

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Anno LI – n. 4 – Ottobre - Dicembre 2012

Nuova serie de “Il diritto negli scambi internazionali”

Indice – Sommario

ARTICOLI

- Fausto Capelli* - Governo dei tecnici e sistema costituzionale in Europa e in Italia (*Parte Seconda*) Pag. 635
(*Technocratic Government and Constitutional Order in Europe and Italy* - Second Part)

COMMENTI

- Federico Forni* - L'assicurazione contro l'annullamento del viaggio non è necessaria per volare » 681
(*The Flight Cancellation Insurance is not Required for Flying*)
- Vito Rubino* - Facilmente digeribile ... ma non per la Corte di giustizia! Ovvero: della nozione di «informazioni sulla salute» nell'etichettatura delle bevande alcoliche secondo la normativa UE » 697
(*Easily Digestible ... but not for the Court of Justice! That is the Notion of Health Information on the Labelling of Alcoholic Beverages in the EU Regulation*)
- Anna Iermano* - "Dialogo" tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte costituzionale italiana: il principio di retroattività della legge penale più favorevole » 729
(*The "Dialogue" Between the European Court of Human Rights and the Italian Constitutional Court: the Principle of Retroactivity of the More Favorable Criminal Law*)

Loredana Mura - L'applicazione della disciplina della mediazione alla risoluzione delle controversie connotate da estraneità (The Application of the Regulation on Mediation to Settle Disputes with Foreign Elements)

Pag. 767

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

Ernesto Lupo - Relazione del Primo Presidente della Corte di cassazione in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario (Statement of the First President of the Italian Court of Cassation on the Occasion of the Opening of the Judicial Year)

» 805

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

Acquisto di biglietti aerei *on-line*: i supplementi di prezzo opzionali devono essere comunicati in modo non ambiguo e devono essere oggetto di esplicito consenso

Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa n. C-112/11

ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV

(con commento di *Federico Forni*)

» 677

È compatibile con il diritto Ue il divieto imposto ai produttori e distributori di vini di utilizzare l'indicazione «facilmente digeribile» nell'etichettatura e nella pubblicità

Sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2012 in causa n. C-544/10

Deutsches Weintor eG c. Land Rheinland-Pfalz

(con commento di *Vito Rubino*)

» 693

II. MASSIMARIO ANNOTATO

(a cura di *Enrica Adobati*)

La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 2005/29/Ce nell'ambito delle pratiche sleali (aggressive) nei confronti di un consumatore

Sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 2012 in causa n. C-428/11

Purely creative Ltd, Winners Club Ltd, McIntyre & Dodd Marketing Ltd, Dodd Marketing Ltd, Adrian Williams, Wendy Ruck, Catherine Cummings, Peter Henrye a. c. Office of Fair Trading Pag. 709

La Corte di giustizia precisa i limiti della tutela per gli utilizzatori di mezzi aerei e ferroviari in termini di risarcimento e di migliore informazione

Sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 2012 in causa n. C-581/10 e n. C-629/10

Emeka Nelson, Bill Chinazo Nelson, Brian Cheimezie Nelson c. Deutsche Lufthansa AG (n. C 581/10), e The Queen, su istanza di: TUI Travel plc, British Airways plc, easyJet Airline Company Ltd, International Air Transport Association c. Civil Aviation Authority (n. C 629/10) » 711

Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012 in causa n. C-139/11

Joan Cuadrench Moré c. Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV » 712

Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012 in causa n. C-410/11

Pedro Espada Sánchez, Alejandra Oviedo Gonzáles, Lucía Espada Oviedo, Pedro Espada Oviedo c. Iberia Líneas Aéreas de España SA » 712

Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012 in causa n. C-136/11

Westbahn Management GmbH c. ÖBB-Infrastruktur AG » 713

È possibile limitare il diritto alle ferie retribuite in caso di riduzione dell'orario di lavoro

Sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2012 in cause riunite cause riunite n. C-229/11 e n. C-230/11

Alexander Heimann e Konstantin Toltschin c. Kaiser GmbH » 717

La Corte di giustizia si pronuncia sul calcolo dell'indennità di licenziamento nell'ambito delle discriminazioni vietate

Sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2012 in causa n. C-152/11

Johann Odar c. Baxter Deutschland GmbH » 718

La Corte di giustizia fissa la portata e i limiti di una domanda di ingiunzione di pagamento in conformità al Regolamento (Ce) n. 1896/2006

Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 2012 in causa n. C-215/11

Iwona Szyrocka c. SiGer Technologie GmbH

Pag. 720

**GIURISPRUDENZA
ITALIANA E STRANIERA**

Corte costituzionale italiana e Corte EDU a confronto sulla portata e i limiti del principio di retroattività della legge penale più favorevole

Sentenza della Corte costituzionale del 19-22 luglio 2011 n. 236
Corte di cassazione, Corte d'appello di Venezia e Corte d'appello di Bari

» 723

Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, del 17 settembre 2009 - Ricorso n. 10249/03

Scoppola c. Italia

(con commento di *Anna Iermano*)

» 724

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

Consiglio europeo

Conclusioni del Consiglio europeo, 18-19 ottobre 2012

» 757

Conclusioni del Consiglio europeo, 13-14 dicembre 2012

» 760

DOCUMENTAZIONE

Mediazione, conciliazione, arbitrato: sistemi alternativi di risoluzione delle controversie civili e commerciali per migliorare l'efficienza e la qualità della giustizia

Decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010 - Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali

» 763

European judicial systems - Edition 2012 (2010 data) - Efficiency and quality of justice

» 764

(con commento di *Loredana Mura*)

RECENSIONI

<i>Bruno Nascimbene</i> , Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea (<i>Angela Martone</i>)	Pag. 823
<i>Maria Caterina Baruffi - Isolde Quadranti</i> (a cura di), Libera circolazione e diritti dei cittadini europei (<i>Rossana Palladino</i>)	» 826
<i>Angela Di Stasi</i> , Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione americana sui diritti umani. Analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale (<i>Francesca Perini</i>)	» 829
Hanno collaborato a questo numero	» 831
Indice 2012	» 833

Per facilitare la conoscenza della giurisprudenza comunitaria, la Corte di giustizia dell'Unione europea pubblica la

**RACCOLTA DELLA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
E DEL TRIBUNALE**

- La *Raccolta della giurisprudenza*, pubblicata nelle lingue ufficiali delle Comunità, è l'unica fonte autentica da cui possa citarsi la giurisprudenza della Corte e del Tribunale.
- L'ultimo fascicolo annuale della Raccolta contiene l'indice cronologico delle decisioni pubblicate, l'indice delle cause per ordine numerico, l'indice alfabetico delle parti, l'indice degli articoli citati, l'indice alfabetico delle materie e, dal 1991, un nuovo indice analitico che contiene tutte le massime, accompagnate dalle corrispondenti serie di parole chiave, compilate per le decisioni pubblicate.

Gli ordini vanno indirizzati a www.bookshop.europa.eu.

La pubblicazione sopra indicata è posta in vendita in Italia dall'Ufficio delle pubblicazioni dell'Unione europea, L-2985 Lussemburgo, presso la

LICOSA Spa - Libreria Commissionaria Sansoni
Ufficio Organismi Internazionali
Via Duca di Calabria 1/1 - I-50125 FIRENZE
Tel.: centr. 055/64831 - Telefax 055/641257
www.licosa.com

La Corte di giustizia pubblica altresì la

BIBLIOGRAFIA GIURIDICA DELL'INTEGRAZIONE EUROPEA

- Pubblicazione annuale basata sulle acquisizioni di opere monografiche e sullo spoglio dei periodici durante l'anno di riferimento nel campo del diritto comunitario. A partire dall'edizione 1990 la bibliografia è divenuta una pubblicazione ufficiale delle Comunità europee. Essa contiene circa 6.000 riferimenti bibliografici, reperibili mediante indici analitici e mediante l'indice degli autori.
- È disponibile la pubblicazione *Bibliographie juridique de l'intégration européenne 2010*, in due volumi, pubblicata nel 2011.

Gli ordini vanno indirizzati a www.bookshop.europa.eu.

*Per ogni informazione, rivolgersi alla Corte di giustizia dell'Unione europea,
Divisione ricerca e documentazione, L-2925 LUSSEMBURGO.*

ARTICOLI

GOVERNO DEI TECNICI E SISTEMA COSTITUZIONALE IN EUROPA E IN ITALIA*

PARTE SECONDA**

ANALISI DELLA SITUAZIONE CREATASI IN ITALIA IN SEGUITO ALLA NOMINA DEL «GOVERNO DEI TECNICI»

Sommario: **I.** Analogie e differenze tra il sistema europeo in precedenza esaminato e quello instauratosi in Italia con il c.d. «Governo dei tecnici» - **1.** Assenza di una maggioranza politica precostituita - **2.** Mancanza di un'investitura politica del Governo - **II.** Analisi della legittimità del «Governo dei tecnici» attualmente operante in Italia tanto alla luce delle norme giuridico-istituzionali applicabili quanto alla luce dei principi di carattere socio-politico generalmente riconosciuti - **1.** Le critiche mosse all'istituzione del «Governo dei tecnici» - **2.** Le critiche al «Governo dei tecnici» alla luce delle teorie elaborate dagli studiosi delle scienze sociali e politiche - **a.** Analisi del problema con riferimento al passato - **b.** Analisi del problema con riferimento alla situazione attuale - **3.** Le critiche al «Governo dei tecnici» alla luce delle norme contenute nella Costituzione italiana - **III.** Forme di governo e principi di democrazia alla luce della dottrina elaborata dagli studiosi delle scienze politiche - **1.** Come organizzare lo Stato in modo da rendere possibile un equilibrato funzionamento delle sue istituzioni - **2.** Il concetto di democrazia a partire dalla Costituzione federale degli Stati Uniti d'America del 1787 - **3.** Proposte di soluzione del problema - **IV.** Il «Governo dei tecnici» nell'ordinamento giuridico italiano - **1.** I rimedi proposti - **2.** Le modifiche necessarie - **a.** Effetti della prima modifica - **b.** Effetti della seconda modifica - **V.** Valutazioni finali e conclusive.

* Riflessioni su un libro di Armin von Bogdandy dedicato all'ordinamento costituzionale dell'Unione europea e considerazioni successive ad un incontro-dibattito svoltosi in occasione della sua presentazione. Il dibattito tra Sabino Cassese, Giacinto della Cananea, Armin von Bogdandy e Fausto Capelli in occasione della presentazione del libro di A. von Bogdandy, «I principi fondamentali dell'Unione europea - Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo», si è tenuto a Roma il 12 ottobre 2011 presso la sede della Commissione europea, Rappresentanza per l'Italia, con l'intervento del Direttore Lucio Battistotti.

** Le note della seconda parte dell'articolo seguono l'ordine numerico della prima parte pubblicata sul n. 3/2012 di questa Rivista, p. 409 ss.

Sulla base delle considerazioni in precedenza svolte nella prima parte del presente lavoro, è quindi possibile pervenire a conclusioni affermative, da un lato, per quanto riguarda l'esistenza nei Trattati europei di principi fondamentali equiparabili ai principi costituzionali presenti nelle Costituzioni dei Paesi democratici di tradizione occidentale e, dall'altro lato, per quanto riguarda l'esistenza, nei Trattati europei, di norme in grado di garantire lo svolgimento dell'attività istituzionale dell'Unione europea nel rispetto dei principi di democrazia e delle libertà fondamentali.

Dopo aver accertato che l'Unione europea risponde pienamente, nella sua struttura, ai principi di democrazia, vediamo ora di mettere a confronto il sistema istituzionale europeo con quello da ultimo operante in Italia a seguito della nomina del c.d. «*Governo dei tecnici*».

Tale confronto verrà condotto facendo riferimento sia ai principi classici di carattere giuridico-istituzionale elaborati dalla scienza politica, sia a quelli di carattere socio-politico comunemente intesi.

I. Analogie e differenze tra il sistema europeo in precedenza esaminato e quello instauratosi in Italia con il c.d. «*Governo dei tecnici*»

1. ASSENZA DI UNA MAGGIORANZA POLITICA PRECOSTITUITA

La prima analogia che balza subito agli occhi è evidente: tanto nel sistema europeo, quanto in quello italiano, il Governo (potere esecutivo) non è espressione di una maggioranza parlamentare precostituita.

Ovviamente, nel caso italiano, l'assenza di una maggioranza precostituita dipende dalla situazione di emergenza nella quale la crisi finanziaria internazionale ha fatto precipitare la nostra economia, come quella di numerosi altri Paesi⁵⁴.

Questo ha fatto sì che tre partiti, presenti nel Parlamento italiano⁵⁵, pur rivendicando, sotto il profilo politico, le proprie specifiche posizioni, hanno sistematicamente approvato i provvedimenti (per lo più costituiti da decreti legge)⁵⁶ che il «*Governo dei tecnici*» ha proposto per far fronte alle situazioni di emergenza sopra accennate.

