#)). Those tech giants brought claims against Google also before the US antitrust authorities, but the Federal Trade Commission (the “FCT”), exercising its discretionary power, decided not to act. The members of the FCT took this decision despite the [report](#) concluding the investigation and prepared by FCT’s own legal staff recommended to bring a lawsuit against Google.

To be malicious, one could assert that “protectionist” measures are actually taken, in the first instance, by US authorities themselves, which prefer not to interfere with their

digital champions' activities. More pragmatically, there is nothing new or odd in the fact that cross-border anti-competitive conducts are treated differently in different jurisdictions. Indeed, it is obvious that «review by different antitrust authorities of anticompetitive conduct can lead to undesirable outcomes, such as divergent results» ([Geradin et al.](#)). In the past, US and EU antitrust authorities have given dramatically different assessments of the same operation (and especially of international mergers), mainly because US and EU competition rules and policies are inspired by diverging principles and pursue different goals.

While trying to bridge the digital divide, the Google case is confirming (and, maybe, even widening) the antitrust one between the two sides of the Atlantic.

II. *Much Ado About Nothing?: Discrimination as a Violation of Article 102 TFEU in Vertically Integrated industries.*

According to the [press release](#), the [factsheet](#) and the [statement of objections](#), the theory of harm seems to be based on the discrimination carried out by Google between its own comparison shopping service and its competitors. If a user types the name of a product in the Google query bar, the algorithm is designed to show, as the first results of this general search, the offers concerning such product contained in Google shopping, *i.e.* the offers that are posted by the producers and/or the sellers through (and advertised in) such Google's platform. By contrast, offers concerning the very same product searched by the user that are posted by the producers and/or the sellers through (and advertised in) other comparison shopping services are demoted by the algorithm on the basis of a set of criteria, which are not applicable to Google shopping.

462 **Interventi**

According to Commission's tests, offers posted in comparison shopping services other than Google shopping appear, on average, only on page four of Google's search results. Consumers hardly go on Google second page and focus their attention (and clicks) on the very first results which come up from the query. It follows that the algorithm designed by Google for general searches allows Google shopping to offer more visibility to producers and/or sellers who decide to advertise their products on the platform, while competitors are much less visible. As a result, according to the Commission, Google has abused its dominant position on the market for online search engines by favouring its own vertical search engine.

Some of the first blog commentators (for example see [here](#) and [here](#)) argue that the case is wholly unprecedented. Firstly, they hold that the theory of harm proposed by the Commission is new and unclear because the decision seems to be based on the principle that a dominant firm is not entitled to discriminate in favour of its own services. Secondly, they suggest that, at the very best, such discrimination could be considered illegal under Article 102 TFEU only if it led to foreclosure effects and damage consumers.

To be sure, none of these conclusions seems fully convincing. Firstly, the duty of dominant undertakings not to discriminate is enshrined in the very wording of Article 102(2)(c) TFEU, according to which it is abusive to apply «dissimilar conditions to equivalent transactions with other trading parties, thereby placing them at a competitive disadvantage».

Secondly, at least on the basis of the available information, the *Google* case does not seem to be based on principles much different than those applied in “ordinary” cases concerning vertically integrated undertakings. According to the Commission, what Google cannot do is applying different

conditions (*i.e.*, those criteria demoting comparison shopping services that compete with Google Shopping and that Google's algorithm is designed to apply only to the former) on the upstream market for online search engines in order to promote its own platform and demote competitors on the downstream market of comparison shopping services (on Google – alleged – leveraging of market power cf. [Edelman](#)). Apparently, it is not even necessary to drag in into the discussion the question of the applicability of the essential facilities doctrine to search engines (and dominant online platforms – but see [Temple Lang](#)).

Thirdly, the ECJ has repeatedly confirmed that the prohibition of creating inequalities of opportunities between economic operators is a fundamental principle of EU competition law and policy, so much that even Member States cannot derogate it, essentially because inequalities of opportunities are liable to affect the structure of the market (see the [DEI](#) case).

Reference to the aim of preserving the structure of the market permits to proceed with a very brief and last remark with regard to the need of the Commission to prove foreclosure effects in order to apply Article 102 TFEU.

The ECJ has repeatedly affirmed that EU competition law is based on the so-called formalistic approach to antitrust rules, rather than on the welfarist one (or so-called “more economic” approach). One of the corollaries of the formalistic approach to competition law is that it exists not only to protect consumers, but also (although not mainly) competitors. Another corollary is a *favour* for *per se* prohibitions (or restrictions by object) over the application of the rule of reason while interpreting competition rules. Where the “more economic approach” prevails (*e.g.*, in the US), there are virtually no *per se rules* outside the area of cartels, so that antitrust enforcers shall prove the anticompetitive effects of the conducts – other than price fixing agreements – they intend to challenge. By contrast,

464 **Interventi**

where the formalistic approach prevails, the distinction between restrictions by object and restrictions by effect is blurred in favour of the former category and the anticompetitive effects of many more conducts are presumed (*e.g.* information exchange, some vertical agreements), as long as such conducts match the wording of antitrust provisions. In other words, conducts that abstractly fall within the scope of application of antitrust rules are prohibited without the need to show that they determine specific anticompetitive effects or harm consumers on a case-by-case basis.

The General Court has recently confirmed the validity of the formalistic approach also with regard to the treatment of exclusivity rebates, a topic which has always been one of the most controversial issues in competition law. On this occasion the Court held that exclusivity rebates, «when granted by an undertaking in a dominant position are, by their very nature, capable of restricting competition and foreclosing competitors». It follows that «the Commission [is] not required to make an assessment of the circumstances of the case in order to show that rebates actually or potentially had the effect of foreclosing competitors from the market». In any case, the Court concluded that foreclosure effects occur «not only where access to the market is made impossible for competitors», but also if the access is simply «made more difficult» (see again the [Intel](#) case, but cf. also AG Wahl's [opinion](#) as well as the [Post Danmark](#) case).

Despite the fact that the [press release](#) and the [factsheet](#) actually contain some brief points suggesting the potential foreclosure effects of Google (alleged) abuse on Google shopping's competitors, it is far from certain that the argument concerning the lack of proof of such effects could convince the GC and the ECJ to revert the decision, should it be challenged pursuant to Article 263(4) TFEU.

Supporters of the more economic approach (developed and

followed in the US) would advise differently (see [Bork et al.](#)). As said, the EU and the US sensibly differ in their perspectives about the aims of competition law and policy and the need to prove harm to consumer welfare (rather than to the structure of the market) is one of the main aspects of the existing divergence. It is in this vein that the *Google* case can be read as confirming and even widening the “[antitrust divide](#)” between the two sides of the Atlantic. The persistence of different views even in the two oldest and leading antitrust jurisdictions may prove to be problematic, considering that competition problems are nowadays ‘global’ as undertakings compete in international digital markets without borders and where «decisions reached in one corner of the world can reverberate around the globe in less time than it takes to tell the tale» (to quote a fairly old but well-known [US judgment](#) on antitrust extraterritoriality).

Trying to spot potential weaknesses of the decision (as emerging from the [press release](#) and the [factsheet](#)), one should rather focus on the (apparent) definition of the product relevant market. As said, the case does not concern (only) the upstream market for general online search engines (where it would be hard to contest Google’s dominance), but mainly the downstream market of comparison shopping services. Such services are basically online platforms used by consumers to aggregate and compare specific products in order to shop online. The Commission concluded that comparison platforms represent a relevant market.

At a glance, the conclusion may not seem fully convincing. Many other systems to compare products’ characteristics and prices and shop online exist. Consumers not only (and, today, probably not even mainly) buy online by means of comparison shopping services. It will be interesting to see how the Commission has justified the exclusion from the relevant market, for example, of merchant platforms and vertical search

engines (such as Amazon, eBay, etc.) that are widely used by consumers ... precisely to select products, compare prices and buy online. If this were not the case, Google's dominance on the downstream market of vertical search engine might become more questionable (on Amazon's dominance facets see for example [Kahn](#)).

III. The Paradox of (the All-Time Highest) Sanction Imposed Following the Failure of the “Commitment Route”.

The beginning of the procedure dates back to [2010](#) and the Commission has fiercely and for a long time tried to follow the “[commitment route](#)” pursuant to Article 9 reg. (EC) No 1/2003, rather than the regular path leading to the issuance of a prohibition decision. Despite intense negotiations on a series of commitments [made by Google](#) and mutual concessions between the parties, Google and the Commission could not agree on a set of remedies that, at the same time, was acceptable for the investigated undertaking and able to solve the anticompetitive concerns of the Commission. Third parties' opinions gathered during the market test phase played a significant role. As prescribed by § 133 of the [Notice on best practices for the conduct of proceedings concerning Articles 101 and 102 TFEU](#), the Commission closed commitment negotiations and reverted to the standard procedure pursuant to Article 7 reg. (EC) No 1/2003.

It is easy to understand why the Commission would have preferred to issue an Article 9 reg. (EC) No 1/2003 decision. On the one hand, the Commission could have intervened quickly, thus improving the effectiveness of its action. The commitment procedure entails significant efficiency gains, reducing the duration of the administrative procedure through procedural efficiencies. The Commission could be spared preparing hundreds of pages of complex competition analysis

on aspects such as the relevant market or the degree of dominance. Not to mention the development of a convincing theory of harm. This is a sensitive issue when dealing with highly dynamic markets, such as those of general search engines and/or comparison shopping services.