In effetti, il peculiare *iter* di approvazione delle leggi ora seguito in Italia comporta che, formalmente, i provvedimenti legislativi vengono adottati da

⁵⁴ Sulla crisi finanziaria internazionale, sulle sue cause e sui suoi effetti si rinvia all'ampia letteratura apparsa su numerose riviste specializzate in problemi economici e finanziari.

⁵⁵ Si tratta, essenzialmente, del PDL (*Popolo della libertà*), del PD (*Partito Democratico*) e dell'UDC (*Unione di Centro*).

⁵⁶ Dal 16 novembre 2011 al 16 novembre 2012, il «*Governo dei tecnici*» ha presentato trentadue decreti legge dei quali trentuno sono stati convertiti in legge.

maggioranze parlamentari che si formano, di volta in volta, in base alla proposta da approvare e con riferimento al provvedimento da adottare.

Si tratta, in sostanza, di un metodo analogo a quello seguito in sede europea per l'approvazione dei provvedimenti normativi che in precedenza abbiamo descritto nella prima parte di questo articolo.

In sede europea, come abbiamo sopra ricordato, le maggioranze, all'interno del Parlamento europeo, cambiano in occasione dell'approvazione di ogni provvedimento e, alla fine, come pure abbiamo segnalato⁵⁷, vengono adottati i provvedimenti che, sotto i profili sociale, politico-economico e tecnico-giuridico, riscuotono il ragionevole consenso di una determinata maggioranza di parlamentari appartenenti a partiti politici diversi⁵⁸.

Chiaramente, in sede europea questo metodo di adozione degli atti normativi è la regola, mentre all'interno del sistema italiano è, attualmente, l'eccezione, per i motivi che sappiamo; ma, come in precedenza segnalato, il risultato raggiunto nei due casi è lo stesso: gli atti normativi in sede europea e i provvedimenti legislativi in Italia vengono adottati, di volta in volta, da una maggioranza politica non precostituita.

2. MANCANZA DI UN'INVESTITURA POLITICA DEL GOVERNO

Un'altra analogia, correlata alla prima, in precedenza descritta, si riscontra nel fatto che tanto in sede europea quanto attualmente in Italia, il Primo Ministro, Capo del *Governo*, non risulta designato in base al suo orientamento politico e che i membri del Governo non vengono nominati sulla base della loro appartenenza ad un determinato gruppo politico.

In sede europea, come è noto, la Commissione, titolare (essenzialmente) del potere esecutivo⁵⁹, rappresentando l'organo di governo dell'Unione europea, viene costituita sulla base di una particolare procedura che, attraverso un accordo tra i Capi di Stato o di Governo degli Stati membri, inizia con una proposta di designazione del suo Presidente, il quale dovrà, in seguito, essere eletto dal Parlamento europeo⁶⁰.

Il Presidente della Commissione, così eletto, designerà, d'accordo con il Consiglio (dei Ministri) dell'Unione⁶¹, gli altri membri della Commissione

⁵⁷ Cfr. *supra*, nota 39. Ciò è anche la conseguenza dell'azione svolta dai raggruppamenti politici che si formano all'interno del Parlamento europeo trovando la loro base nei vari partiti politici nazionali. Sull'azione dei partiti politici all'interno del Parlamento europeo, cfr. A. CIANCIO, *I partiti politici europei e il processo di democratizzazione dell'Unione*, in *Jus - Rivista di scienze giuridiche*, 2012, p. 559 ss.

⁵⁸ Cfr. nota 44 della Parte Prima.

⁵⁹ Cfr. P. PONZANO, *Le droit d'initiative législative de la Commission européenne: théorie et pratique*, in *Revue des affaires européennes*, 2010, p. 27.

⁶⁰ Cfr. art. 17, par. 7, del Trattato sull'Unione europea.

⁶¹ Cfr. art. 17, par. 7, secondo comma, del Trattato sull'Unione europea.

medesima, facendo riferimento alle personalità selezionate dai vari Stati membri e da essi proposte. La Commissione, composta dal Presidente e da tutti i suoi membri, dopo aver superato, collettivamente, un voto di approvazione del Parlamento europeo, viene alla fine nominata dal Consiglio europeo⁶².

Come si vede, in sede europea, la nomina dell'organo esecutivo prescinde del tutto da considerazioni legate all'orientamento politico dei suoi membri e del suo Presidente.

Questa procedura di nomina della Commissione, come organo esecutivo dell'Unione, risulta espressamente disciplinata nel Trattato sull'Unione europea (cfr. art. 17, par. 7, TUE). In base allo stesso Trattato UE (cfr. art. 17, par. 3, secondo comma) i membri della Commissione dovranno essere scelti tenendo unicamente conto della loro *competenza generale, del loro impegno europeo e della loro indipendenza*.

In modo analogo, a causa della situazione di emergenza che conosciamo, si è proceduto in Italia alla nomina del Primo Ministro, Capo del «*Governo dei tecnici*», ed a quella dei suoi membri.

Come sappiamo, infatti, il Governo non è stato formato in Italia su indicazione delle forze politiche presenti in Parlamento, ma su iniziativa del tutto autonoma del Presidente della Repubblica, Capo dello Stato, che ha conferito a *Mario Monti* in data 16 novembre 2011 l'incarico di formare il Governo, dopo averlo nominato senatore a vita.

A sua volta, *Mario Monti*, come Primo Ministro nominato, ha formato un Governo di "*tecnici*" senza affidare incarichi ministeriali a parlamentari o ad esponenti delle forze politiche presenti in Parlamento.

Ciascuna delle diverse forze politiche, presenti in Parlamento, ha avuto modo di precisare la propria posizione sotto il profilo politico, in occasione del voto di fiducia con il quale, tanto alla Camera dei deputati quanto al Senato, il Governo è stato alla fine legittimato ad esercitare i suoi poteri.

La nomina del Primo ministro e dei membri del Governo è formalmente avvenuta nel rispetto delle norme costituzionali vigenti (art. 92 e art. 94 della Costituzione) anche se, per le ragioni che sappiamo, vi è stato, nella sostanza, un radicale cambiamento dal punto di vista della prassi rispetto al passato⁶³.

In ogni caso, anche sotto il profilo qui esaminato, relativo all'investitura del governo, l'analogia fra la situazione europea e quella italiana appare sostanzialmente dimostrata.

⁶² Cfr. art. 17, par. 7, terzo comma, del Trattato sull'Unione europea. Sulla rilevanza del voto di approvazione del Parlamento europeo v. *infra*, nota 151.

⁶³ Come è noto, secondo la prassi da sempre seguita in Italia, il Presidente della Repubblica consulta, prima di designare il Primo ministro, varie personalità ed anche i responsabili dei vari partiti politici rappresentati in Parlamento. Cfr. R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, Torino, Utet, 2006, p. 1785 ss.

II. Analisi della legittimità del «*Governo dei tecnici*» attualmente operante in Italia tanto alla luce delle norme giuridico-istituzionali applicabili quanto alla luce dei principi di carattere socio-politico generalmente riconosciuti

Un'analisi siffatta deve essere condotta senza subire condizionamenti ideologici e senza dar peso a preoccupazioni politiche contingenti, con l'obiettivo di fornire un utile contributo all'approfondimento di un argomento di sicura attualità e rilevanza.

Per questo appare necessario procedere allo studio degli aspetti essenziali della situazione italiana con mente fredda, guardando ai risultati possibili, nella consapevolezza che l'esperimento attualmente in corso in Italia potrebbe fornire l'occasione per aiutare a trovare un modo nuovo per gestire in futuro la democrazia nel nostro Paese.

1. LE CRITICHE MOSSE ALL'ISTITUZIONE DEL «*GOVERNO DEI TECNICI*»

L'immediata reazione di giuristi e politologi, non solo italiani, all'istituzione del «*Governo dei tecnici*» nel nostro Paese è stata di evidente perplessità⁶⁴. Non sono mancate forti voci di dissenso che hanno fatto riferimento alla violazione di norme costituzionali non scritte e, in ogni caso, alla violazione di regole e principi di carattere politico che hanno, da sempre, trovato applicazione in Italia e negli altri Paesi democratici.

La prima ragione di dissenso, come è ovvio, trova la sua giustificazione nel fatto che la nomina del Primo Ministro, Capo del Governo, non è avvenuta mediante una scelta operata in base ad indicazioni elettorali⁶⁵. In secondo luogo è stato obiettato che il Governo in carica non è espressione delle forze politiche rappresentate in Parlamento che hanno ottenuto la maggioranza dei consensi, in conformità al voto degli elettori.

Un'altra critica mossa al «*Governo dei tecnici*» era stata inizialmente fondata sull'assenza, tra i membri della compagine governativa, di esponenti delle forze politiche presenti in Parlamento. Ma tale critica è stata in seguito lasciata cadere sostanzialmente per due motivi: *a.* perché l'esclusione di e-

⁶⁴ L'espressione «*Governo dei tecnici*» vuol soltanto riferirsi all'assenza nel Governo di rappresentanti dei partiti politici. È noto infatti che anche nei Governi in precedenza formati su iniziativa dei partiti politici, erano presenti ministri tecnici. Sul punto cfr. P. PISICCHIO, *Il Governo dei tecnici nella tassonomia delle forme di governo*, in *Rassegna parlamentare*, 2012, p. 323 ss.; T. E. FROSINI, *Anatomia e anomalia di un governo tecnico*, *ivi*, 2012, p. 615 ss. La necessità di avvalersi di "tecnici" è riconosciuta da N. BOBBIO, *Il futuro della democrazia*, Torino, Einaudi, 1984, par. 10: «*I problemi tecnici richiedono esperti, uno stuolo sempre più ampio di personale specializzato. Se ne era accorto più di un secolo fa Saint-Simon che aveva auspicato la sostituzione del governo degli scienziati a quello dei legisti*».

⁶⁵ Si fa rinvio, a questo proposito, alle valutazioni apparse sulla stampa.

sponenti politici dalla compagine governativa era stata, alla fine, espressamente richiesta dagli stessi partiti rappresentati in Parlamento; *b.* perché, la presenza, all'interno del Governo, di soggetti tecnicamente qualificati, non provenienti dal mondo della politica, rappresenta una prassi da tempo accolta non solo in Italia ma anche in altri Paesi occidentali.

2. LE CRITICHE AL «GOVERNO DEI TECNICI» ALLA LUCE DELLE TEORIE ELABORATE DAGLI STUDIOSI DELLE SCIENZE SOCIALI E POLITICHE

Le critiche principali all'istituzione di un «*Governo dei tecnici*», sopra esposte, devono essere analizzate e discusse, innanzitutto, tenendo presenti le opinioni degli studiosi delle scienze sociali e politiche che si sono occupati, in particolare, delle forme di governo.

a. Analisi del problema con riferimento al passato

L'analisi deve quindi partire dal testo fondamentale che è all'origine del principio cardine sulla separazione dei poteri, la cui corretta osservanza garantisce, ai cittadini dei Paesi che lo applicano, il godimento di diritti e di vantaggi di carattere socio-politico che sono del tutto negati ai cittadini dei Paesi che lo ignorano.

Il testo fondamentale al quale ci riferiamo è, ovviamente, il celebre Libro XI del capolavoro di Montesquieu: «*Lo spirito delle leggi*», pubblicato nel 1748⁶⁶.

In quest'opera, che consacra, come è noto, il principio della separazione dei tre poteri (esecutivo, legislativo e giudiziario), Montesquieu, affermando la necessità di tenere distinto il potere esecutivo da quello legislativo, perviene ad una conclusione alla quale, stranamente, i commentatori non hanno mai dato il giusto peso.

Leggiamo innanzitutto, con attenzione, il passo del Libro XI dell'opera «*Lo spirito delle leggi*» che qui interessa.

Parlando del potere esecutivo, Montesquieu⁶⁷ così si esprime: «*Il potere esecutivo deve essere nelle mani di un monarca, perché questa parte del governo, che ha quasi sempre bisogno di un'azione subitanea, è meglio amministrata da uno che da molti*».

Di contro, riferendosi al potere legislativo, Montesquieu⁶⁸ così precisa: «*Mentre, ciò che dipende dal potere legislativo è spesso meglio ordinato da molti che da uno solo*».

⁶⁶ Cfr. CHARLES DE SECONDAT, barone di MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle leggi*, a cura di S. COTTA, Torino, Utet, 1965, vol. I, p. 271 ss.

⁶⁷ *Ivi*, p. 283.

⁶⁸ *Ibidem*.

Precisata la distinzione tra potere esecutivo e potere legislativo, con particolare riferimento alla loro composizione numerica, in considerazione delle diverse funzioni che i due poteri devono esercitare, *Montesquieu* giunge ad un'illuminante conclusione⁶⁹: «*Se non ci fosse monarca e il potere esecutivo fosse affidato ad un certo numero di persone scelte dal corpo legislativo, non ci sarebbe più libertà, perché i due poteri si troverebbero riuniti, le stesse persone avendo talvolta parte – e potendo prenderla in ogni momento - all'una e all'altra attività*».