On the other hand, the matter (*i.e.*, how search engines work and shall work) was – and still is – quite new and no precedent could be found in the Commission's practice, let alone in the ECJ's case law. A commitment decision would have permitted the Commission to “shield” its decision from judicial review. Google would have no interest to seek the annulment of a decision it has agreed upon and that ascertained no antitrust offences. No antitrust liability means also no public fine attached to the decision and essentially no follow-on private actions (cf. [Wils](#); [Pera et al.](#)).

Avoiding judicial review in cases based on new or much debated theories of harm is clearly not optimal for the sound development of EU competition law, but the enforcement system of Articles 101 and 102 TFEU currently works like that (cf. [Svetiev](#); [Marsden](#), [Schweitzer](#); [Mariniello](#)). Commitment decisions have been adopted in cases where the law was not well-settled, such as with regard to fidelity rebates (see [Coca Cola](#)) and even strategic underinvestment and network foreclosure (see [Eni](#), [RWE](#), [Gaz de France](#) and [Swedish Interconnectors](#)).

Intuitively, efficiencies are irremediably lost when the streamlined commitment procedure is abandoned and followed by a standard procedure. But such scenario is even worse than the standard one when the Commission immediately pursues the case *ex Article 7 reg. (EC) No 1/2003*. Firstly, more administrative resources are spent to deal with a single case (initially, to negotiate the commitment, and then to issue a prohibition decision), which in turn means that less antitrust infringements can be detected and dealt with, since DG

Comp's budget and resources are not unlimited.

Secondly, the issue of fines arises: according to recital 14 of reg. (EC) No 1/2003, «[c]ommitment decisions are not appropriate in cases where the Commission intends to impose a fine». Indeed, the Commission not always complies with such limit. Commitment procedures have been used when the conducts under scrutiny, if proved, would have amounted to serious infringements of Article 102 TFEU (*e.g.* like in the [Microsoft](#) and [IBM](#) cases) and even of Article 101 TFEU (for example, in the [E-books](#) and the [Container shipping](#) cases, when the Commission accepted commitments, respectively, covering a so-called hub & spoke cartel and exchange of information and price transparency, the latter being a conduct usually considered as a violation *by object* of Article 101 TFEU, as confirmed by the ECJ in the [Dole](#) case).

In these cases, if the procedure is concluded with a commitment decision, the deterrent effect of the enforcement system of competition law decreases (cf. Tar Lazio [No 6173/2011](#); see also [Gautier et al.](#)). Different economic theories exist but, in a nutshell, deterrence is ensured only if the expected costs of an illicit act are higher than its expected benefits for the potential perpetrator. Being rooted in the assumption that individuals are rational, self-interested decision makers, the deterrence theory does not apply only to antitrust violations; however, it is particularly effective in this sector, since antitrust violations are usually calculated business decisions ([Wils](#)). A generalized use of commitments by the Commission may lead undertakings to conclude that the infringement of Articles 101 and 102 TFEU entails no sanctions but only “negotiated consequences”. Antitrust offences may therefore represent the rational choice to make, since expected profits are higher than the expected costs if caught.

However, if the Commission reverts to the standard

procedure, a paradox occurs: the failure to elaborate acceptable commitments cannot be considered as leading to an implicit immunity from fines for the negotiating undertaking. However, when the Commission agrees to negotiate with the aim of reaching a commitment decision, it implicitly indicates that it does not intend to impose fines. Otherwise, the Commission would have begun the procedure deliberately breaching recital 14 of reg. (EC) No 1/2003. In case the commitment route is abandoned, the general principle of the protection of legitimate expectations calls into question the Commission's freedom to impose a monetary sanction pursuant to Article 23 in addition to the cease and desist order issued pursuant to Article 7 reg. (EC) No 1/2003. It is even more questionable whether the Commission is free to impose the largest fine – amounting to Euro 2.42 billion – ever applied to a single undertaking, doubling the former record. Indeed, in those previous cases in which a failure of the commitment procedure occurred, the Commission did not impose any sanction on the undertakings involved. For example, in the “bundled” decisions issued in [Samsung/Motorola](#) and [MasterCard/Visa](#), the Commission decided not to impose a fine on Motorola and MasterCard, not only in view of the fact that there was no case law dealing with the legality under Article 102 TFEU of the conducts at stake, but quite likely also because, at the same time, it accepted commitments offered by Samsung and Visa covering very similar business practices (on the joint use of Articles 7 and 9 reg. (EC) No 1/2003 see [Whish](#)).

The *Google* case therefore highlights and confirms the importance and the sensitivity of the initial selection by the Commission of those cases to be investigated pursuant to Article 9 reg. (EC) No 1/2003. Also within this perspective, if commitments become the standard remedy applied by the Commission, the sound development of the enforcement

system of EU competition law may be jeopardized.

IV. Data as the new currency of the digital economy.

Lastly, it is worth noting that, even in the press release, the Commission felt the need to write that «Google's flagship product is the Google search engine, which provides search results to consumers, who pay for the service with their data».

Such assertion is not necessary for the decision, since the case does not deal with personal data or big data. Yet, this reference does not come as a surprise. Commissioner Vestager has often referred to data as the «[new currency](#)» of digital economy. In a world of big data, personal information and digital footprints are increasingly seen as the price paid by consumers in exchange for allegedly free services. Awareness of the economic value of data is also one of the reasons for the [interplay](#) of antitrust and data protection rules in the field of big data (see also [Colangelo et al.](#), [Costa-Cabral et al.](#), [Pasquale](#), [Geradin et al.](#); indeed, big data and data analytics have become a hot topic for [antitrust authorities](#) and scholars (see [Pitruzzella](#), [Maggiolino](#), [Bellomo](#), [Colangelo](#), [Graef](#), [Ezrachi](#), [D. Sokol et al.](#), [M. Davilla](#), not to mention the comprehensive book [Virtual Competition](#) written by Ezrachi and Stucke).

The argument that data are the new currency is somehow fascinating. Considering data as the price paid by consumers may reinforce the idea that the solution to many of the challenges brought by big data and data analytics may not lie in prohibiting or limiting the collection and analysis of big data. Rather, once one realizes that data are a consumers' asset used as a "fuel" to generate value, the aim may be considered that of giving consumers «[a fair share of that value](#)».

However, this view brings its own challenges. If data are considered the price paid by consumers, other consequences will follow from the antitrust perspective. For example,

industry-wide standards on privacy terms (*i.e.*, agreement on the amount of data to be disclosed by consumers to use a given service) may be considered as a *per se* violation of Article 101 TFEU, representing horizontal agreements concerning the “price” of the service (despite [Commissioner Vestager](#) herself has reported to be «glad that companies are working together to standardise privacy protection on the Internet»). Similarly, common standards on privacy terms prescribed by national legislations may trigger the joint application of Articles 101 and 106 TFEU. State aid rules may become relevant too, although it may be difficult to prove that data are state resources under Article 107 TFEU.

V. Conclusive remarks.

The *Google* case is promising a rich debate on several paramount issues of EU antitrust law. Firstly, the decision seems to confirm the fundamental role entrusted to the principle of non-discrimination and to the duty of fair treatment when assessing the so-called “special responsibility” of dominant undertakings under Article 102 TFEU. Secondly, the procedure and the decision highlight the negative consequences occurring when the commitment procedure fails, from the loss of procedural efficiencies to the paradox of fines, thus confirming the sensitivity of the initial selection of potential “committing cases” by the Commission. Thirdly, the Commission has for the first time officially qualified data as the new currency, a *mantra* on which future cases dealing with “hot topics” such as online platforms or big data are likely to be based upon. The Commission has just set this mechanism in motion and much more is now to be expected.

While the record fine may catch the attention at first, no doubt the most important aspects of the decision concern the changes that Google will have to make to comply with the

equal treatment principle. As correctly [observed](#), the fact that Google shall now treat its own comparison shopping service and those of rivals in the same way will make it easier for Google competitors to gain shares of user data and ad revenue. More importantly, competitors will be able to use the principle of non-discrimination enshrined in the decision against other tech giants too, which are likely to be other US companies, considering the lack of European leading digital platforms.

While the “geopolitical implications” of the *Google* case should probably not be overrated (since many complainants were other US tech companies and different antitrust assessments of the same operation by EU and US authorities often occur, mainly because US and EU competition rules and policies are inspired by diverging principles and pursue different goals), it cannot be denied that the *Google* decision and saga are part of the wider set of actions that in the last few years have been taken towards US tech corporations both at the EU and Member States levels. Such activism has fostered an intense legal and political debate. EU measures have been considered a sort of regulatory barrier built to contain US “digital imperialism”. These measures seem questionable not only from the perspective of their legitimacy but also from the viewpoint of their feasibility and suitability with regard to the goals of bridging the digital divide and fostering the development of the [Digital Single Market](#).

Besides the merits of the *Google* case, one should consider that strengthening the “special responsibility” of dominant undertakings may not be the best policy to foster the development of the EU digital economy and help European prospective tech entrepreneurs. Indeed, it is generally accepted that highly dynamic markets are based on so-called winner-take-all models and that market concentration and disruption are inherent to the digital economy. After all, the digital world is arguably the realm of start-ups and so-called “garage-to-

riches” stories. Being aware that once they (rapidly) become dominant (*i.e.*, when they win on the merits against competitors) they will be bound by a “special obligation” not to be too harsh towards their competitors, may convince in the first place prospective digital champions to ... go trying be successful somewhere else, and particularly in other markets and jurisdictions that are more flexible and do not impose such restraints on successful undertakings.

14 luglio 2017

Il requisito della cittadinanza italiana nell'accesso ai concorsi pubblici: brevi spunti di riforma alla luce della recente giurisprudenza

AMEDEO ARENA (*)

Il possesso della cittadinanza italiana quale requisito per la partecipazione ai concorsi pubblici è di recente assunto agli onori delle cronache grazie a due pronunce di merito di segno diametralmente opposto: da una parte, la Sezione seconda quater del TAR Lazio, con la [sentenza del 17 gennaio 2017, n. 6171](#), ha disposto l'annullamento del bando e degli atti relativi alla selezione dei direttori di due istituti museali in quanto «non esclud[evano] la partecipazione di cittadini non italiani»; dall'altro, la Sezione lavoro del Tribunale di Firenze, con l'[ordinanza del 27 maggio 2017](#), ha sospeso il concorso pubblico per assistente giudiziario «in modo da permettere ai cittadini comunitari» ed ai cittadini di Paesi terzi ad essi equiparati di partecipare, previa riapertura dei termini, alla procedura di selezione.

(*) Università degli Studi di Napoli Federico II.

Per comprendere le ragioni alla base di tale diversità di orientamenti, occorre brevemente richiamare la disciplina nazionale in tema di accesso agli incarichi pubblici. L'art. 51 della Costituzione prevede che i cittadini possano accedere agli uffici pubblici in condizioni di eguaglianza, secondo i requisiti stabiliti dalla legge. L'art. 38 del TU sul pubblico impiego ([d.lgs. 165/2001](#)), in continuità con il previgente art. 37 del [d.lgs. 29/1993](#), consente ai cittadini di altri Stati membri dell'Unione europea di accedere agli impieghi presso le amministrazioni «che non implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri, ovvero non attengono alla tutela dell'interesse nazionale», rinviando ad una fonte regolamentare l'individuazione dei «posti e [del]le funzioni per i quali non può prescindersi dal possesso della cittadinanza italiana». Tale disposto normativo trova attuazione nel tutt'ora vigente [DPCM 174/1994](#), che riserva agli italiani, in particolare, tutti i posti di livello dirigenziale presso le amministrazioni pubbliche nonché gli incarichi di qualsiasi livello presso il Ministero della Giustizia ed altri enti ivi elencati.

La motivazione della sentenza del TAR Lazio si colloca esclusivamente nell'ambito di tale perimetro normativo: posto che gli incarichi messi a bando attenevano a posizioni dirigenziali presso pubbliche amministrazioni, essi avrebbero dovuto essere destinati soltanto ai cittadini italiani e ciò in quanto «nessuna norma derogatoria consentiva al [Ministero dei Beni culturali] di reclutare dirigenti pubblici al di fuori delle indicazioni, tassative, espresse dall'art. 38 d.lgs. 165/2001». Come rilevato in dottrina ([Bin](#)), i giudici amministrativi non si sono affatto interrogati sulla compatibilità del requisito relativo al possesso della cittadinanza italiana con la libera circolazione dei lavoratori di cui all'art. 45 TFUE, mentre si sono diffusamente soffermati sull'eventuale abrogazione di tale requisito ad opera della c.d. riforma Franceschini (art. 14, comma 2-*bis*, del [d.l. 84/2014, convertito](#)

476 Interventi

[in l. 106/2014](#)), finalizzata ad «adeguare l'Italia agli standard internazionali in materia di musei». Per il TAR Lazio, peraltro, in assenza di un'espressa previsione volta ad estendere ai candidati di nazionalità non italiana la platea dei potenziali partecipanti al concorso, l'obiettivo della riforma doveva ritenersi realizzato valorizzando ai fini della selezione il carattere "internazionale" dell'esperienza maturata all'estero dai candidati italiani.

L'ordinanza del Tribunale di Firenze, invece, muove dalla differente premessa che il requisito del possesso della cittadinanza italiana per l'accesso agli incarichi pubblici «ha subito restrizioni derivanti dal processo d'integrazione europea», nella misura in cui l'art. 45 TFUE vieta le discriminazioni in base alla nazionalità nell'accesso alle attività salariate. In deroga a tale divieto, il paragrafo 4 del medesimo articolo consente agli Stati membri di riservare ai propri cittadini l'accesso agli «impeghi nella pubblica amministrazione», restrittivamente definiti dalla Corte di giustizia come l'insieme degli incarichi che comportano «la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri e alle mansioni che hanno ad oggetto la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche» (così a partire dalla [sentenza del 17 dicembre 1980, Commissione c. Belgio \(impieghi pubblici I\)](#), punto 10). Secondo il giudice del lavoro, peraltro, tale deroga non poteva trovare applicazione nel caso degli assistenti giudiziari, in quanto questi ultimi svolgono «un'attività ausiliaria, preparatoria all'esercizio di pubblici poteri» propri dell'autorità giudiziaria, nonché una «ridotta e del tutto occasionale» attività certificativa relativa al rilascio di copie ed alla ricezione in deposito degli atti. Di conseguenza, il Tribunale del capoluogo toscano ha disapplicato le norme interne relative al requisito della cittadinanza italiana ed ha disposto la sospensione del concorso e la riapertura dei termini,

onde consentire ai soggetti illegittimamente esclusi di presentare domanda di partecipazione.

La soluzione cui è pervenuta tale ordinanza – peraltro revocata in sede di reclamo, ma per motivi non attinenti al *fumus boni iuris* – si pone in evidente continuità con la [sentenza del 10 settembre 2014, Haralambidis c. Casilli](#), in cui la Corte di giustizia aveva statuito che la normativa italiana in materia di accesso al pubblico impiego era incompatibile con l'art. 45, par. 4, TFUE nella misura in cui non consentiva ai cittadini di altri Stati membri di aspirare alla carica di Presidente dell'Autorità portuale di Brindisi. Al riguardo, i giudici dell'Unione europea avevano osservato che, sebbene il presidente di un'autorità portuale disponga di “poteri d'imperio” riconducibili alla deroga *de qua* (quali il potere di ingiungere la riduzione in pristino delle aree demaniali abusivamente occupate e di adottare provvedimenti coattivi per assicurare la navigabilità del porto in casi di necessità e urgenza), l'esercizio di siffatti poteri risulta, di fatto, talmente sporadico e marginale da non giustificare l'esclusione dei cittadini di altri Stati membri dall'accesso ad un incarico che si sostanzia, in prevalenza, nell'espletamento di mansioni tecniche e di gestione (*ibid.*, punti 57-61).

Che dire, invece, della sentenza del TAR Lazio relativa ai direttori dei musei? In base a quanto riferito, ci si potrebbe aspettare che, se l'art. 45, par. 4, TFUE non è applicabile ad un incarico, quale quello di presidente di un'autorità portuale, che comporta l'esercizio – sia pure occasionale – di poteri d'imperio, il richiamo a tale deroga sia *a fortiori* ultroneo nel caso di un impiego, quale quello di direttore di un istituto museale, che non dispone di analoghi poteri, ma si risolve nell'assolvimento di attività culturali e di gestione (quali «l'organizzazione di mostre ed esposizioni», la determinazione dell'«importo dei biglietti d'ingresso» e degli «orari d'apertura», l'«affidamento diretto o in concessione delle

478 Interventi

attività e dei servizi pubblici di valorizzazione del museo», l'autorizzazione al «prestito di beni culturali», ecc.; v. TAR Lazio, [sentenza 6171/2017](#), punto 7). Eppure, nella successiva [sentenza 15 maggio 2017, n. 6719](#), la medesima sezione del TAR Lazio ha raggiunto la conclusione opposta con riferimento alla selezione del direttore del Parco archeologico del Colosseo, incarico che secondo i magistrati amministrativi comporterebbe, «accanto a compiti di natura prettamente tecnica e culturale», l'esercizio costante di «poteri eminentemente autoritativi» (quali la «gestione del parco archeologico», il «prestito di beni culturali», «l'affidamento delle attività e dei servizi pubblici», ecc.), nonché le «funzioni spettanti ai Soprintendenti archeologia, belle arti e paesaggio».

Tale orientamento del TAR Lazio appare difficilmente riconciliabile con la giurisprudenza della Corte di giustizia relativa all'interpretazione dell'art. 45, par. 4, TFUE. In primo luogo, in base ad una dicotomia che i giudici dell'Unione hanno preso in prestito dal diritto internazionale ([Arena](#), pp. 107-108) le attività «di gestione», ivi compreso il rilascio di concessioni, rappresentano l'esatto opposto rispetto ai poteri «d'imperio» il cui esercizio legittima il ricorso all'art. 45, par. 4, TFUE (CGUE, [sentenza Haralambidis](#), punti 57-59). In secondo luogo, quand'anche alcuni dei compiti dei dirigenti in questione fossero ascrivibile alla categoria dei poteri «d'imperio» nel senso poc'anzi precisato, non è escluso che si tratti di «una parte marginale» rispetto alle mansioni di natura tecnica, culturale e gestionale (*ibid.*, punto 60). In tal caso, per costante giurisprudenza, un'esclusione generale dei cittadini di altri Stati membri dall'accesso alla carica in questione costituirebbe una discriminazione vietata ai sensi dell'art. 45 TFUE (*ibid.*, punto 61).