La posizione di *Montesquieu* appare espressa, nel passo sopra riportato, con estrema chiarezza e non possono sussistere dubbi sulla sua decisa avversione ad affidare l'incarico di formare il Governo (potere esecutivo) alle stesse persone che detengono il potere legislativo (Parlamento).

Nonostante la chiarezza con cui tale posizione è stata sostenuta, i commentatori non hanno dato rilievo alla profonda saggezza in essa contenuta.

Per la verità, di tale saggezza *Montesquieu* era debitore verso un altro grande studioso delle scienze politiche, *John Locke*, alla cui lucida intuizione *Montesquieu* rende implicito omaggio nel passo sopra riportato.

Ciò si comprende immediatamente leggendo le considerazioni svolte da *John Locke* nel suo capolavoro «*Due Trattati sul Governo*», con riferimento al problema qui esaminato, che è affrontato agli inizi del capitolo XII del secondo trattato⁷⁰.

Secondo *John Locke* «*E poiché, data la debolezza umana, propensa ad impossessarsi del potere, le stesse persone, che hanno il potere di fare le leggi, possono essere fortemente tentate di avere tra le mani anche il potere di eseguirle sì da dispensarsi dall'obbedienza alle leggi che si fanno e accomodare la legge, sia nel farla che nell'eseguirla, al loro proprio vantaggio privato, e così giungere ad avere un interesse distinto dagli altri membri della comunità, contrario ai fini della società e del governo (...)*»⁷¹ appare necessario che le persone che esercitano il potere legislativo dopo aver approvato le leggi, si separino (dall'assemblea che le ha approvate) e rimangano singolarmente sottoposte alle stesse leggi da esse adottate.

⁶⁹ Cfr. CHARLES DE SECONDAT, barone di MONTESQUIEU, *Lo Spirito delle leggi*, cit. supra, nota 66, p. 283.

⁷⁰ Cfr. J. LOCKE, *Due Trattati sul Governo*, a cura di L. PARYSON, Torino, Utet, 1960, p. 358.

⁷¹ *Ibidem*. Per la verità anche un altro celebre Autore, J. J. Rousseau, condivide la posizione di Locke e Montesquieu nel suo capolavoro *Il contratto sociale* (cit. infra, in nota 175), cfr. Libro III, Capitolo IV, *La democrazia*, p. 776: «Non è bene che chi fa le leggi le applichi, né che il corpo del popolo distolga la sua attenzione dai problemi generali per indirizzarla a scopi particolari. Niente è più pericoloso dell'influenza degli interessi privati sugli affari pubblici». Rousseau, volendo manifestare i suoi dubbi sulle capacità degli uomini di gestire il potere in modo democratico conclude il citato Capitolo IV (*La democrazia*) con queste parole: «Se ci fosse un popolo di dèi, si governerebbe democraticamente. Ma un governo così perfetto non è fatto per gli uomini». Questa conclusione di Rousseau è probabilmente all'origine della famosa frase scritta nel 1787 da J. Madison nel Saggio n. 51 del *Federalist* (cfr. nota 17 della Parte Prima): «Se le persone fossero angeli, nessun governo sarebbe necessario».

Considerata la posizione assunta dai due più celebri Autori della scienza politica, *Locke* e *Montesquieu*, che tale problema hanno studiato, appare abbastanza singolare che a tale posizione non sia stata prestata un'attenzione adeguata⁷².

È forse possibile, come subito si dirà, che sia stato ritenuto sufficiente, per garantire la separazione tra il potere esecutivo e il potere legislativo, che due organi distinti fossero legittimati ad esercitare i due diversi poteri anche se, fisicamente, le stesse persone fossero presenti in entrambi gli organi.

Ciò che importava, dunque, essenzialmente, era che ciascun organo esercitasse il proprio potere senza interferire formalmente in quello dell'altro.

In effetti, d'altra parte, considerati i regimi vigenti ai tempi nei quali i due celebri Autori scrivevano, è da ritenere che la stretta osservanza del principio della separazione tra il potere legislativo e il potere esecutivo, come da essi inteso, fosse considerata impraticabile o comunque non indispensabile.

Pertanto, i rischi segnalati dai due Autori non sono stati presi in adeguata considerazione.

È anche possibile che, con il passare del tempo, l'interesse a prendere in considerazione tali rischi sia venuto meno a seguito dell'evoluzione subita dalle democrazie parlamentari, che hanno gradatamente accordato ai cittadini sempre maggiori libertà.

Una prova convincente della correttezza di quanto appena riferito, si ricava dai dibattiti intervenuti in occasione dell'elaborazione del testo della Costituzione federale degli Stati Uniti d'America del 1787 da cui è nata, in sostanza, la prima democrazia dei tempi moderni, che ha influenzato quelle nate successivamente⁷³. Come si può dedurre, infatti, da alcuni saggi di «*Federalist*»⁷⁴, scritti da *James Madison*, la preoccupazione maggiore dei federalisti americani⁷⁵ era quella di dimostrare che, in base alla Costituzione federale, l'organo esecutivo e l'organo legislativo esercitavano i loro poteri senza rilevanti interferenze reciproche, nel rispetto della teoria di *Montesquieu*⁷⁶.

⁷² Cfr. peraltro G. MOSCA, *Elementi di scienza politica*, cit. *infra*, nota 95, p. 1094 per il quale MONTESQUIEU «sostenne che, affinché un popolo sia libero cioè governato secondo la legge e non secondo l'arbitrio dei suoi reggitori, bisogna che abbia un'organizzazione politica nella quale il potere arresti il potere e non vi sia perciò nessun individuo e nessuna assemblea che abbiano nello stesso tempo la facoltà di fare la legge e quella di applicarla».

⁷³ Cfr. G. BOGNETTI, *Lo spirito del Costituzionalismo americano*, I: *La Costituzione liberale*, Torino, Giappichelli, 1998, p. 25 ss.; P. G. LUCIFREDI, *Appunti di diritto costituzionale comparato n. 3: il sistema statunitense*, Milano, Giuffrè, 1997, p. 24 ss. Secondo W. RÖPKE, *La crisi sociale del nostro tempo*, Torino, Einaudi, 1944, p. 118 (come annotazione alla p. 103): «È noto quanto la costituzione svizzera sia stata influenzata da quella americana».

⁷⁴ Sul «*Federalist*» v. nota 17 della Parte Prima.

⁷⁵ Cfr. Saggi n. 47 e n. 48 di J. MADISON pubblicati su «*Federalist*». Si può dedurre, dagli argomenti svolti da J. MADISON, che era importante la separazione tra gli organi che gestivano poteri diversi.

⁷⁶ Relativamente al dibattito che si è svolto in America sul problema della separazione dei poteri al momento della presentazione della proposta di costituzione federale, v. B. MANIN, *Fron-*

Si comprende, quindi, per quale motivo, in epoche successive, negli Stati nei quali venivano rispettati i principi di base della democrazia (libere elezioni, separazione dei poteri, etc.) la possibilità riconosciuta al parlamento di nominare direttamente i membri del Governo fosse considerata una soluzione del tutto accettabile e non suscettibile di produrre conseguenze pregiudizievoli, in considerazione dei meccanismi istituzionali applicabili in tali Stati a garanzia del rispetto dei principi di democrazia.

b. Analisi del problema con riferimento alla situazione attuale

All'epoca attuale, di contro, nella quale esiste una tendenza a garantire ai cittadini il godimento effettivo dei diritti costituzionalmente protetti, mettendoli anche al riparo dalle conseguenze dannose dovute al malfunzionamento dello Stato e della pubblica amministrazione, occorre verificare se esistano meccanismi istituzionali più adeguati per tutelarli in modo veramente efficace.

Tra questi meccanismi, può rientrare, in primo luogo, quello fondato sul principio della separazione effettiva tra il potere legislativo e il potere esecutivo, nel senso indicato da *Locke* e da *Montesquieu* e per i motivi da essi sostenuti, come in precedenza è stato chiarito.

Se si considerano, infatti, le moderne democrazie parlamentari e, in particolare, quella italiana, ci rendiamo subito conto dei motivi che fanno propendere per una separazione dei poteri nel senso appena indicato.

Poiché le forze politiche che detengono la maggioranza in Parlamento sono legittimate a formare il Governo, mediante il quale controllano l'esercizio del potere esecutivo, è naturale che esse perseguano, come obiettivo, il mantenimento della maggioranza per poter conservare tanto il potere di fare le leggi in Parlamento, quanto quello di applicarle tramite il Governo.

Di contro, le forze politiche che in Parlamento costituiscono la minoranza, esercitando i diritti dell'opposizione, cercano con tutti i mezzi di diventare esse stesse maggioranza per poter conquistare il potere⁷⁷.

Tutto si concentra, pertanto, nella lotta tra forze politiche contrapposte per la conquista del potere politico, come abbiamo chiarito nella prima parte del presente articolo⁷⁸.

Basta infatti scorrere le prime pagine dei giornali pubblicati in qualsiasi Paese democratico, per rendersi conto dell'esattezza di quanto appena affermato.

Lo scopo è sempre lo stesso: cogliere in fallo l'avversario politico, metterlo in difficoltà, premendo sull'opinione pubblica per cercare di convincerla a seguire un diverso orientamento politico.

tières, freins et contrepoids: la séparation des pouvoirs dans le débat constitutionnel américain de 1787, in *Revue française de science politique*, 1984, p. 257 ss. e S. G. ROTELLA, *Montesquieu and the Federalist. A research note on Federalist*, 47, in *Il Politico*, 1967, p. 825 ss.

⁷⁷ Cfr. nota 35 della Parte Prima.

⁷⁸ Cfr. nota 36 della Parte Prima.

In sostanza, ciò che conta è sempre la sconfitta dell'avversario politico, perché tale sconfitta determina, per la maggioranza, la continuità nell'esercizio del potere e, per la minoranza che sta all'opposizione, la conquista del potere medesimo⁷⁹.

Qualunque argomento, anche di scarsa rilevanza, viene pertanto preso a pretesto per scatenare duri conflitti politici, senza esclusione di colpi, con un enorme dispendio di energie, offrendo ai *mass-media* dati e materiali che vengono spesso utilizzati in modo non disinteressato da chi è in grado di influenzare l'opinione pubblica⁸⁰.

È evidente che non possono essere sollevate obiezioni a questo modo di procedere tanto dal punto di vista politico, quanto da quello giuridico-istituzionale, perché la competizione politica, anche molto dura ed aggressiva, è essenziale per la vita democratica, così come viene generalmente intesa, costituendo essa una delle condizioni fondamentali per il suo corretto svolgimento⁸¹.

Il problema da considerare, a nostro avviso, è se sia però possibile che al sistema istituzionale appena descritto, che trova normale applicazione all'interno di ogni tradizionale democrazia parlamentare, vengano apportate adeguate modifiche nell'interesse della generalità dei cittadini⁸².

Una modifica che potrebbe essere presa in considerazione perché sicuramente adeguata, è appunto quella che trova il suo fondamento nell'intuizione di *Locke* e di *Montesquieu* sopra menzionata e discussa.

⁷⁹ Cfr. F. CAPELLI, *Il sistema istituzionale dell'Unione europea come fondamento di una nuova forma di democrazia*, in questa Rivista, 2004, p. 226.

⁸⁰ E l'opinione pubblica, formata da cittadini medi, è facilmente influenzabile come chiarisce J. A. SCHUMPETER, in un famoso passo del suo *Capitalismo, socialismo e democrazia*, cit. supra in nota 32, p. 272 «così, entrando nel raggio della politica, il cittadino medio scende ad un grado inferiore di rendimento mentale. Ragiona ed analizza in un modo che egli stesso, nella sfera dei suoi interessi concreti, giudicherebbe infantile; il suo modo di ragionare diventa associativo ed affettivo». A sua volta V. PARETO, *Trattato di sociologia generale*, vol. II, cit. in nota 32 della Parte Prima, p. 716, dopo aver rilevato che il cittadino medio «non capisce che i fatti concreti particolari e non sa alzarsi sino alla considerazione delle norme astratte generali» giunge a questa attualissima e sconsolata conclusione: «quindi gli "scandali" succedono agli scandali, lasciando il tempo che trovano; mentre uno scoppia l'altro matura e sta per scoppiare e la gente si commuove ad ogni caso nuovo stimando insolito ciò che è invece perfettamente solito e conseguenza degli ordinamenti voluti o tollerati da questa stessa gente».

⁸¹ Come è stato già sopra riferito nella nota 34 della Parte Prima, secondo J. A. SCHUMPETER, *Capitalismo, socialismo e democrazia*, Milano, Etas Libri, 1984, p. 242: «il metodo democratico è lo strumento istituzionale per giungere a decisioni politiche, in base al quale singoli individui ottengono il potere di decidere attraverso una competizione che ha per oggetto il voto popolare». Lo stesso SCHUMPETER, nella stessa opera, pp. 290-291, afferma che «Partito e uomini politici di partito sono semplicemente la risposta all'incapacità della massa elettorale di agire di propria iniziativa e rappresentano un tentativo di regolare la competizione politica esattamente simile alle pratiche di associazioni fra commercianti o industriali intese a regolare la concorrenza economica». In senso analogo cfr. B. LEONI, *Lezioni di dottrina dello Stato*, Soveria Mannelli, Rubbettino, 2004, p. 187 ss.

⁸² Va peraltro tenuto presente che negli Stati moderni il sistema democratico tradizionalmente inteso va sempre più abbandonando i suoi caratteri originari, come viene provato dal progressivo trasferimento ad organi esecutivi (governativi) di poteri tradizionalmente riservati ai Parlamenti, cfr. F. MODUGNO - D. NOCILLA, *Crisi della legge e sistema delle fonti*, in *Diritto e società*, 1989, p. 411 ss.

Grazie a tale modifica, il potere politico all'interno dello Stato non sarebbe più interamente ed esclusivamente detenuto dalla maggioranza che controlla il potere legislativo perché il Governo, che esercita il potere esecutivo, non verrebbe più nominato su indicazione del Parlamento e formato da persone che ne fanno parte, con la conseguenza che i due poteri (esecutivo e legislativo) rimarrebbero effettivamente separati (come intendevano i due Autori più volte menzionati).

Se il Governo non è più espressione delle forze politiche che detengono la maggioranza in Parlamento, viene subito meno l'interesse a tenerlo in vita o a farlo cadere unicamente per ragioni dettate dalla conquista del potere.

In altre parole, la lotta tra le forze politiche contrapposte (maggioranza e opposizione) che di regola è fondamentalmente incentrata sul mantenimento o sulla conquista del potere, come in precedenza è stato ricordato, si trasforma, grazie alla modifica indicata, in uno scontro tra le stesse forze politiche per ottenere l'adozione o il rigetto dei provvedimenti che il Governo sottopone all'approvazione del Parlamento.

In tal modo, ripetiamo, la competizione tra le forze politiche coinvolte, non persegue più, essenzialmente, l'obiettivo di tenere in vita o di far cadere il Governo, o quello, più sostanziale, di mantenere o di conquistare il potere, bensì quello di adottare o di respingere i provvedimenti di volta in volta posti in votazione.

Come si può comprendere, un tal modo di procedere trova applicazione tanto nel sistema costituzionale dell'Unione europea, che abbiamo descritto nella prima parte dell'articolo, quanto, attualmente, nel sistema italiano, nel corso dell'esperimento del «*Governo dei tecnici*», come in precedenza è stato chiarito. La differenza si riscontra nel fatto che, all'interno del sistema europeo, tale modo di procedere è la regola, mentre all'interno del sistema italiano esso costituisce l'eccezione per i motivi di emergenza che conosciamo.

Se anche in Italia un tal modo di procedere fosse la regola, si otterrebbero, con ogni probabilità, gli stessi risultati che si ottengono nel sistema europeo.

In effetti, questo modo di procedere determina il venir meno della costante necessità, per gli attori politici, di lottare per la conquista del potere, che costituisce uno stimolo psicologico determinante, in grado di influenzare in modo decisivo la competizione politica all'interno di uno Stato democratico.

Si tratta di una spinta psicologica di enorme rilievo che alimenta senza sosta l'aggressività dei soggetti impegnati nell'attività politica e dei partiti che essi rappresentano, portandoli a confrontarsi, permanentemente, in contese ostinate e logoranti⁸³.

⁸³ La natura dell'uomo impegnato nella competizione politica è probabilmente quella che si ricava dalla riflessione di THOMAS HOBBS, ripresa nella sua opera *Leviatano* e citata da A. PANEBIANCO, *Il potere, lo Stato, la libertà (la gracile costituzione della società libera)*, Bologna, Il Mulino, 2004, p. 37: «Così, in primo luogo, pongo come inclinazione generale di tutti gli uomini

Applicando, quindi, il predetto modo di procedere anche all'interno di uno Stato a struttura democratica tradizionale, con l'effetto di ridurre la spinta psicologica appena ricordata, si verrebbero a creare le condizioni generalmente riscontrate all'interno del sistema costituzionale europeo, che sopra abbiamo descritto.

Le condizioni che potrebbero crearsi, in seguito all'applicazione di un tal modo di procedere, corrisponderebbero a quelle indicate da Platone in un famoso passo del *Libro VII* di *Repubblica*⁸⁴, nel quale il filosofo auspica che il governo venga assegnato a soggetti privi dello stimolo di conquistare il potere, giungendo alla seguente conclusione: «*Lo Stato in cui chi deve governare non ne ha il minimo desiderio è per forza amministrato benissimo senza la più piccola discordia, ma quello in cui i governanti sono di tipo opposto è amministrato in modo opposto*». «*Al governo devono andare persone che non amino governare, altrimenti la loro rivalità sfocerà in contesa*»⁸⁵.

Il raggiungimento dell'obiettivo perseguito mediante il modo di procedere predetto, potrebbe, quindi, realizzarsi ricorrendo ad una soluzione di tipo istituzionale e il modello può essere offerto dalla soluzione che è stata trovata, sulla base dell'esperienza, all'interno del sistema dell'Unione europea.

La soluzione consisterebbe, quindi, non tanto nel togliere ai rappresentanti di ciascuna delle parti politiche, in competizione tra loro, l'aspirazione al potere, obiettivo evidentemente irrealizzabile, quanto invece nel metterle nella condizione psicologica di non dover far dipendere dalla sconfitta della controparte politica l'esercizio del potere medesimo (come appunto avviene all'interno del sistema istituzionale dell'Unione europea)⁸⁶.

un desiderio perpetuo e senza tregua di potere che cessa solo con la morte». A sua volta, A. HAMILTON (cfr. nota 17 della Parte Prima) nel Saggio n. 6 del «*Federalist*» ricorda che l'uomo è ambizioso, vendicativo e rapace. A questo proposito, M. OAKESHOTT, nel suo *Diario*, citato da J. W. MÜLLER, *L'enigma democrazia (Le idee politiche nell'Europa del Novecento)*, Torino, Einaudi, 2012, p. 317 ha scritto: «*il successo è l'elemento "diabolico" della vita umana; e il simbolo della volgarizzazione della vita umana è il nostro interesse quasi esclusivo per il successo*». La personalità di Oakeshott si è imposta all'attenzione in Gran Bretagna quando ha rifiutato una onorificenza offertagli dalla «Lady di ferro» (Margaret Thatcher) dichiarando che «*le onorificenze dovevano andare soltanto a coloro che le desideravano*».

⁸⁴ Cfr. PLATONE, *Repubblica, Libro VII*, in *Opere*, Bari, Laterza, 1966, vol. II, nn. 520-524.

⁸⁵ Una divertente illustrazione del temperamento dell'uomo che aspira al potere, è ripresa da W. RÖPKE, *La crisi sociale del nostro tempo*, cit. in nota 47 della Parte Prima, p. 119 (annotazione alla p. 106) da uno scritto del 1938 di F. H. KNIGHT secondo il quale «*la probabilità che il potere sia esercitato da persone alle quali il possesso e l'esercizio del potere ripugni, equivale alla possibilità che un uomo di sentimenti eccezionalmente delicati assuma la funzione di aguzzino in una piantagione coltivata da schiavi*».

⁸⁶ Qualcosa per certi versi analogo avviene anche nel sistema costituzionale della Confederazione elvetica, cfr. B. ACKERMAN, *La nuova separazione dei poteri*, Roma, Carocci, 2003, p. 54, il quale fornisce utili consigli prendendo lo spunto dal sistema elaborato dagli svizzeri i quali, in primo luogo: «*rigettano l'idea di un esecutivo centrato su una singola persona e lo trasformano in un collettivo di sette membri (Consiglio federale)*. In secondo luogo rigettano l'idea di un'elezione popolare diretta e richiedono che ciascun membro del Consiglio ottenga il sostegno di entrambe le Camere [legislative: quella dei cantoni e quella nazionale] per un mandato fisso di quattro anni. E infine rendono impossibile alle due Camere [legislative] porre in essere un voto di sfiducia [contro

Nel sistema istituzionale europeo, infatti, come più volte in precedenza ricordato, mancando una maggioranza precostituita, legittimata a formare e a sostenere un governo dell'Unione europea, manca anche un'opposizione impegnata a contestarlo con l'obiettivo di farlo cadere⁸⁷.

Di conseguenza, all'interno del sistema europeo, come in precedenza abbiamo ampiamente ricordato, ciascuna delle parti in conflitto si sente impegnata a fornire il proprio contributo, nelle discussioni e nei dibattiti per l'approvazione degli atti da adottare, in modo da migliorare il più possibile, secondo il proprio punto di vista, la forma e il contenuto degli atti medesimi⁸⁸.

Ne consegue che, grazie alla corretta osservanza di tale sistema decisionale, come in precedenza si è avuto modo di sottolineare, finiscono per essere adottati e per trovare applicazione, in sede europea, eventualmente con il coinvolgimento della società civile⁸⁹, provvedimenti tecnicamente, politicamente, economicamente e socialmente ragionevoli, in grado di tutelare nel modo più efficace l'interesse della generalità dei cittadini anche contro le azioni dei gruppi pressione⁹⁰.

il Consiglio Federale] *durante il periodo di quattro anni*». Un accuratissimo studio che analizza in parallelo le strutture istituzionali dell'Unione europea e della Svizzera, con particolare riferimento alla ripartizione delle competenze nei rispettivi ordinamenti giuridici, è stato eseguito da B. DUBEY, *La répartition des compétences au sein de l'Union européenne à la lumière du fédéralisme suisse*, Bruxelles, Bruylant, 2002, p. 36 ss. Per le particolarità, sotto il profilo storico, della Confederazione elvetica, cfr. G. MALINVERNI, *L'indépendance de la Suisse dans un monde interdépendant*, in *Rev. droit suisse*, 1998, II, p. 1-137.

⁸⁷ Cfr. nota 39 della Parte Prima; sul modo di formazione della volontà politica in seno al Parlamento europeo cfr. V. NESSLER, *Willensbildung im Europäischen Parlament*, in *ZEus*, 1999, p. 157 ss. Sulla tecnica e sulla procedura di adozione degli atti in sede comunitaria v. A. ESPOSITO, *La struttura e gli effetti degli atti giuridici comunitari nella ricerca della qualità della legislazione*, in G. RECCHIA - R. DICKMANN (a cura di), *Istruttoria parlamentare e qualità della normativa*, Padova, Cedam, 2002, p. 141 ss.

⁸⁸ Viene a trovare applicazione quel particolare meccanismo logico-razionale, già in precedenza ricordato, che J. RAWLS (*Liberalismo politico*, Torino, Edizioni di Comunità, 1999, p. 62) chiama «disenso ragionevole». Senz'altro, come abbiamo sopra ugualmente ricordato, è stato dato per scontato, e ritenuto credibile, che anche i soggetti partecipanti al processo deliberativo in sede europea possano essere sottoposti a tentativi di condizionamento di ogni genere da parte di gruppi di pressione interessati, ma tali interventi finiscono probabilmente per perdere peso ed efficacia, in considerazione delle peculiarità del sistema decisionale comunitario.

⁸⁹ Cfr. nota 42 della Parte Prima.

⁹⁰ Cfr. sul punto F. ZAKARIA, *Democrazia senza libertà (in America e nel resto del mondo)*, Milano, Rizzoli, 2003, p. 205 ss. Che un'aperta discussione e un libero confronto fra opinioni diverse possano più facilmente consentire l'adozione di decisioni in grado di rendere possibile la tutela degli interessi della generalità dei cittadini è stato lucidamente affermato dall'Abate E. Sieyès, uomo politico molto noto durante e dopo la rivoluzione francese, il quale, in un suo scritto (ampiamente citato da B. MANIN, in *Principi del governo rappresentativo*, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 208-209) ha riconosciuto che: «In tutte le deliberazioni c'è una specie di problema da risolvere, ossia quello di sapere, in un dato caso, che cosa prescriva l'interesse generale. Quando la discussione comincia, non si può affatto giudicare che direzione prenderà per arrivare a scoprirla con sicurezza. Senza dubbio l'interesse generale non è niente, se non è l'interesse di qualcuno; è quell'interesse particolare che si trova a essere comune alla maggior parte dei votanti. Di qui la necessità di una competizione fra le opinioni. Ciò che vi appare come una mischia, una confusione adatta ad annebbiare tutto, è un presupposto indispensabile all'illuminazione. Occorre permettere che tutti questi interessi particolari si spingano, si scontrino gli uni con gli altri, si accapiglino sulla questione, e la dirighano, ciascuno secondo le proprie forze, verso il fine che si propongono. In questa

E i provvedimenti adottati in sede europea, come abbiamo ricordato nella prima parte del presente articolo, sono quelli che hanno esercitato un impatto decisivo, sotto il profilo socio-economico, all'interno di tutti i Paesi membri dell'Unione e, in particolare, all'interno del nostro Paese⁹¹.