Pienamente condivisibile è quindi la [sentenza del 24 luglio 2017, n. 3666](#), con cui la sesta sezione del Consiglio di Stato ha riformato la sentenza del TAR Lazio relativa alla selezione del

direttore del Parco archeologico del Colosseo, rilevando che, contrariamente a quanto ritenuto dai giudici di prime cure, i compiti di gestione del Parco archeologico e dei beni culturali in consegna, di autorizzazione al prestito di detti beni e di svolgimento delle procedure di evidenza pubblica attengono ad un'«attività prevalentemente rivolta alla gestione economica e tecnica» non suscettibile di inquadramento nella deroga di cui all'art. 45, par. 4, TFUE (punto 4 della parte in diritto). Pertanto il Collegio, previa «non applicazione» della normativa interna in contrasto con il diritto dell'Unione, ha sancito la legittimità della partecipazione di cittadini non italiani alla procedura concorsuale.

Ad un'analogia soluzione i giudici della quarta sezione di Palazzo Spada erano invece pervenuti, nella citata causa *Haralambidis*, attraverso l'interpretazione conforme della normativa interna al principio della libera circolazione dei lavoratori come interpretato dalla Corte di giustizia ([sentenza del 13 gennaio 2015, n. 2120](#), punto 6.2 della parte in diritto). Appare quindi lecito presumere che, anche nel caso dei direttori dei musei, il Consiglio di Stato – il quale ha già [sospeso in via cautelare](#) la sentenza di primo grado – vorrà, in linea con le proprie precedenti pronunce, confermare la regolarità della partecipazione al concorso di candidati privi del requisito della cittadinanza italiana, tenuto anche conto che, a seguito della sentenza di primo grado, il legislatore ha [espressamente sottratto](#) le procedure di selezione dei dirigenti dei musei e degli istituti di cultura al rispetto dei «limiti d'accesso» previsti dall'art. 38 del TU sul pubblico impiego.

A prescindere dall'esito delle controversie pendenti, la loro stessa esistenza evidenzia l'improcrastinabile necessità di un intervento organico di riforma della disciplina interna relativa al requisito del possesso della cittadinanza italiana per l'accesso agli incarichi pubblici. Come è noto, difatti, la disapplicazione

480 Interventi

ad opera dei giudici e delle amministrazioni nazionali delle norme interne contrarie al diritto dell'Unione non esime lo Stato membro interessato dall'obbligo di provvedere all'immediata modifica o abrogazione delle norme in questione, onde eliminare qualsiasi incertezza quanto alla loro vigenza per gli interessati ([sentenza del 26 aprile 1988, Commissione c. Germania](#), punti 8-12). La Corte di giustizia ha altresì precisato che l'adeguamento della normativa interna deve avvenire «solo tramite disposizioni interne vincolanti che abbiano lo stesso valore giuridico di quelle da modificare», posto che delle semplici prassi amministrative conformi al diritto dell'Unione sono modificabili *ad libitum* dall'amministrazione e sono di norma sprovviste di adeguata pubblicità ([sentenza 15 ottobre 1986, Commissione c. Italia](#), punto 13).

Nel caso della normativa italiana in materia di accesso alle cariche pubbliche, il testo dell'art. 38 del [TU sul pubblico impiego](#), che riserva ai cittadini italiani gli impieghi che «implicano esercizio diretto o indiretto di pubblici poteri» ovvero «attengono alla tutela dell'interesse nazionale», non presenta particolari criticità, in quanto è di tenore sostanzialmente analogo alle espressioni (rispettivamente, «la partecipazione, diretta o indiretta, all'esercizio dei pubblici poteri» e «la tutela degli interessi generali dello Stato o delle altre collettività pubbliche») utilizzate dalla Corte di giustizia per delineare i contorni dell'art. 45, par. 4, TFUE.

Maggiori perplessità suscita, invece, la fonte regolamentare richiamata dal TU, vale a dire il [DPCM 174/1994](#). Come rilevato dal Tribunale di Firenze ([ordinanza del 27 maggio 2017](#), pp. 7 e 8) e dal Consiglio di Stato ([sentenza 3666/2017](#), cit., punto 4 della parte in diritto), mentre la Corte di giustizia ha interpretato la deroga contenuta nel Trattato in base ad un criterio «funzionale-dinamico» (tenendo cioè conto delle attività concretamente svolte nell'ambito degli impieghi in questione), l'art. 1 del citato DPCM si fonda su un criterio

«strutturale-statico», riservando ai cittadini italiani, a prescindere dalle mansioni effettivamente esercitate, le posizioni dirigenziali presso le amministrazioni statali e periferiche (compresi gli enti pubblici non economici, le Regioni, gli enti locali e la Banca d'Italia), nonché le intere carriere in magistratura, nell'avvocatura dello Stato e nei ruoli civili e militari di enti espressamente menzionati (la Presidenza del Consiglio, i Ministeri degli Esteri, dell'Interno, della Giustizia, della Difesa, delle Finanze ed il soppresso Corpo forestale).

L'incompatibilità tra l'art. 1 del DPCM 174/1994 e l'art. 45, par. 4, TFUE non deriva tanto dalla tecnica di *drafting* normativo impiegata dalla fonte regolamentare, quanto dall'eccessiva ampiezza delle categorie di impieghi pubblici che essa riserva ai cittadini italiani (lista «redatta in modo un po' troppo generoso» anche secondo Caranta, *La libertà di circolazione dei lavoratori nel settore pubblico*, in *Il Diritto dell'Unione europea*, 1999, p. 45). Mentre non v'è dubbio che la carriera in magistratura comporti l'esercizio abituale di pubblici poteri, lo stesso non sembra potersi dire di *tutti gli incarichi dirigenziali* presso le pubbliche amministrazioni e di *tutti gli impieghi presso gli enti individuati dal decreto* (si pensi, ad esempio, ai posti con mansioni meramente ausiliarie o esecutive). La portata dell'art. 1 del DPCM 174/1994 dovrebbe quindi essere opportunamente circoscritta, tenendo conto degli esempi di «impieghi nella pubblica amministrazione» forniti dalla Corte di giustizia, che nella [sentenza 26 maggio 1982, Commissione c. Belgio \(impieghi pubblici II\)](#), punto 11, ha acconsentito a che fossero riservati ai cittadini belgi determinati incarichi di ispettore, guardiano notturno ed architetto presso le amministrazioni comunali, e dalla Commissione europea, che in una [comunicazione del 1988](#) (p. 3) ha ritenuto la deroga *de qua* applicabile alle c.d. *fonctions régaliennes*, vale a dire: «le forze armate, la polizia

482 Interventi

e le altre forze dell'ordine pubblico, la magistratura, l'amministrazione fiscale e la diplomazia» (esempi richiamati altresì dal Consiglio di Stato nella [sentenza 3666/2017](#), cit., punto 4 della parte in diritto).

L'art. 2 del DPCM assume, al pari della giurisprudenza della Corte di giustizia, una prospettiva funzionale, individuando «le tipologie di funzioni delle amministrazioni pubbliche» il cui esercizio può essere subordinato al possesso della cittadinanza italiana: trattasi delle «funzioni che comportano l'elaborazione, la decisione, l'esecuzione di provvedimenti autorizzativi e coercitivi», nonché delle «funzioni di controllo di legittimità e di merito». In questo caso, l'intervento di riforma potrebbe limitarsi a rimodulare i criteri contenuti nel decreto alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia, prevedendo, ad esempio, una combinazione di requisiti positivi (quali l'esercizio «in modo abituale e prevalente» di «poteri d'imperio» – *id est* di «prerogative che esorbitano dal diritto comune, di privilegi e di poteri coercitivi a cui i privati debbono sottomettersi», secondo la celebre definizione dell'[Avvocato generale Mayras](#)) e di requisiti negativi (quali l'assolvimento di mansioni prevalentemente «tecniche o di gestione» o l'espletamento di attività meramente «preparatorie o ausiliarie» rispetto allo svolgimento dei compiti della pubblica amministrazione propriamente detta).

Contrariamente a quanto paventato dal TAR Lazio (v. [sentenza 6171/2017](#), cit., punto 25 della parte in diritto; [sentenza 6719/2017](#), cit., punto 6), una riforma nella direzione indicata non darebbe luogo a dubbi di compatibilità costituzionale: l'art. 51 Cost. deve infatti essere letto in conformità all'art. 11 Cost. «nel senso di consentire l'accesso dei cittadini degli Stati dell'Unione europea agli uffici pubblici e alle cariche pubbliche nazionali in via generale, sulla base del principio della libera circolazione delle persone *ex art. 45 TFUE*», ad eccezione degli impieghi di cui al par. 4 di tale

articolo come interpretato dalla Corte di giustizia (Consiglio di Stato, [sentenza 2120/2015](#), cit., punto 6.2. della parte in diritto; e [sentenza 3666/2017](#), cit., punto 4 della parte in diritto). Né assume rilievo, al riguardo, la circostanza che anche le costituzioni di altri Stati membri contengano disposizioni concepite per riservare ai cittadini, salvo eccezioni, l'accesso agli impieghi pubblici: se è vero che l'art. 45, par. 4, TFUE ha lo scopo di tener conto dell'esistenza di siffatte disposizioni e del legittimo interesse degli Stati membri di riservare ai propri cittadini gli incarichi connessi all'esercizio dei pubblici poteri ed alla tutela dell'interesse nazionale, non si può consentire che la portata del principio della libera circolazione dei lavoratori sia limitata da «interpretazioni della nozione di “pubblica amministrazione” tratte dal solo diritto nazionale», in quanto ciò pregiudicherebbe l'efficacia e l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione nei vari Stati membri (CGUE, [sentenza Commissione c. Belgio \(impieghi pubblici I\)](#), punti 18 e 19).

Risulta peraltro evidente che, nel contesto di un mercato del lavoro per il pubblico impiego che trascende i confini nazionali, la “riserva di sovranità” consacrata dai redattori dell'art. 45, par. 4, TFUE trema sul proprio trono. Ciò discende non soltanto dalle limitazioni che il processo d'integrazione europea ha comportato per i poteri sovrani degli Stati membri, ma anche da una tendenza generalizzata, da parte di questi ultimi, a declinare la *governance* delle proprie amministrazioni secondo logiche di mercato, rispetto alle quali il mantenimento dei requisiti di cittadinanza appare *tout simplement* anacronistico (al riguardo Caranta, *op. cit.*, p. 46). Pertanto, affinché le amministrazioni italiane sfruttino appieno le opportunità offerte dal mercato, non occorre solamente improntare la loro gestione a “standard internazionali” ispirati alle migliori pratiche di altri Paesi, ma si rivela innanzitutto necessario adeguare la selezione dei loro dipendenti agli

484 Interventi

“standard europei” di cui all’art. 45 TFUE.

27 luglio 2017

Alea iacta est: il Tribunale condanna l'Unione europea a risarcire i danni causati dalla violazione del diritto alla durata ragionevole del processo

DANIELE DOMENICUCCI (*)

Le opinioni espresse sono personali e non possono essere riferite all'Istituzione alla quale l'autore appartiene

Con tre sentenze (asimmetricamente) gemelle, pronunciate in poco più di un mese, il Tribunale (il “Tribunale”) ha condannato l'Unione europea, rappresentata dalla Corte di giustizia dell'UE (in prosieguo, “CG” allorché si farà riferimento alla giurisdizione e “CGUE” allorché si farà riferimento all'istituzione), a risarcire i danni causati dall'eccessiva durata dei processi celebrati alcuni anni orsono dinanzi allo stesso Tribunale. L'UE, *rectius* la CGUE che risponde dell'illecito con i propri fondi, dovrà così sborsare complessivamente 807.827 euro (di cui 16.000 a titolo di danno

(*) Referendario presso il Tribunale dell'UE e docente nell'Università della Lorena Nancy.

486 Interventi

morale) per risarcire i danni patiti da 5 società che avevano presentato ricorso dinanzi al Tribunale per l'annullamento della [decisione](#) della Commissione che aveva sanzionato l'intesa nel settore dei sacchi industriali di plastica.

Con le sentenze pronunciate il 10 gennaio 2017, [Gascogne Sack Deutschland e Gascogne/UE](#), il 1° febbraio 2017, [Kendrion/UE](#) e il 17 febbraio 2017, [ASPLA e Armando Álvarez/UE](#), il Tribunale – statuendo in composizione ampliata e diversa da quella che aveva deciso le cause la cui durata è stata considerata eccessiva – traccia un solco importante nella giurisprudenza dell'UE: da un lato, esso riconosce, per la prima volta, la responsabilità extracontrattuale dell'UE per fatto del giudice; dall'altro, condanna la stessa UE a risarcire i conseguenti danni, sia materiali che morali, in misura significativa se comparata alle (invero piuttosto rare) [condanne](#) inflitte in precedenza.

1. L'iter giurisprudenziale che ha condotto al riconoscimento della responsabilità extracontrattuale dell'UE per violazione del termine ragionevole di giudizio

Prima di esaminare nel merito le citate sentenze, è utile ripercorrere brevemente i passaggi giurisprudenziali attraverso i quali si è giunti ad affermare che la violazione del diritto a che la causa sia esaminata entro un termine ragionevole (in prosieguo, “violazione del termine ragionevole”), sancito ormai dall'[art. 47, secondo comma, della Carta dei diritti fondamentali](#) (la “Carta”), implica una responsabilità extracontrattuale dell'UE che può essere fatta valere nell'ambito di un'azione di danni dinanzi al Tribunale. Invero, prima ancora della proclamazione della Carta, la CG aveva riconosciuto, per la prima volta nella sentenza [Baustahlgewebe/Commissione](#), il diritto di ogni persona a un processo equo entro un termine ragionevole, mutuandolo essenzialmente dall'[art. 6, § 1, CEDU](#). Essa aveva ritenuto che

fosse possibile, nell'ambito di un giudizio d'impugnazione, non solo annullare la sentenza del Tribunale, ove la ricorrente avesse dimostrato che la durata eccessiva del processo di primo grado aveva influito sulla soluzione della controversia, ma anche procedere a una riduzione forfettaria (nella fattispecie di 50.000 ecu) della sanzione contestata. Tale approccio era giustificato da «ragioni di economia processuale e al fine di garantire un rimedio immediato ed effettivo a tale vizio procedurale» ([Baustahlgewebe/Commissione](#), §§ 47-49 e 141-142). A distanza di diversi anni, la CG ha tuttavia precisato (nel contesto di una causa avente ad oggetto l'annullamento di una decisione della Commissione che accertava l'esistenza di un abuso di posizione dominante, senza infliggere ammende) che la violazione del termine ragionevole poteva dar luogo a un ricorso per risarcimento danni ([Der Grüne Punkt - Duales System Deutschland/Commissione](#), § 195). Se questa sentenza sembrava lasciare aperto uno spiraglio alla possibilità per il giudice dell'UE di ridurre l'ammenda, nell'esercizio della sua competenza estesa al merito (v. [art. 261 TFUE](#)), laddove la violazione del termine ragionevole si fosse verificata nell'ambito di processi aventi a oggetto l'annullamento di una decisione che infliggeva un'ammenda (cfr., al riguardo, AG Kokott, [concl. Solvay/Commissione](#), §§ 325-332; v. anche Tribunale, sent. [CEPSA/Commissione](#), § 269), con le sentenze [Gascogne Sack Deutschland/Commissione](#), [Kendrion/Commissione](#) e [Groupe Gascogne/Commissione](#) del 2013, la CG abbandona definitivamente l'approccio della sentenza [Baustahlgewebe/Commissione](#) (cfr. AG Wathelet, [concl. Guardian Industries e Guardian Europe/Commissione](#), §§ 117-119). In effetti, la CG precisa, da un lato, che la violazione del termine ragionevole, in assenza di indizi attestanti che esso abbia avuto un'incidenza sulla soluzione della controversia, non può condurre all'annullamento della sentenza impugnata e, dall'altro, che siffatta violazione deve essere “sanzionata” in

488 Interventi

un ricorso per risarcimento danni, sulla base degli art. 268 e 340, secondo comma, TFUE. Tale ricorso, considerato quale «rimedio effettivo e di applicazione generale» per far valere e «sanzionare» tale violazione, va proposto dinanzi al Tribunale, giudice dei singoli, che dovrà però decidere in una composizione diversa da quella che aveva deciso la controversia sfociata nel processo la cui durata è contestata ([Gascogne Sack Deutschland/Commissione](#), [Kendrion/Commissione](#) e [Groupe Gascogne/Commissione](#), §§ 82, 83 e 90). Nel precisare, sulla falsariga della giurisprudenza della Corte EDU, che la durata ragionevole del processo va valutata sulla base di criteri - che non presentano carattere cumulativo e la cui elencazione non è esaustiva - quali l'importanza della causa per la parte ricorrente, la complessità della stessa e il comportamento delle parti (v., *inter alia*, [Groupe Gascogne/Commissione](#), §§ 85 e 86), la CG ha constatato, sia nelle citate sentenze [Groupe Gascogne/Commissione](#) e [Kendrion/Commissione](#) che in quelle che ne hanno consolidato i principi giurisprudenziali (v., *inter alia*, [Deltafina/Commissione](#), § 91, [FLS Plast/Commissione](#), §§ 137-141, [Guardian Industries e Guardian Europe/Commissione](#), § 20, nonché, da ultimo, [Repsol Lubricantes y Especialidades e a./Commissione](#), §§ 101-101), il carattere irragionevole della durata del processo dinanzi al Tribunale, esaminando, in particolare, il periodo di inerzia dello stesso tra la fine della fase scritta e l'apertura della fase orale del processo (v., *inter alia*, [Galp Energía España e a./Commissione](#), § 58). La CG si è così pronunciata, non senza attirarsi le critiche dei [suoi avvocati generali](#), sulla violazione sufficientemente qualificata di una norma superiore, ossia l'art. 47 della Carta (tale violazione essendo manifesta e non necessitando la produzione di alcun elemento da parte della ricorrente), intesa a tutelare i singoli, che costituisce la prima delle tre condizioni richieste dalla giurisprudenza per poter configurare il sorgere della responsabilità extracontrattuale dell'UE (v., *inter alia*, [Holcim](#)

[\(Deutschland\)/Commissione](#), § 49). Secondo la CG, spetta poi al Tribunale «valutare tanto la materialità del danno invocato quanto il suo nesso causale con l'eccessiva durata del procedimento giurisdizionale controverso procedendo all'esame degli elementi di prova forniti a tal fine» ([Groupe Gascogne/Commissione](#), § 88), considerato che il danno risarcibile non può che riguardare il periodo di tempo che eccede la durata ragionevole del processo.