Ciò che dobbiamo ora verificare è se esistano le condizioni per rendere applicabili, all'interno dell'ordinamento italiano, i meccanismi istituzionali sopra descritti, in modo però che possano operare non in via eccezionale per i motivi di emergenza che conosciamo, bensì in via ordinaria e secondo regole istituzionalmente predeterminate.

3. LE CRITICHE AL «GOVERNO DEI TECNICI» ALLA LUCE DELLE NORME CONTENUTE NELLA COSTITUZIONE ITALIANA

La critica iniziale mossa alla nomina del *Governo dei tecnici* aveva fatto riferimento, come sopra accennato, alla sua incompatibilità con la nostra Costituzione.

Si è però trattato di una critica che è stata subito lasciata cadere perché, formalmente, la nostra Costituzione non esclude né che il Governo sia formato unicamente da tecnici, né che di esso facciano parte soggetti, scelti per le loro competenze, che non siano membri del Parlamento.

Gli artt. 92 e 94 della Costituzione si limitano, in effetti, a stabilire che il Presidente della Repubblica nomina il Primo ministro e, su sua proposta, i singoli ministri i quali, insieme al Primo ministro, costituiscono il Governo che, per poter legittimamente operare, deve prima ottenere la fiducia dei due rami del Parlamento, con votazione per appello nominale della maggioranza

prova, le opinioni utili e quelle che sarebbero nocive si separano; le seconde cadono, le prime continuano a muoversi, a equilibrarsi, fino a che, modificate e purificate dai loro reciproci effetti, finiscono per fondersi in un'unica opinione».

⁹¹ V. p. 423 della Parte Prima. Per quanto riguarda la peculiarità dell'apporto dei parlamentari europei, nell'attività di adozione degli atti normativi, essa non dipende ovviamente dal fatto che i parlamentari europei possano essere migliori (o diversi) dai parlamentari nazionali, ma dalla tecnica legislativa comunitaria impiegata (che spesso si avvale dei «Libri Verdi» e dei «Libri Bianchi» sopra menzionati, cfr. note 40 e 41 della Parte Prima). Tale tecnica impone di seguire, come è noto, un metodo particolare non solo ai parlamentari, ma anche a tutti coloro che partecipano al processo legislativo. Nel Parlamento europeo, quando si tratta di approvare un atto "normativo", trovano applicazione regole istituzionali che costringono i parlamentari a seguire quasi automaticamente il processo logico-razionale sintetizzato dal filosofo e politologo americano *John Rawls* (cfr. nota 44 della Parte Prima) nell'espressione: «*disenso ragionevole*». La tecnica di approvazione degli atti normativi in sede europea inizia con una proposta ben strutturata che la Commissione europea pre-dispone. Si passa, quindi, ad un dibattito serrato all'interno delle Commissioni parlamentari; si riprende il dibattito mettendo a confronto le tesi del Parlamento europeo con quelle degli Stati membri espresse in seno al Consiglio dei Ministri; si tiene conto dei pareri degli organi consultivi; si risolvono, infine, i punti controversi con decisioni prese all'interno del Comitato di conciliazione. Tale modo di procedere consente, nella quasi totalità dei casi, di giungere all'adozione definitiva del provvedimento che interessa. L'esperienza ha dimostrato che questo sistema funziona. In effetti nei primi dieci anni di applicazione di tale sistema sono stati approvati in sede europea centinaia di provvedimenti, molti dei quali importantissimi, come è stato chiarito nella prima parte di questo lavoro.

dei membri componenti ed approvata dalla maggioranza dei presenti in aula al momento della rispettiva votazione⁹².

Ma se la critica riferita all'incompatibilità con la Costituzione della procedura seguita è stata abbandonata, un'altra critica, fondata su argomenti di carattere politico, ha trovato ampio ascolto.

La critica è nota: salvo un precedente di breve durata in parte simile⁹³, non si è mai verificato un caso, nella storia dello Stato italiano, nel quale il Governo sia stato formato soltanto con la partecipazione di Ministri estranei alle forze politiche presenti in Parlamento.

Ciò, come sappiamo, è la conseguenza dello stato di emergenza, provocato dalla crisi finanziaria internazionale, cui in precedenza ci siamo riferiti, che ha prodotto un cambiamento radicale con soluzioni innovative che ben pochi avrebbero potuto immaginare.

Si è venuta quindi a creare, nel contesto costituzionale italiano, una situazione del tutto anomala, da cui è scaturita la nomina di un «*Governo dei tecnici*», sfornito di una maggioranza precostituita, che è stato costretto a elaborare, in tutta fretta, numerosi provvedimenti normativi, per lo più, come già ricordato, sottoforma di decreti legge, che sono stati subito dopo sottoposti all'approvazione del Parlamento, il quale, in alcuni casi, l'ha accordata dopo la richiesta del voto di fiducia⁹⁴.

L'anomalia delle affannose procedure esperite per ottenere l'approvazione dei provvedimenti presentati in Parlamento e l'inevitabile confusione che le ha caratterizzate, hanno impedito di analizzare e di valutare in modo oggettivo e distaccato, nel loro complesso, le peculiarità e le novità del sistema che è stato introdotto ed applicato.

È evidente che per valutare in modo adeguato tali peculiarità e novità occorrerebbe vedere all'opera il nuovo sistema con i suoi meccanismi in condizioni di funzionamento normali e non in permanente stato di emergenza, come è finora avvenuto.

Per far questo, considerate le condizioni che la crisi internazionale costringe i governi del mondo intero e, in particolare, quello italiano ad osservare, occorrerebbe avviare un processo di simulazione da cui sia possibile ricavare argomenti e dati convincenti di effettiva utilità.

⁹² Cfr. V. CRISAFULLI - L. PALADIN, *Commentario breve alla Costituzione*, Padova, Cedam, 1990, Commento agli artt. 92 e 94.

⁹³ Il primo Governo formato esclusivamente da tecnici fu presieduto da *Lamberto Dini* e restò in carica dal 17 gennaio 1995 al 17 maggio 1996.

⁹⁴ La richiesta del voto di fiducia è stata presentata per otto decreti legge presentati tanto alla Camera dei Deputati quanto al Senato e per quattro decreti legge presentati soltanto alla Camera dei Deputati. Il ricorso al voto di fiducia e alla presentazione dei numerosi decreti legge rivela lo stato di necessità che ha indotto il Governo dei tecnici ad intervenire in settori molto sensibili sui quali i precedenti Governi non sono intervenuti. A tale proposito è bene ricordare la massima di J. MONNET secondo cui: «*I governi agiscono soltanto in stato di necessità e colgono la necessità soltanto nei momenti di crisi*».

A tali dati e a tali argomenti verrà in prosieguo fatto riferimento dopo averli individuati analizzando, sotto il profilo giuridico-politico-istituzionale, il processo che ha caratterizzato, sostanzialmente, l'evoluzione delle moderne democrazie.

III. Forme di governo e principi di democrazia alla luce della dottrina elaborata dagli studiosi delle scienze politiche

1. COME ORGANIZZARE LO STATO IN MODO DA RENDERE POSSIBILE UN EQUILIBRATO FUNZIONAMENTO DELLE SUE ISTITUZIONI

Gaetano Mosca, nel suo giustamente celebrato capolavoro *Elementi di scienza politica*⁹⁵, pone in evidenza come i grandi pensatori del passato, che si sono occupati di scienza politica e delle forme di governo, «abbiano avuto un'intuizione comune: cioè che la saldezza delle istituzioni politiche dipenda da un'opportuna fusione e contemperanza di principi e tendenze diverse, ma costanti, che agiscono immancabilmente in tutti gli organismi politici»⁹⁶.

Infatti, Platone, nel suo *Dialogo sulle leggi*⁹⁷, considerava come forma migliore di governo quella nella quale l'autocrazia e la democrazia venivano «fuse e temperate».

A sua volta Aristotele, nella sua *Politica*⁹⁸, dopo aver preso in esame le tre forme fondamentali di governo (monarchia, aristocrazia e democrazia) propendeva per una «aristocrazia temperata» o, meglio, per una «democrazia temperata».

Come riferisce Mosca, lo storico Polibio⁹⁹, due secoli dopo Aristotele, riteneva eccellente la *Costituzione di Roma*, perché in essa trovavano applicazione, contemporaneamente, le tre forme aristoteliche di governo appena menzionate.

Un secolo dopo Polibio, un altro grande pensatore, Cicerone, condivideva la stessa opinione nel suo *De Re Publica*¹⁰⁰.

⁹⁵ Cfr. G. MOSCA, *Elementi di scienza politica*, in *Scritti politici*, collezione diretta da L. FIRPO, vol. II, Torino, Utet, 1982.

⁹⁶ *Ivi*, pp. 1039 e 1040.

⁹⁷ Cfr. PLATONE, *Dialogo sulle leggi*, in *Dialoghi*, vol. III, Milano, Rizzoli, 1964, p. 262.

⁹⁸ Cfr. ARISTOTELE, *Libri III, VI e VII*, in *La politica*, Roma-Bari, Laterza, 2011.

⁹⁹ Cfr. POLIBIO, *Libro VI*, in *Storie. Testo greco a fronte. Libri V-VI*, (a cura di D. MUSTI), Milano, Biblioteca Universale Rizzoli, 2002.

¹⁰⁰ Cfr. CICERONE, *Libro I, La Repubblica*, (a cura di F. NENCI), Milano, Biblioteca Universale Rizzoli, 2008.

Gaetano Mosca termina, quindi, la sua rassegna citando due altri celebri Autori: Tommaso d'Aquino¹⁰¹ e Montesquieu¹⁰² che seguivano lo stesso indirizzo appena indicato.

Commentando l'intuizione dei pensatori sopra menzionati, Mosca conclude nel senso di ritenere che per impedire o, quantomeno, ridurre e circoscrivere i difetti e i vizi dovuti all'applicazione dei principi e delle tendenze di una delle forme di governo sopra richiamate, occorrerebbe far ricorso ai principi e alle tendenze delle altre forme di governo, pure menzionate, in modo da ottenere una sorta di bilanciamento con l'instaurazione di un certo grado di concorrenza e di equilibrato contemperamento tra le forme di governo medesime.

Lo stesso Mosca riconosce esplicitamente che «questa conclusione corrisponderebbe presso a poco all'antica dottrina del giusto mezzo, che trovava ottimi i governi misti»¹⁰³.

Come si vede, pertanto, da quanto in precedenza esposto si deduce che secondo gli studiosi di scienze politiche del passato, le forme di governo più valide erano quelle che prevedevano un sistema di bilanciamenti equilibrati e di contrappesi istituzionali efficaci in grado di garantire una sicura stabilità all'interno dello Stato evitando crisi politiche violente.

Gli stessi argomenti appena esaminati, sono stati approfonditi da altri studiosi e, in particolare, da un Autore che li ha ripresi in una sua opera molto interessante¹⁰⁴.

Nel capitolo quinto di tale opera, intitolato «Bilancia»¹⁰⁵, viene inoltre effettuato un esame approfondito ed accurato delle teorie che sono state in passato e vengono tuttora sostenute al fine di mantenere l'equilibrio dei poteri all'interno dello Stato.

In tale capitolo, un'analisi precisa e convincente è riservata alle esperienze maturate negli Stati Uniti d'America nel corso delle vicende che hanno portato alla elaborazione e all'adozione della Costituzione federale del 1787.

Considerata l'importanza di tali vicende, all'esperienza degli Stati Uniti d'America vengono in particolare dedicati i successivi paragrafi.

¹⁰¹ Cfr. TOMMASO D'AQUINO, *Summa Theologiae*, Cinisello Balsamo, Editiones paulinae, 1988, vol. II.

¹⁰² Cfr. MONTESQUIEU, *Lo spirito delle leggi*, cit. supra, nota 66.

¹⁰³ Cfr. G. MOSCA, *Elementi di scienza politica*, cit. supra, nota 95, p. 1041. Per una valutazione critica si veda G. SARTORI, *Democrazia (cosa è)*, Milano, Rizzoli, 2007, p. 144-145.

¹⁰⁴ Cfr. A. PANEBIANCO, *Il potere, lo Stato, la libertà*, cit. supra, nota 83, p. 173. A proposito dei governi misti, A. PANEBIANCO, *ivi*, p. 175, afferma che la dottrina del «governo misto», con LOCKE e MONTESQUIEU, «confluisce nella dottrina (liberale) della divisione dei poteri».

¹⁰⁵ *Ivi*, pp. 171-237.

2. IL CONCETTO DI DEMOCRAZIA A PARTIRE DALLA COSTITUZIONE FEDERALE DEGLI STATI UNITI D'AMERICA DEL 1787

Conviene iniziare la nostra analisi partendo dal commento che *John Stuart Mill*¹⁰⁶ ha dedicato alla seconda parte della celebre opera di *Alexis de Tocqueville*: «*Democrazia in America*».