2. I ricorsi per risarcimento danni introdotti dinanzi al Tribunale

Il Tribunale è stato così adito (solo) da alcune delle società in capo alle quali la CG aveva riconosciuto il diritto a ottenere il risarcimento dei danni per violazione del termine ragionevole. Dopo aver rigettato l'eccezione di irricevibilità sollevata, per atto separato, dalla CGUE, che contestava la sua qualità di parte convenuta (ord. [Kendrion/UE](#), [Gascogne Sack Deutschland e Gascogne/UE](#) e [Aalberts Industries/UE](#)), Il Tribunale ha valutato il merito delle domande risarcitorie e accordato a tali società, oltre che alle società [ASPLA e Armando Álvarez](#) (che invece non avevano fatto valere la violazione del termine ragionevole [dinanzi alla Corte](#)), il risarcimento dei danni patrimoniali e non subiti a causa della irragionevole durata dei processi svoltisi dinanzi ad esso. Il ricorso contestualmente proposto da [Aalberts Industries](#), mirante a contestare l'eccessiva durata del processo avente ad oggetto una domanda di annullamento di una diversa [decisione della Commissione](#) (relativa ad un'intesa nel settore dei raccordi), accolta dallo stesso Tribunale che ha disposto [l'annullamento integrale dell'ammenda inflitta dalla Commissione](#), confermato dalla [CG](#) in sede di impugnazione, è stato invece respinto (v. *infra*).

L'ultima causa, quella introdotta da [Guardian](#) contro la [decisione della Commissione](#) che aveva sanzionato l'intesa

490 Interventi

posta in essere nel mercato del vetro piano, è tuttora pendente. Quest'ultima azione risarcitoria presenta peraltro due particolarità: (i) contrariamente a tutte le altre ricorrenti sopra menzionate, Guardian aveva ottenuto dalla CG [l'annullamento parziale](#) della sentenza di primo grado la cui durata era contestata e una conseguente riduzione della sanzione; (ii) oltre a chiedere il risarcimento dei danni derivanti dalla violazione del termine ragionevole, Guardian chiede anche di essere risarcita dei danni derivanti dalla violazione del principio della parità di trattamento, nella misura in cui la Commissione e il Tribunale hanno commesso errori nel calcolo delle ammende.

Da un rapido sguardo d'insieme emerge che, ai fini della proponibilità di un'azione di danni con le caratteristiche appena descritte e del suo eventuale accoglimento: (i) non rileva quale sia stato l'esito della causa (di prima istanza) la cui durata sia considerata irragionevole (per inciso, l'unico ricorso d'annullamento accolto dal Tribunale è stato quello proposto da [Aalberts Industries](#)), né tanto meno quale sia stato l'esito del giudizio di impugnazione dinanzi alla CG della sentenza del Tribunale la cui durata è contestata (l'unica impugnazione, almeno in parte, accolta è stata quella proposta da [Guardian](#)); (ii) è altresì irrilevante che la ricorrente abbia impugnato la sentenza del Tribunale di cui contesta l'eccessiva durata e invocato dinanzi alla CG la violazione del termine ragionevole ([Aalberts Industries](#) non ha impugnato né, tanto meno, sollevato siffatta violazione in via incidentale) o che abbia proposto impugnazione senza tuttavia far valere tale violazione dinanzi alla CG (questo è il caso di [ASPLA](#) e [Armando Álvarez](#)).

Le sentenze in esame suscitano interesse sia per quanto attiene ad alcuni aspetti della ricevibilità che per il merito. Quanto alla ricevibilità, va osservato che il Tribunale, dopo aver rigettato, come detto, l'eccezione di irricevibilità sollevata

con atto separato dalla CGUE, ha anche puntualmente respinto ogni altra eccezione sollevata da quest'ultima. In particolare, tra queste va menzionata quella relativa alla prescrizione dell'azione, che ha consentito al Tribunale di chiarire la questione, rimasta sinora [controversa](#) (p. 36), della determinazione del *dies a quo* del termine di prescrizione quinquennale previsto per le azioni di danni. Al riguardo, il Tribunale ha infatti precisato ([Gascogne Sack Deutschland e Gascogne/UE](#), §§ 48-49 e [ASPLA e Armando Álvarez/UE](#), §§ 46-47) che, nel caso specifico di un'azione di questo tipo, il fatto generatore del danno idoneo a far sorgere la responsabilità extracontrattuale dell'UE va ricollegato alla sentenza con la quale si conclude il processo nel cui ambito è stato oltrepassato il termine ragionevole, fissando così come *dies a quo* per il computo del menzionato termine di prescrizione la data di pronuncia di detta sentenza.

3. Le questioni relative al merito: le condizioni che consentono di configurare la responsabilità extracontrattuale dell'UE e la quantificazione dei danni che la CGUE è condannata a risarcire

Quanto al merito, diverse riflessioni possono essere svolte sul canovaccio che costituisce il filo conduttore delle tre sentenze. Dapprima, il Tribunale ricorda che, conformemente alla [giurisprudenza](#), il sorgere della responsabilità extracontrattuale dell'UE e l'attuazione del diritto al risarcimento del danno dipendono dalla sussistenza di tre condizioni [cumulative](#) riguardanti: (i) l'illegittimità del comportamento contestato all'istituzione dell'UE; (ii) l'effettività del danno e (iii) l'esistenza di un nesso di causalità fra detto comportamento e il danno lamentato (v., *inter alia*, [Gascogne Sack Deutschland e Gascogne/UE](#), §§ 53-55), successivamente procede alla disamina della sussistenza di tali condizioni.

492 Interventi

Per ciò che riguarda la prima condizione, è interessante soffermarsi sull'approccio seguito dal Tribunale con particolare riferimento a due dei casi tra quelli in commento (v. [Gascoigne Sack Deutschland e Gascoigne/UE](#) e [Kendrion/UE](#)) in cui la CG aveva già rilevato incidentalmente che la durata del processo di primo grado era stata eccessiva e che il Tribunale aveva quindi violato il termine ragionevole. In effetti, il Tribunale, dopo aver fatto meramente rinvio a quanto rilevato dalla CG nelle sentenze d'impugnazione (v., *inter alia*, [Gascoigne Sack Deutschland e Gascoigne/UE](#), § 61), procede, a giusto titolo, ad un esame autonomo e minuzioso dei vari elementi di cui occorre tener conto per valutare se la durata di un processo sia stata ragionevole o meno per poi giungere alla conclusione che, nelle fattispecie esaminate, il periodo di inattività di 20 mesi, intercorso tra la fine della fase scritta e l'apertura di quella orale, è ingiustificato e costituisce pertanto una violazione dell'art. 47, secondo comma, della Carta (v. [Gascoigne Sack Deutschland e Gascoigne/UE](#), §§ 62-78 e [Kendrion/UE](#), §§ 47-63). Il Tribunale attribuisce così un'importanza del tutto marginale all'*obiter dictum* della CG, pur pervenendo a conclusioni sostanzialmente identiche. In proposito, va osservato che se l'approccio della CG (di recente nuovamente criticato peraltro dai [suoi avvocati generali](#), §§ 73-75), consistente nel rilevare in via incidentale la violazione del termine ragionevole, rischiava di ingenerare confusione su quale fosse la strada migliore da intraprendere per far valere siffatta violazione (v. [qui](#), p. 28 e ss.), con le sentenze in parola il Tribunale sgombera il campo da ogni equivoco e rende di fatto superfluo qualsiasi previo giudizio incidentale della CG in sede di impugnazione.

Con riguardo, più specificamente, alla sussistenza della prima condizione, va osservato che il Tribunale, dopo aver considerato che la durata complessiva del processo (5 anni e 9 mesi) non è in alcun modo giustificata (v., *inter alia*, [Gascoigne](#)

[Sack Deutschland e Gascogne/UE](#), § 61), sceglie di soffermarsi sul periodo di 46 mesi intercorso tra la fine della fase scritta e l'apertura di quella orale (v., *inter alia*, [Gascogne Sack Deutschland e Gascogne/UE](#), § 63). Tenuto conto della complessità della causa e del comportamento delle parti, il Tribunale ritiene che la durata di 15 mesi (che include ovviamente i tempi di traduzione delle ultime memorie depositate e della relazione d'udienza, ove la lingua di procedura non sia il francese, che, come noto, è la lingua di lavoro della CGUE), tra la fine della fase scritta del processo e l'apertura di quella orale, sia, in linea di principio, sufficiente per procedere a un'analisi delle questioni giuridiche e fattuali rilevanti, all'istruzione del caso, mediante eventuali misure di organizzazione del procedimento o mezzi istruttori, e alla preparazione della fase orale (v., al riguardo, l'art. 87 del [reg. proc. Trib.](#) sulla relazione preliminare). Qualora, come nelle fattispecie in esame, vi siano più ricorsi (spesso in diverse lingue) contro la stessa decisione (il che è pressoché la regola nelle cause in materia di intese), la trattazione parallela di cause connesse può giustificare il prolungamento del processo per il periodo di 1 mese per ogni ulteriore causa connessa (11 nelle fattispecie in esame). Nelle cause in commento, il Tribunale ritiene dunque congrua la durata di 26 mesi (15 mesi + 11 mesi per le cause connesse) a fronte dei 46 realmente trascorsi tra la fine della fase scritta del processo e l'inizio di quella orale e, di conseguenza, ingiustificato un periodo di inattività di 20 mesi, il quale costituisce una violazione sufficientemente grave dell'art. 47, secondo comma, della Carta.

Facendo applicazione dei medesimi principi, il Tribunale ha rigettato invece il ricorso per risarcimento danni proposto da [Aalberts Industries](#). In questo caso, la durata del periodo intercorso tra la fine della fase scritta e l'apertura di quella orale era di 25 mesi (§ 63) e, poiché vi erano stati 10 ricorsi (in diverse lingue) avverso la medesima decisione, il Tribunale ha

494 Interventi

ritenuto che una durata di 24 mesi (15+9 per le cause connesse) potesse essere considerata ragionevole (§§ 71-73). Le circostanze particolari del caso, riassumibili essenzialmente nell'eccessiva lunghezza e complessità dei vari scritti difensivi (oltre che degli allegati) prodotti dalle parti e nel ritardo in cui era incorsa la Commissione nel depositare la traduzione in francese della controreplica (§§ 74 e 75), sono state decisive per giustificare l'allungamento di 1 mese della durata considerata ragionevole del processo e per concludere che il lasso temporale di 25 mesi intercorso tra la fine della fase scritta e l'apertura di quella orale non rivelava alcun periodo di inerzia da parte del Tribunale (§§ 75 e 76). Considerato che Aalberts Industries non aveva invocato l'eccessiva durata del periodo trascorso, rispettivamente, tra il deposito del ricorso e quello della controreplica e tra l'udienza e la pronuncia della sentenza (§§ 77 e 78) e che, in ogni caso, non erano state rilevate incongruenze al riguardo (§ 78), il Tribunale ha ritenuto ragionevole la durata complessiva del processo e respinto, pertanto, il ricorso nella sua interezza, dal momento che non era soddisfatta la prima delle tre condizioni da cui dipende il sorgere della responsabilità extracontrattuale dell'UE (§ 81).

In conclusione, non si può non rilevare una certa severità del Tribunale nei propri confronti, fissando a 15 mesi la durata ragionevole del periodo che intercorre tra il deposito dell'ultimo scritto difensivo e la data dell'udienza in cause indubbiamente complesse e voluminose quali quelle in materia di intese (l'[AG Sharpston, § 92](#), aveva, per es., suggerito di considerare "irragionevole" un periodo di inerzia del Tribunale di più di 18 mesi tra la chiusura della fase scritta e la convocazione delle parti all'udienza, che avviene di norma almeno un mese prima della stessa). *Mutatis mutandis*, sembra peraltro evidente che in cause meno complesse la soglia di tolleranza sia destinata ad abbassarsi ulteriormente.

Nel passare all'esame della sussistenza della seconda e della

terza condizione, il Tribunale dapprima ricorda la [giurisprudenza](#) (§ 27) secondo la quale il pregiudizio di cui si chiede il risarcimento deve essere reale e certo e poi [quella](#) (§ 53) secondo la quale occorre che vi sia un nesso causale, cioè un rapporto di causa-effetto sufficientemente diretto, tra il comportamento asseritamente pregiudizievole dell'istituzione e il danno lamentato, incombendo sul ricorrente l'onere di dimostrare tanto il pregiudizio che il nesso di causalità. Date queste premesse, il Tribunale procede poi alla disamina dei vari tipi di danno invocati dalle ricorrenti.

In primo luogo, il Tribunale accetta la tesi secondo cui le ricorrenti avrebbero subito un pregiudizio materiale effettivo e reale in quanto, nella fase di inerzia del processo, hanno dovuto sopportare le commissioni applicate loro dagli istituti di credito per le garanzie bancarie a copertura del pagamento dell'ammenda e degli eventuali interessi ([Gascogne Sack Deutschland e Gascogne/UE](#), § 131). Al riguardo, il Tribunale ha ritenuto che vi fosse un nesso di causalità tra la violazione del termine ragionevole, che ha determinato un prolungamento ingiustificato della durata del processo, e il pregiudizio lamentato dalle ricorrenti che consiste, per l'appunto, nella perdita patrimoniale subita in virtù del pagamento di spese bancarie aggiuntive durante il periodo in questione (cfr. [Gascogne Sack Deutschland e Gascogne/UE](#), §§ 114-115).

In proposito, è interessante notare come il Tribunale abbia rigettato alcune obiezioni che la CGUE traeva dalla [giurisprudenza](#) (v. §§ 122-124), [confermata di recente dallo stesso Tribunale](#) (§ 101), in cui si era ritenuto che il nesso causale tra il comportamento ascritto alla Commissione (l'illegittimità della sua decisione che infliggeva l'ammenda) e il danno lamentato (il pagamento delle spese di garanzia bancaria durante tutta la durata del processo) non potesse essere qualificato come sufficientemente diretto, dal momento che la costituzione di detta garanzia era stata frutto di [una libera](#)

scelta (§ 137) – resa possibile dalla Commissione, in deroga al carattere immediatamente esecutivo, a norma dell'art. 299 TFUE, delle sue decisioni – di rinviare il pagamento dell'ammenda al momento in cui fosse divenuta definitiva.

Nelle fattispecie in esame, il Tribunale ritiene, da una parte, che, al momento della costituzione della garanzia bancaria, le ricorrenti non potevano prevedere che il processo avrebbe superato ogni ragionevole durata e potevano anzi legittimamente attendersi che la loro causa sarebbe stata esaminata entro un termine ragionevole e, dall'altra, che il superamento di tale termine è intervenuto dopo la scelta iniziale di costituire la garanzia bancaria (cfr. Gascogne Sack Deutschland e Gascogne/UE, §§ 119-120). Al riguardo, resta tuttavia da chiedersi se, nella realtà, sia possibile cristallizzare il momento iniziale in cui le società hanno deciso liberamente di costituire la garanzia, senza poter immaginare che il processo si sarebbe prolungato oltre un termine ragionevole, o se, invece, data la natura e la finalità di detta garanzia (le cui spese venivano, nelle fattispecie in esame, contabilizzate trimestralmente), non si tratti piuttosto di una scelta che si ripete nel tempo fino alla fine del processo la cui durata è contestata, con tutto quel che ne conseguirebbe quanto alla sussistenza di un nesso causale sufficientemente diretto.

È peraltro evidente che, ancorando il risarcimento alle spese di garanzia bancaria sostenute durante il periodo di superamento del termine ragionevole, ove la società sanzionata abbia invece provveduto al pagamento immediato dell'ammenda e la decisione impugnata sia poi annullata dal Tribunale all'esito di un processo dalla durata irragionevole, sarebbe difficile dimostrare l'esistenza di un danno patrimoniale, dal momento che la Commissione si vedrà costretta a restituire l'importo pagato inizialmente con tutti gli interessi del caso (§ 37).

Da ultimo, merita soffermarsi sulla valutazione del danno in

parola nelle diverse cause. La premessa del ragionamento del Tribunale, comune ai tre casi in esame, è che il danno patrimoniale subito dalle ricorrenti sia quello derivante dal pagamento delle spese di garanzia bancaria nell'arco temporale che corrisponde alla violazione del termine ragionevole, che nelle fattispecie in esame è, come detto, di 20 mesi (v., *inter alia*, [Gascogne Sack Deutschland e Gascogne/UE](#), §§ 131-132). Ciò nondimeno, il Tribunale, conformemente al principio dispositivo, esamina le singole richieste risarcitorie, tutte peraltro ancorate alla sola durata eccessiva del processo dinanzi al Tribunale.

In particolare, Gascogne sostiene di aver subito un pregiudizio nel periodo compreso tra il 30 maggio 2011, data in cui la decisione impugnata sarebbe dovuta diventare definitiva, e il 12 dicembre 2013, data in cui l'ammenda è stata effettivamente pagata ([Gascogne Sack Deutschland e Gascogne/UE](#), § 123). Kendrion sostiene di aver subito un pregiudizio nel periodo compreso tra il 26 agosto 2010, data in cui la CG avrebbe dovuto ipoteticamente pronunciarsi sull'impugnazione (rendendo così la decisione impugnata definitiva), e il 26 novembre 2013, data in cui la CG si è effettivamente pronunciata ([Kendrion/UE](#), § 67). ASPLA e Armando Alvarez fanno, invece, valere di aver subito un pregiudizio nel periodo compreso tra il 16 marzo 2010, vale a dire 20 mesi prima che il Tribunale si pronunciasse sui loro rispettivi ricorsi d'annullamento, e il 14 gennaio 2011, data in cui è stata comunicata loro la data dell'udienza ([ASPLA e Armando Alvarez/UE](#), §§ 123-126).