In tale commento, *J. S. Mill*, riconosce che *Tocqueville* non identificava la democrazia con un tipo particolare di governo. Secondo *J. S. Mill*, infatti¹⁰⁷:

«È d'uopo osservare che con il termine democrazia, il *Tocqueville*, non intende alludere ad alcun tipo particolare di governo (....).

Per democrazia Tocqueville, ritiene l'eguaglianza delle condizioni base e l'assenza di qualsiasi aristocrazia, sia essa originata da privilegi politici o da superiorità nell'importanza individuale e nel potere sociale. È verso una forma di governo così intesa, verso l'eguaglianza tra uomo e donna che egli ritiene la società stia irresistibilmente tendendo».

La democrazia, secondo *Alexis de Tocqueville*, si può ottenere, in effetti, impedendo la gestione del potere da parte di una categoria di privilegiati in grado di governare i cittadini senza aver ricevuto da essi alcun mandato.

In qual modo il potere debba essere gestito, una volta che i cittadini abbiano avuto la possibilità di scegliere liberamente i propri rappresentanti in grado di formare una maggioranza legittimata a governare, è un problema che *Alexis de Tocqueville* affronta con cautela nella sua opera¹⁰⁸.

La sua preoccupazione è essenzialmente quella di evitare che il sistema di governo, in tal modo instaurato, finisca per degenerare consentendo alla maggioranza di governare con poteri assoluti ed oppressivi.

In un passo della sua opera, *Tocqueville* precisa infatti¹⁰⁹:

«Io considero empia e detestabile questa massima: che in materia di governo la maggioranza di un popolo ha il diritto di far tutto; tuttavia pongo nella volontà della maggioranza l'origine di tutti i poteri. Sono forse in contraddizione con me stesso?».

Forse per uscire da tale contraddizione, in un passo successivo, giustamente famoso perché evoca la celebre teoria di *Montesquieu* sulla tripartizione dei poteri, di cui abbiamo sopra parlato, *Tocqueville* osserva¹¹⁰:

«Supponete, al contrario, un corpo legislativo composto in modo tale che esso rappresenti la maggioranza senza essere necessariamente lo schiavo delle sue passioni; un potere esecutivo che abbia una forza propria e un po-

¹⁰⁶ Cfr. J. S. MILL, *Sulla democrazia in America di Tocqueville*, Napoli, Guida Editori, 1971.

¹⁰⁷ *Ibidem*, p. 95.

¹⁰⁸ Cfr. A. DE TOCQUEVILLE, *La democrazia in America*, Milano, Rizzoli, 1998.

¹⁰⁹ *Ibidem*, p. 257.

¹¹⁰ *Ivi*, p. 259; cfr. sul punto, F. M. DE SANCTIS, *Tocqueville, Democrazia e rivoluzione*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000, p. 66.

tere giudiziario indipendente dagli altri due poteri; avrete ancora un governo democratico, ma non vi sarà più il pericolo di tirannide».

Cercando quindi di sintetizzare il pensiero di *A. de Tocqueville*, il sistema democratico è in grado di funzionare in modo corretto e proficuo non solo se i cittadini possono liberamente scegliere i propri rappresentanti legittimati a formare una maggioranza in grado di gestire il potere, ma anche se il potere viene adeguatamente ed effettivamente suddiviso tra organi diversi legittimati ad esercitare, separatamente, il potere legislativo, il potere esecutivo e quello giudiziario.

Le modalità per esercitare il potere, in tale contesto, possono anche essere diverse: ciò che però importa è che vi sia un'effettiva separazione tra i tre poteri menzionati.

Un sistema istituzionale siffatto consente una corretta gestione della cosa pubblica nell'interesse della generalità dei cittadini e impedisce alla maggioranza di prevaricare, divenendo oppressiva o addirittura tirannica.

Per evitare che la maggioranza possa abusare dei suoi poteri e arrivi ad esercitare una forma di «tirannide» ai danni della generalità dei cittadini, occorre soprattutto che venga scrupolosamente osservato il principio della separazione tra potere esecutivo e potere legislativo¹¹¹.

La separazione effettiva tra potere esecutivo e potere legislativo ha dunque lo scopo di attenuare il rischio che la maggioranza commetta abusi¹¹².

In effetti diversi Autori¹¹³, come abbiamo già ricordato, pur riconoscendo che le decisioni della maggioranza debbano prevalere, contestano la tesi che le decisioni della maggioranza siano corrette per il solo fatto che è la maggioranza stessa ad adottarle¹¹⁴.

Nello stesso senso altri Autori, pur ammettendo la prevalenza delle decisioni della maggioranza, hanno espresso dubbi sulla correttezza delle sue de-

¹¹¹ Sul significato dell'espressione «tirannide della maggioranza» v. G. SARTORI, *Democrazia (cosa è)*, Milano, Rizzoli, 2007, p. 95.

¹¹² Sulla separazione dei poteri negli Stati Uniti, v. le interessanti osservazioni di A. PANEBIANCO, *Il potere, lo Stato, la libertà*, cit. supra, nota 83, p. 184 ss.

¹¹³ Cfr. nota 31 della Parte Prima.

¹¹⁴ Secondo G. SARTORI, *Democrazia (cosa è)*, loc. cit., p. 97: «Perché chi detiene la maggioranza deve prevalere sulle minoranze?». In altre parole, secondo lo stesso Sartori, «qual è il maggior diritto del maggior numero?». A tale quesito ha cercato di dare una risposta anche un grande giurista, HANS Kelsen nel suo saggio *Essenza e valore della democrazia* (in H. Kelsen, *La democrazia*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 51) osservando: «Sarebbe impossibile giustificare il principio maggioritario con l'opinione che più voti abbiano maggior potere di pochi voti (...). Significherebbe trasformare in massima difettosa un dato dell'esperienza, l'asserire che i più numerosi siano i più forti, e la formula "la forza supera il diritto" sarebbe superata soltanto se elevata allo stato di regola di diritto. C'è soltanto un'idea che porta, per una via ragionevole, al principio maggioritario: l'idea che se non tutti gli individui, almeno il più gran numero di essi sono liberi, il che vale a dire che occorre un ordine sociale che sia in contrasto con il più piccolo numero di essi». Lo stesso H. Kelsen, *Democrazia e filosofia* (in *La democrazia*, loc. cit., p. 240) così conclude: «L'idea basilare del principio di maggioranza è che l'ordinamento sociale sia in accordo con il maggior numero possibile di soggetti e in disaccordo con il minor numero di essi».

cisioni, a causa dei notevoli condizionamenti che la possono in concreto influenzare.

A tale proposito, come è noto, uno dei primi ad esprimere dubbi di questo genere, è stato proprio *James Madison*, il più autorevole, intellettualmente parlando, dei "Padri fondatori" degli Stati Uniti d'America e suo quarto Presidente, che ha contribuito in modo determinante alla elaborazione della Costituzione federale del 1787.

*Robert A. Dahl*¹¹⁵, ricorda infatti che nel saggio n. 10 di «*The Federalist*», *J. Madison*¹¹⁶, aveva messo in guardia tutti contro: «*la pericolosità delle fazioni, la minaccia che proviene da maggioranze unite attorno a principi contrari all'interesse generale*».

In particolare, *J. Madison*, nel saggio n. 10 di «*The Federalist*»¹¹⁷ aveva riconosciuto che: «*le cause latenti della faziosità sono, così, intessute nella natura stessa dell'uomo*».

Anni dopo, lo stesso *J. Madison*, come precisa *Dahl*, pur ribadendo le proprie preoccupazioni, riconoscerà che questi inconvenienti sono da considerare inevitabili e che si può soltanto cercare di controllarli¹¹⁸.

In realtà, considerata l'applicazione del sistema democratico negli Stati più diversi, in ogni parte del mondo e nel corso di un lungo periodo di tempo, non è certo difficile condividere le preoccupazioni manifestate da *James Madison*.

La ragione di tale condivisione è soprattutto fondata sulla constatazione che coloro che esercitano l'attività politica sono esseri umani e, come tali, influenzabili e soggetti a condizionamenti.

Il filosofo, *John Dewey*, ha icasticamente ripreso questi concetti in un passo di un suo scritto¹¹⁹ del 1927: «*coloro che si occupano di politica non smettono di essere uomini: hanno interessi personali e interessi di gruppo da servire; quelli della famiglia, della cerchia o della classe cui appartengono*».

Due studiosi americani, *James M. Buchanan* e *Gordon Tullock*, in un libro divenuto famoso, dal titolo «*Il calcolo del consenso*»¹²⁰, hanno indagato a

¹¹⁵ R. A. DAHL, *Quanto è democratica la Costituzione americana?*, Bari-Roma, Laterza, 2003, p. 25.

¹¹⁶ J. MADISON, come già abbiamo ricordato (cfr. nota 17 della Parte Prima) è uno dei tre Autori della celebre raccolta «*The Federalist*».

¹¹⁷ Il Saggio n. 10 di «*The Federalist*» è un famoso saggio dedicato alla faziosità dei partiti e delle persone. A proposito della difficoltà di far funzionare correttamente un regime democratico a causa dei difetti degli uomini si considerino anche le affermazioni di *J. J. Rousseau* esposte in *Il contratto sociale* e riportate *supra* in nota 71.

¹¹⁸ Cfr. R. A. DAHL, *Quanto è democratica la Costituzione americana?*, loc. cit., p. 28, il quale riferisce che *J. Madison* ha riconosciuto che: «*la conclusione, cui siamo tratti, sarà dunque la seguente: che le cause di faziosità non possono venire eliminate e che bisogna, dunque, limitarsi a trovare dei rimedi atti a limitare gli effetti di esse*».

¹¹⁹ Cfr. J. DEWEY, *The Public and its Problems*, New York, H. Holt, 1927, p. 76 (trad. italiana, *Comunità e potere*, Firenze, Ed. La Nuova Italia, 1971). Sul punto v. L. INFANTINO, *Alexis de Tocqueville: metodo, conoscenza e conseguenze politiche*, Roma, Luiss Edizioni, 2002, p. 55 s.

¹²⁰ Cfr. *Il calcolo del consenso*, Bologna, Il Mulino, 1998.

fondo sui meccanismi che concorrono ad influenzare i comportamenti umani, comparando quelli che incidono sull'attività economica (nel mercato) con quelli che incidono sull'attività politica.

La loro constatazione finale, che collima con quella di *J. Dewey*, sopra riportata è che:

*«Il passaggio a un'attività diversa da quella esercitata sul mercato non può in se stesso mutare la natura dell'uomo, che è il medesimo attore in entrambi i processi»*¹²¹.

In effetti, tanto la storia, quanto la cronaca di tutti i giorni possono fornire cospicua documentazione probatoria al riguardo. La seguente ulteriore osservazione degli stessi *Buchanan e Tullock*¹²²:

«Quando la macchina del governo assorbe direttamente circa un terzo del prodotto nazionale, quando determinati gruppi di interesse riconoscono con chiarezza i "profitti" derivanti dall'azione politica e quando gran parte delle leggi esercita un differente impatto, suscettibile di essere misurato, su specifici gruppi all'interno della popolazione (...)»

aiuta a comprendere facilmente perché si formino gruppi di pressione intenzionati a condizionare la gestione politica e l'attività di governo.

E questi inconvenienti aumentano in modo pericoloso quando i gruppi di pressione agiscono in collaborazione con partiti politici bene organizzati facenti parte della maggioranza che controlla tanto il potere legislativo quanto il potere esecutivo.

In effetti, alle ricerche e alle elaborazioni teoriche degli studiosi appena citati, possono essere aggiunti, ripetiamo, numerosi esempi tratti dalla esperienza accumulata nel corso di decenni, in tutti gli Stati democratici, che confermano senza difficoltà le preoccupazioni sopra riferite¹²³.

Si può quindi concludere, sulla base delle considerazioni sopra svolte, che anche una struttura istituzionale nella quale venga correttamente applicato il sistema democratico basato su libere elezioni, sulla rappresentanza dei cittadini e sul governo della maggioranza, non necessariamente è in grado di offrire garanzie certe di tutela dei diritti e degli interessi della generalità dei cittadini.

3. PROPOSTE DI SOLUZIONE DEL PROBLEMA

La necessità di trovare meccanismi istituzionali in grado di consentire un'efficace tutela degli interessi della generalità dei cittadini, evitando i con-

¹²¹ Cfr. *Il calcolo del consenso*, cit. supra, nota 120, p. 68. V. anche le considerazioni di J. A. SCHUMPETER riportate supra, nota 81.

¹²² Cfr. *Il calcolo del consenso*, loc. cit., p. 68.

¹²³ A ben vedere, anche questi aspetti erano già stati lucidamente considerati da Platone, cfr. *Repubblica, Libro I*, in *Opere*, Bari, Laterza, 1966, vol. II, 339^o, il quale conclude che: «in ogni caso, per chi sappia ben ragionare, il giusto è sempre l'identica cosa: l'utile del più forte». Sul punto v. A. M. IACONO, *Autonomia, potere, minorità*, Milano, Feltrinelli, 2000, p. 42 ss.

dizionamenti imposti da gruppi di pressione organizzati destinati ad influenzare la gestione del potere politico, ha spinto gli studiosi a suggerire rimedi adeguati¹²⁴. Certamente dovrà trattarsi di rimedi di tipo diverso a seconda del sistema istituzionale nel quale essi devono trovare applicazione.

In un sistema istituzionale nel quale l'azione dei gruppi di pressione organizzata può essere pilotata con molta efficacia, diventa però difficile contrastarla intervenendo con successo sui meccanismi che servono per far funzionare il sistema decisionale in modo corretto ed equo¹²⁵.

A questo proposito, per quanto riguarda il sistema istituzionale americano, Buchanan e Tullock, al termine del loro libro *«Il calcolo del consenso»*, sopra menzionato, ritengono possibile ed auspicabile che alcuni correttivi vengano in futuro introdotti, ma non indicano quali e in che modo dovrebbero essere applicati. La loro convinzione, che viene di seguito riportata, si traduce quindi in una moderata espressione di fiducia nelle capacità dell'uomo di migliorare razionalmente l'organizzazione istituzionale della società nella quale deve vivere.

Secondo tali Autori, infatti¹²⁶: *«La nostra analisi segna il ritorno a una visione integrata dei problemi economici e politici dell'organizzazione sociale, avendo ben chiaro che la democrazia costituzionale nel suo senso moderno è nata insieme all'economia di mercato. Con i filosofi illuministi condividiamo la fiducia nella possibilità che l'uomo possa razionalmente organizzare la società in cui vive, che l'organizzazione esistente sia sempre suscettibile di essere perfezionata, e che nessun aspetto dell'ordine sociale debba rimanere immune dalla discussione razionale sorretta dall'intelligenza critica. La ragione umana è schiava delle passioni: solo riconoscendo questo, l'uomo può organizzare le relazioni con i propri simili in modo tale da riuscire a massimizzare il mutuo vantaggio che deriva dall'interdipendenza sociale»*.

Le conclusioni di Buchanan e Tullock, sopra riportate, ci agevolano nella successiva riflessione sui punti che riteniamo importanti per il prosieguo del nostro ragionamento.

Come sappiamo, il sistema democratico, basato tanto sulle libere elezioni che consentono ai cittadini di essere rappresentati quanto sul governo della maggioranza, ha consentito agli Stati che l'hanno introdotto e praticato, di realizzare, a favore della generalità dei propri cittadini, risultati incomparabil-

¹²⁴ Su questo tema insiste molto F. ZAKARIA, *Democrazia senza libertà*, cit. supra, nota 90, p. 205 ss.

¹²⁵ Cfr. C. CROUCH, *Postdemocrazia*, Roma-Bari, Laterza, 2003, p. 21 ss.: *«I gruppi di interesse che si contrappongono a quelli dell'impegno politico sono cresciuti considerevolmente negli ultimi tempi. Questo è in parte il riflesso delle difficoltà che sta vivendo la democrazia e del diffuso scetticismo sulle sue capacità. Il fenomeno è tipico degli Stati Uniti, dove il disgusto della sinistra per il monopolio esercitato sulla politica dai potentati economici si unisce al rifiuto di un governo "grosso" da parte della destra, che preferisce celebrare le virtù civili non politiche»*.

¹²⁶ Cfr. *Il calcolo del consenso*, cit. supra, nota 120, p. 399.

mente più importanti e vantaggiosi rispetto a quelli realizzati in qualunque altro Stato gestito con un sistema istituzionale diverso.

Ammessa, quindi, questa indiscutibile superiorità del sistema democratico da cui bisogna partire, occorre riconoscere che per introdurre nell'organizzazione istituzionale di uno Stato i miglioramenti auspicati da *Buchanan* e *Tullock*, nelle considerazioni finali sopra riportate, diventa necessario apportare alcune varianti in grado di rendere possibile la massima tutela degli interessi della generalità dei cittadini.

Volendo raggiungere tale obiettivo, occorrerà studiare il modo di attenuare gli inconvenienti che l'applicazione dei principi sopra richiamati consente di creare, rendendo purtroppo possibile, come l'esperienza insegna, invece della tutela degli interessi della generalità dei cittadini, la tutela degli interessi della maggioranza che gestisce il potere¹²⁷.

Si ritorna quindi alla questione fondamentale che *Karl Popper* ha posto nel suo capolavoro *La società aperta e i suoi nemici*.

Afferma infatti *Karl Popper*¹²⁸:

«È tempo ormai che ci si renda conto che la domanda: «Chi deve esercitare il potere nello Stato?» importa ben poco rispetto alla domanda: «Come è esercitato il potere» e «Quanto è il potere esercitato?».

Dobbiamo renderci conto che, in sostanza, tutti i problemi politici sono problemi istituzionali, problemi di struttura legale, piuttosto che di persone, e che il progresso verso una maggiore uguaglianza può essere salvaguardato soltanto mediante il controllo istituzionale del potere».

Le considerazioni di *Popper*, che ci sembrano molto convincenti, possono fornire un valido sostegno alla tesi che fin qui si è cercato di svolgere.

Ovviamente, la decisione su quale sia il modo più adeguato per attuare «il controllo istituzionale del potere» dipenderà dal sistema istituzionale che gestisce il potere sul quale si vorrà incidere¹²⁹.

¹²⁷ Cfr. K. POPPER, *La Società aperta e i suoi nemici*, Roma, Armando Editore, 1973, vol. I, p. 179. Appare interessante e molto valida, a questo proposito, l'osservazione di H. Kelsen, *I fondamenti della democrazia (Democrazia e religione)*, in *La democrazia*, Il Mulino, 1998, p. 276, secondo cui la democrazia è la forma di governo adatta per realizzare la libertà e l'uguaglianza degli individui precisando però che: «se si debbono realizzare valori sociali diversi dalla libertà e dall'uguaglianza dei membri della comunità, come ad esempio la potenza della nazione, la democrazia può non essere la forma di governo adatta». Per quanto riguarda la tutela degli interessi dei cittadini degli Stati Uniti d'America, un contributo notevole al suo rafforzamento è stato fornito dalla giurisprudenza della Corte Suprema, cfr. A. VESPAZIANI, *Interpretazione del bilanciamento dei diritti fondamentali*, Padova, Cedam, 2002 (v. in particolare il capitolo dedicato a «La cultura giuridica statunitense»).

¹²⁸ Cfr. K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, loc. cit., vol. II, p. 212 (le sottolineature sono nostre). In senso analogo è la convinzione di I. KANT, *Per la pace perpetua*, Milano, Rusconi, p. 77, «Per il popolo, però, è incomparabilmente più importante il modo di governare che la forma dello Stato (sebbene dipenda in gran parte anche da quest'ultima la maggiore o minore adeguatezza del modo di governare al fine».

¹²⁹ In ogni caso occorrerà tener presente la celebre massima di *Montesquieu*, contenuta nel Libro XI di *Lo spirito delle leggi*, cit. supra, nota 66, p. 274 secondo cui: «È però un'esperienza e-

Se si tratta, infatti, di incidere sul potere così come esso viene gestito, ad esempio, nel sistema vigente negli Stati Uniti d'America, occorrerà tener conto, in modo adeguato, dei meccanismi che operano in tale sistema¹³⁰.

Proprio con riferimento alla situazione degli Stati Uniti, in un recente saggio dal titolo «*Il prezzo della civiltà*», un economista americano¹³¹ ha elencato i quattro settori (armamenti, energia, finanza e sanità) nei quali si sviluppano le perniciose connessioni tra imprese private e pubblici poteri, che condizionano la politica degli Stati Uniti d'America, sulle quali occorrerà incidere se si intende consentire al Paese di assistere ad un vero rilancio economico e sociale in grado di offrire vantaggi oggettivi alla generalità dei cittadini¹³².

Secondo tale Autore, solo incidendo sulle quattro connessioni appena indicate sarà possibile consentire agli Stati Uniti di ri-orientare lo sviluppo socio-economico verso obiettivi equi e meno squilibrati.

Ovviamente, in altri Stati, diversi dagli Stati Uniti e, in particolare, in quelli nei quali operano forme di democrazia parlamentare, gli obiettivi sopra indicati potranno essere raggiunti incidendo in altro modo e con altri strumenti sui meccanismi di gestione del potere e su altre forme di connessione ugualmente perniciose.

Per quanto riguarda l'Italia, riteniamo che, alla luce di tutto quanto in precedenza esposto, la connessione perniciosa sulla quale occorrerà incidere, è costituita dal legame che unisce le persone che esercitano il potere legislativo a quelle che esercitano il potere esecutivo per il tramite dei partiti politici.

Questi aspetti saranno esaminati nei successivi paragrafi.

terna, che ogni uomo il quale ha in mano il potere, è portato ad abusarne fino a quando non trova limiti».

¹³⁰ Cfr. F. ZAKARIA, *Democrazia senza libertà*, cit. supra, nota 90, p. 313 che svolge stimolanti considerazioni. Ovviamente in alcuni Stati, come nel Regno Unito, nel quale il Parlamento ha un «potere sovrano» (cfr. W. BAGEHOT, *La Costituzione inglese*, Bologna, Il Mulino, 1995) si potrà far ricorso a strumenti diversi e specifici.

¹³¹ J. D. SACHS, *Il prezzo della civiltà*, Torino, Codice Edizioni, 2012, pp. 116 e 117.

¹³² Secondo J. D. SACHS, la prima connessione perniciosa riguarda l'apparato militare pubblico e l'industria privata che fornisce gli armamenti. Le forze di chi controlla l'apparato militare, collegate a quelle di chi detiene l'industria degli armamenti, gestiscono operazioni del valore di decine di miliardi di dollari, condizionando pesantemente la politica degli Stati Uniti. La seconda connessione è quella tra il sistema finanziario (banche, fondi di investimento, organismi finanziari, etc.) e il Governo degli Stati Uniti. La prassi vuole che molti esponenti del mondo finanziario assumano le funzioni di consiglieri del Governo, al servizio di un determinato Presidente, rientrando poi nei ranghi degli stessi Enti finanziari di provenienza non appena il loro mandato di consigliere è venuto a cessare. È evidente il conflitto di interessi: spesso si sono dimostrate pericolose le iniziative di questi esperti quando sono intervenuti su questioni riguardanti l'attività degli organismi finanziari. La terza connessione è quella tra l'industria del petrolio e l'industria dei trasporti, da un lato, e il potere politico, dall'altro lato. Anche queste forze combinate possono condizionare in modo notevole l'attività degli organi pubblici che devono decidere. La quarta ed ultima connessione è quella tra potere politico (Governo) e settore della sanità. In tale settore sono coinvolte le industrie farmaceutiche, le società di assicurazione, gli ospedali, le associazioni dei medici professionisti e le scuole di medicina. Anche in questo caso l'influenza esercitata sulle decisioni politiche dalle forze coalizzate è enorme.

IV. Il «Governo dei tecnici» nell'ordinamento giuridico italiano

1. I RIMEDI PROPOSTI

Dalle considerazioni in precedenza svolte si desume che un rimedio efficace cui è possibile ricorrere, all'interno di una democrazia parlamentare, per evitare il sorgere e la diffusione degli inconvenienti sopra descritti, è quello di separare in modo netto il potere legislativo dal potere esecutivo, vietando ai rappresentanti delle forze politiche, che diventano membri del Parlamento, di far parte del Governo sia come ministri sia come sottosegretari.

Un rimedio del genere dovrebbe in ogni caso applicarsi in Italia, in considerazione della gravità degli abusi che la gestione del potere da parte dei partiti politici, per il tramite dei propri rappresentanti, presenti sia in Parlamento sia nel Governo, ha finora provocato, come la storia del nostro Paese purtroppo insegna¹³³.

Poiché in base al nostro sistema costituzionale, come abbiamo ricordato, il Capo dello Stato ha il potere di nominare il Primo ministro, come Capo del Governo e, in seguito, i Ministri dell'intero Governo, tale potere può continuare ad essere esercitato in modo legittimo indipendentemente dall'esistenza del divieto sopra menzionato: il problema, sotto il profilo formale, per il Capo dello Stato sarà pertanto quello di individuare la personalità più adatta ad assumere l'incarico di Primo ministro¹³⁴. Una volta individuato e nominato il Primo ministro, la scelta dei ministri che dovranno comporre il Governo spetterà a quest'ultimo (cfr. art. 92 della nostra Costituzione).