Premesso che le commissioni bancarie successive alla sentenza del Tribunale (del 16 novembre 2011) non hanno logicamente alcun nesso con la violazione dell'art. 47, secondo comma, della Carta (che si è necessariamente arrestata con la pronuncia di detta sentenza), il Tribunale accorda il risarcimento per le spese di garanzia bancaria sostenute da

498 Interventi

Gascogne, nel periodo che va dal 30 maggio 2011 al 16 novembre 2011 (circa 5,5 mesi), da Kendrion, nel periodo che va dal 26 agosto 2010 al 16 novembre 2011 (circa 15 mesi), e, infine, da ASPLA e Armando Alvarez, nel periodo che va dal 16 marzo 2010 al 14 gennaio 2011 (circa 10 mesi), anziché al 16 novembre 2011, avendo queste ultime fissato come *dies ad quem* il giorno in cui è stata comunicata loro la data dell'udienza. Ciò spiega perché il calcolo delle mensilità oggetto del risarcimento sia stato così diverso nei 3 casi in commento, la cui durata irragionevole era invece la stessa. La diversità dei risarcimenti accordati è dipesa invece dal diverso ammontare dell'ammenda oggetto della garanzia bancaria.

In secondo luogo, il Tribunale riconosce che tutte le ricorrenti – tranne ASPLA e Armando Álvarez che non lo hanno richiesto – hanno subito un danno morale in considerazione del prolungato stato d'incertezza (considerato inabituale rispetto a quello di un normale procedimento giurisdizionale) in cui sono state costrette, il quale ha influito sulla pianificazione delle decisioni da adottare e sulla gestione delle stesse società. Il Tribunale ha quantificato tale danno in via equitativa in 5.000 euro sia per Gascogne che per Gascogne Sack Deutschland, conformemente peraltro a quanto suggerito in via subordinata dalla CGUE nei suoi scritti difensivi, e 6.000 euro per Kendrion. Secondo il Tribunale, tale tipo di danno non poteva infatti essere riparato integralmente mediante la mera constatazione dell'avvenuta violazione del termine ragionevole ([Gascogne Sack Deutschland e Gascogne/UE](#), § 158; [Kendrion/UE](#), § 129).

In terzo luogo, il Tribunale decide che le somme riconosciute a titolo di risarcimento del danno patrimoniale debbano essere rivalutate (fatta eccezione per Kendrion che non lo ha chiesto) attraverso il pagamento di interessi compensativi, ai quali vanno aggiunti gli interessi di mora a decorrere [dalla data della sentenza](#) fino al pagamento integrale

di tali somme, al tasso fissato dalla BCE per le sue principali operazioni di rifinanziamento, aumentato (in ossequio al principio dispositivo) del 2%, così come richiesto da Gascogne (§§ 179-180) e da ASPLA e Armando Alvarez (§§ 150-151), anziché del 3,5%, così come previsto dall'art. 83, § 2, lett. b) e dall'art. 111, § 4, lett. a), del [regolamento delegato n° 1268/2012 della Commissione](#) e come disposto nella causa [Kendrion/UE](#) (§ 140), in mancanza di indicazioni da parte della ricorrente su quale fosse il tasso da applicare.

Il Tribunale non ritiene, invece, sufficientemente provate le perdite lamentate in ragione del pagamento alla Commissione degli interessi legali sul valore nominale dell'ammenda durante il periodo di superamento del termine ragionevole, dal momento che tali interessi non erano superiori al beneficio che le ricorrenti avevano potuto trarre dal mancato pagamento dell'ammenda e dalla conseguente utilizzazione della somma ad essa corrispondente (v., *inter alia*, [Gascogne Sack Deutschland e Gascogne/UE](#), §§ 106-110). Anche la presunta perdita di *chance* lamentata da Gascogne per non aver trovato «più presto» un investitore non è stata ritenuta sufficientemente provata ([Gascogne Sack Deutschland e Gascogne/UE](#), §§ 87-94).

In definitiva, sebbene non del tutto insignificanti, i risarcimenti sinora accordati (come detto, 807.827 euro) sono ben lontani da quelli richiesti (complessivamente 26,8 milioni di euro, secondo quanto paventato dal [Consiglio](#) nel giustificare i costi della riforma del Tribunale). D'altra parte, conformemente al principio secondo il quale il giudice dell'UE non può statuire *ultra petita* (§ 27), il Tribunale ha avuto buon gioco nello sforbicare le richieste risarcitorie grazie alle “leggerezze” in cui sono incorse le ricorrenti non solo nel quantificare i danni subiti, ma anche nel determinare il periodo di rivalutazione (ove richiesto) oltre che il tasso applicabile agli interessi di mora.

4. Conclusioni

In conclusione, ci si può certo interrogare, come correttamente è stato fatto in [dottrina](#), sull'impatto concreto che queste sentenze avranno, soprattutto alla luce del carattere poco più che simbolico del risarcimento del danno morale in esse riconosciuto; ciò nondimeno, se dovessero essere confermate dalla CG (il 17 marzo 2017 la CGUE ha proposto [impugnazione](#) contro la sentenza [Gasconne Sack Deutschland e Gasconne/UE](#)), esse costituirebbero delle utili linee direttrici sia per la valutazione della durata eccessiva di un processo sia per la quantificazione dei danni patrimoniali e morali che eventualmente ne derivino. Cosicché, la loro semplice applicazione, in presenza di una previa richiesta risarcitoria inviata alla CGUE, consentirebbe di trovare una rapida soluzione bonaria in via stragiudiziale e di evitare pertanto un dispendioso e, tutto sommato, lungo processo. Considerato però che la CGUE ha deciso di impugnare, come detto, la prima, in ordine di pronuncia, delle tre sentenze in commento (ed è verosimile che farà lo stesso per le altre due, i cui termini di impugnazione non sono ancora decorsi), occorrerà attendere che la CG si pronunci definitivamente per vedere se l'intelaiatura realizzata dal Tribunale è sufficientemente solida.

D'altra parte, come già evidenziato in [altri scritti](#) (pp. 48-50), il fenomeno delle azioni di danni per violazione del termine ragionevole resta, tuttora, molto circoscritto. Se per alcune situazioni del passato (segnatamente, quelle in cui la CG ha già riconosciuto, in via incidentale, una violazione del diritto del termine ragionevole) potrebbe addirittura essere già decorso il termine di prescrizione (v. *supra*), sembra alquanto difficile immaginare che vicende processuali come quelle che hanno dato origine alle descritte azioni risarcitorie possano riprodursi in un prossimo futuro, tenuto conto, segnatamente, dell'aumento della "capacità produttiva" del Tribunale grazie al [raddoppio](#) del numero dei suoi giudici.

Rimane certamente uno sparuto gruppo di casi, tuttora pendenti dinanzi alla CG, in cui quest'ultima potrebbe ancora rilevare incidentalmente che il Tribunale ha violato in maniera sufficientemente qualificata il proprio obbligo di esaminare la causa entro un termine ragionevole (in senso contrario, v. [Trafilerie Meridionali/Commissione](#), § 68), tuttavia ciò non implica necessariamente che le società vittime di siffatta violazione abbiano poi realmente interesse ad intraprendere un'azione risarcitoria dinanzi al Tribunale, conoscendone già l'orientamento.

Da ultimo, come è stato correttamente evidenziato in [dottrina](#) e in [altri scritti](#) (p. 22), anche se il Tribunale ha dato sinora un'indubbia prova di imparzialità, giudicando peraltro severamente il proprio operato e aprendo risolutamente la strada al risarcimento dei danni cagionati dall'eccessiva durata dei suoi processi, è anche opportuno chiedersi se il sistema attuale, che gli attribuisce, in virtù del combinato disposto degli art. [256 TFUE](#) e [51 dello Statuto](#), la competenza in primo grado per tale tipo di azioni (con conseguente possibilità, come si è visto, di impugnare dinanzi alla CG e di protrarre ulteriormente l'eventuale ottenimento del risarcimento), sia del tutto soddisfacente o se, in una prospettiva *de iure condendo*, non sia più efficace, mediante una modifica del citato art. 51, riservarne la competenza alla CG, in primo e unico grado.

24 marzo 2017

Amministrazione

Editoriale Scientifica srl

80138 Napoli via San Biagio dei Librai, 39 tel. 081.5800459

info@editorialescientifica.com

www.editorialescientifica.com

Direttore responsabile

Pasquale De Sena

Legale rappresentante

Pasquale De Sena

Rivista semestrale gratuita pubblicata esclusivamente on-line su

www.sidiblog.org

www.editorialescientifica.com

Registrazione

Tribunale di Napoli n. 3134/15 del 29 luglio 2015

scritti di:

Lorenzo Gradoni • Daniele Gallo •
Lucia Serena Rossi • Graziella Romeo •
Giulia Raimondo • Pasquale De Sena •
Francesca De Vittor • Gabriella Carella • Marcello
Di Filippo • Daniela Vitiello • Gracy Pelacani •
Andrea Spagnolo • Pierfrancesco Breccia • Leonardo
Borlini • Mirko Sossai • Anna Di Lieto • Daniele
Amoroso • Giulia Borgna • Vito Todeschini • Emanuele
Sommaro • Ludovica Chiussi • Diego Mauri • Luigi
Daniele • Giovanna Adinolfi • Chiara Macchi • Mario
Gervasi • Carlo Tovo • Alessandro Rosanò • Francesco
Pallante • Mauro Gatti • Francesco Munari • Chiara
Cellerino • Giovanni Zaccaroni • Giulia
Rossolillo • Daniela Marrani • Luca
Calzolari • Amedeo Arena • Daniele
Domenicucci