¹³³ La permanente aspirazione di molti parlamentari italiani a diventare ministri o sottosegretari è stata sistematicamente criticata da G. SARTORI e, in particolare, nel suo libro *Elementi di teoria politica*, Bologna, Il Mulino, 1987, nel quale, a p. 237, così si esprime: «Visto che non è chiaro che cosa il parlamentare come tale sia tenuto a fare e a non fare, e visto che al giorno d'oggi il Parlamento si colloca a ridosso del Governo, ne consegue che un buon numero di parlamentari (non tutti, si intende) siede in Parlamento non tanto per fare il parlamentare, quanto per essere promosso a governante. Ho già accennato a questo dolente tasto (dolentissimo in Italia) ma occorre insistere, perché un Parlamento non può che creare disfunzioni gravissime in tutto il sistema se i parlamentari non vengono obbligati a fare il loro mestiere e si sentono invece in una specie di anticamera ministeriale: vale a dire si sentono tenuti a dover diventare ministri – o quantomeno sottosegretari – per dimostrare di essere parlamentari riusciti, onorevoli di primo piano». Per quanto riguarda il numero dei sottosegretari da inserire nel Governo, è noto che esso è sempre dipeso dalla necessità di far entrare nel Governo tutti gli esponenti delle diverse correnti dei partiti che lo sostengono. Più numerose sono le correnti più numerosi saranno i sottosegretari. A questo proposito è pertinente ricordare un'altra folgorante battuta di Leo Longanesi: «È più facile assumere un sottosegretario che una responsabilità».

¹³⁴ Individuare la persona più adatta ad assumere un tale ruolo non sarà semplice in ogni caso. Facendo riferimento alle figure di *uomo di Stato* e di *uomo di Governo* brillantemente descritte da G. MOSCA (cfr. *infra*, nota 137 e nota 138), la scelta dovrà tener conto delle caratteristiche di entrambe, considerato che, come precisa lo stesso G. MOSCA, *Elementi di scienza politica*, cit. *supra*, nota 95, p. 1069: «È difficile assai che, in tempi normali, nella lotta per la preminenza, che avviene fra coloro che aspirano ad arrivare ai posti supremi, riportino la vittoria i filosofi, come Platone li concepiva. Prima di tutto perché, molto spesso, la vera saggezza non eccita l'ambizione ma la smorza e poiché le alte qualità del carattere e dell'intelletto non li avvicinano, ma piuttosto li allontanano, dalle cariche più elevate».

Ma la nomina del Primo ministro, in presenza di un divieto di far entrare nel Governo i membri del Parlamento, divieto che contrasta chiaramente con la prassi finora seguita in Italia e con la tradizione, costituirebbe un evidente problema per un Capo dello Stato che viene, esso stesso, eletto dai membri del Parlamento, come è previsto dalla nostra Costituzione (cfr. art. 83).

Attualmente, non esistendo alcun divieto del genere nel nostro ordinamento, tale problema è stato superato in conseguenza degli impegni di carattere economico-politico che la crisi finanziaria internazionale ha imposto all'Italia di assumere.

In effetti, poiché nominare il Primo ministro significa scegliere una personalità che dovrà fornire tutte le garanzie, non solo di competenza tecnica ma anche di equilibrio, di serietà e di onestà per far fronte adeguatamente agli impegni da assumere, diventa necessario che il Capo dello Stato, perché sia veramente libero da condizionamenti nell'operare tale scelta, venga messo al riparo da ogni sospetto. È quindi naturale che il modo più efficace per raggiungere questo obiettivo sarebbe quello di far scegliere il Capo dello Stato direttamente dal popolo italiano mediante una procedura di votazione a suffragio universale.

2. LE MODIFICHE NECESSARIE

Si comprende, pertanto, che per rendere possibile l'elezione del Capo dello Stato, da parte del popolo italiano, mediante una libera votazione, occorrerà procedere ad un'apposita modifica della nostra Costituzione. Per la verità, proposte in tal senso, anche se con obiettivi diversi, sono state presentate da alcune parti politiche¹³⁵.

Se l'introduzione di una norma sulla scelta del Capo dello Stato mediante il ricorso ad un'apposita consultazione elettorale, aperta a tutti i cittadini, richiede necessariamente una specifica modifica della nostra Costituzione, una modifica della Costituzione non appare invece necessaria per introdurre il divieto per i membri del Parlamento di far parte del Governo in qualità di Ministri o di sottosegretari.

Per introdurre una modifica del genere, sarebbe infatti sufficiente il ricorso ad una legge ordinaria che stabilisca l'incompatibilità tra le due funzioni, vietando ai membri del Parlamento di far parte contemporaneamente del Governo (e viceversa)¹³⁶.

¹³⁵ Come indicato in R. BIFULCO - A. CELOTTO - M. OLIVETTI (a cura di), *Commentario alla Costituzione*, cit. supra, nota 63, p. 1652: «Il progetto predisposto dalla III Bicamerale [nel 1997] costituisce il più importante tentativo d'introdurre l'elezione popolare del Presidente della Repubblica da quando venne accolto il sistema d'elezione vigente. Esso prevedeva l'elezione diretta a suffragio universale e a maggioranza assoluta del Presidente della Repubblica, con ricorso al ballottaggio al secondo turno se nessuno dei candidati avesse ottenuto i voti necessari per essere eletto».

¹³⁶ Per quanto riguarda gli Stati Uniti d'America, considerata la particolare forma istituzionale

Con tali due modifiche si otterrebbero due risultati sicuri ed altrettanto vantaggiosi.

a. *Effetti della prima modifica*

Grazie alla prima modifica, il Capo dello Stato, venendo eletto direttamente dal popolo, acquisirà un prestigio indiscusso agli occhi dei cittadini, che gli consentirà di procedere ad una scelta consapevole del Primo ministro, senza il timore di essere sospettato di favorire interessi di corrente o di partito.

Una scelta operata da un Capo dello Stato eletto direttamente dal popolo conferirebbe, senz'altro, alla persona incaricata, come Primo ministro, di formare il Governo e di assumerne la guida, maggior sicurezza e serenità nella selezione dei membri del Governo e una maggior forza, anche sotto il profilo psicologico, per resistere ai tentativi di condizionamento esercitati dai più diversi gruppi di pressione¹³⁷.

Un Primo ministro che potesse quindi beneficiare di queste favorevoli condizioni di partenza¹³⁸, avvalendosi dell'apporto di ministri non imposti dai partiti politici, sarebbe certamente in grado di affrontare i problemi di carattere socio-economico-politico con maggiore equilibrio ed autorità, disponendo del tempo necessario per studiarli, diversamente da quanto si è verificato in

che attribuisce al Presidente il potere esecutivo (in sostanza il Governo è rappresentato dal Presidente e i "Ministri" sono dei collaboratori del Presidente), l'incompatibilità è prevista espressamente nella Costituzione, come più avanti si dirà, cfr. *infra*, nota 156.

¹³⁷ Sarebbe ovviamente un successo se la scelta del Primo ministro potesse cadere su una personalità in grado di vantare le qualità che Gaetano Mosca attribuisce all'uomo di Stato. Secondo G. MOSCA, *Elementi di scienza politica*, cit. *supra*, nota 95, p. 1067: «Uomo di Stato è colui che per la vastità delle sue cognizioni o per la profondità delle sue vedute acquista una coscienza chiara e precisa dei bisogni della società in cui vive e che sa trovare la via migliore per condurla, con le minori scosse e con le minori sofferenze possibili, alla meta alla quale deve, o almeno potrebbe, arrivare».

¹³⁸ Nell'ipotesi in cui non fosse possibile trovare una personalità con le qualità dell'uomo di Stato (così come descritta nella precedente nota) G. MOSCA, *Elementi di scienza politica*, loc. cit., p. 1068, si accontenta dell'uomo di Governo: «Uomo di Governo è colui che ha le qualità richieste per arrivare ai posti più elevati della gerarchia politica e per sapervi restare. È una vera fortuna per i popoli quando alla loro testa vi sono persone che alle qualità eminenti e rare dell'uomo di Stato sanno accoppiare quelle secondarie, ma indispensabili, dell'uomo di Governo, ed è una fortuna meno grande, ma pure ragguardevole, quando i loro uomini di Governo sanno trarre profitto dalle vedute degli uomini di Stato». Dell'uomo di Stato e dell'uomo di Governo si è occupato anche A. SMITH, *La ricchezza delle nazioni*, Torino, Utet, 1979, p. 598 laddove, accomunando le due figure, parla di: «quell'insidioso e astuto animale volgarmente chiamato uomo di Stato o politico, i cui giudizi sono ispirati dalle circostanze del momento». Come si vede, per A. SMITH non c'è differenza tra uomo di Stato e uomo di Governo che vengono entrambi qualificati in modo dispregiativo come "politici". J. RAWLS, al contrario, tiene distinte le due figure con una felice battuta che probabilmente risale ad ALCIDE DE GASPERI, cfr. *Il diritto dei popoli*, Torino, Edizioni di Comunità, 2001, p. 130: «l'ideale dello statista è riassunto nel detto: il politico pensa alle prossime elezioni, lo statista alla prossima generazione». Volendo rimanere sul terreno dell'ironia, possiamo anche aggiungere una plastica descrizione delle due figure effettuata da Indro Montanelli in un suo famoso «Controcorrente», nel quale ha così dipinto lo statista e il politico: «Quando Andreotti e De Gasperi andavano in chiesa, De Gasperi si inginocchiava davanti all'altare e parlava con Dio, mentre Andreotti andava in sagrestia a parlare con il prete».

passato e si sta verificando con l'esperimento di Governo attualmente in corso, che viene condotto sotto l'assillo di scadenze continue e in permanente stato di emergenza.

b. Effetti della seconda modifica

La seconda modifica, consistente nella separazione effettiva tra i due poteri (esecutivo e legislativo), nel senso sopra visto, consentirebbe in particolare ai due organi che, rispettivamente, li esercitano, di mettere a fuoco, con maggior solerzia e precisione e con un approfondimento maggiore, i vari problemi da affrontare e risolvere.

Per quanto riguarda il potere legislativo, la possibilità di procedere ad un maggior approfondimento dei problemi da risolvere, verrebbe oltretutto agevolata dalla nuova composizione che finirà per assumere il Parlamento, in considerazione delle funzioni che i suoi membri dovranno esercitare.

Infatti, dovendo il Parlamento concentrarsi sull'esercizio del solo potere legislativo, perché i suoi membri non potranno esercitare il potere esecutivo, essendo esclusi dal Governo, le loro funzioni verranno esercitate con taglio diverso, divenendo diversa l'attività che i partiti politici di appartenenza dovranno svolgere.

I partiti, infatti, vedrebbero ridimensionata, nella gestione degli affari politici, l'ampiezza dei loro poteri rispetto al passato. Come sappiamo, i partiti hanno sempre avuto la possibilità di esercitare il potere politico praticamente senza limiti e senza vincoli, tramite i propri rappresentanti sapientemente collocati sia nel Parlamento, sia nel Governo sia negli enti regionali e locali (come pure all'interno della Pubblica Amministrazione in tutte le sue articolazioni: uffici ministeriali, imprese partecipate, ospedali, università, etc.).

A tale proposito appare illuminante la *confessione* del Segretario generale del Partito comunista italiano *Enrico Berlinguer*, ripresa nel testo della famosa intervista rilasciata ad Eugenio Scalfari e pubblicata su *La Repubblica* del 28 luglio 1981: «*I partiti hanno occupato lo Stato e tutte le sue istituzioni, a partire dal governo. Hanno occupato gli enti locali, gli enti di previdenza, le banche, le aziende pubbliche, gli istituti culturali, gli ospedali, le università, la Rai TV, alcuni grandi giornali. (...) Insomma, tutto è già lottizzato e spartito o si vorrebbe lottizzare e spartire. E il risultato è drammatico. Tutte le "operazioni" che le diverse istituzioni e i loro attuali dirigenti sono chiamati a compiere vengono viste prevalentemente in funzione dell'interesse del partito o della corrente o del clan cui si deve la carica. Un credito bancario viene concesso se è utile a questo fine, se procura vantaggi e rapporti di clientela; un'autorizzazione amministrativa viene data, un appalto viene aggiudicato, una cattedra viene assegnata, un'attrezzatura di laboratorio viene finanziata,*

se i beneficiari fanno atto di fedeltà al partito che procura quei vantaggi, anche quando si tratta soltanto di riconoscimenti dovuti»¹³⁹.

La riduzione della pressione dei partiti sul Governo e, conseguentemente, sull'esercizio del potere politico, non può pertanto che recare sicuri benefici al sistema italiano che, come è noto, proprio dai partiti è stato dominato, i quali hanno ricevuto anche l'interessato sostegno delle forze sindacali e della burocrazia¹⁴⁰.

La riduzione dei poteri esercitati dai partiti, che non potranno più imporre propri rappresentanti nel Governo, renderà anche naturale l'introduzione di appositi cambiamenti nella selezione dei candidati al Parlamento.

Riducendosi, infatti, la possibilità dei partiti di influenzare concretamente l'esercizio del potere esecutivo, tramite la partecipazione al Governo, finirà anche per cambiare l'approccio dei suoi rappresentanti che partecipano alla competizione politica, dato che, in caso di elezione, i parlamentari dovrebbero svolgere in Parlamento unicamente la funzione di legislatori e quella di controllori dell'attività politica del Governo, dal quale rimarrebbero in ogni caso esclusi¹⁴¹.

¹³⁹ Cfr. inoltre A. QUADRIO CURZIO, *Noi, l'economia e l'Europa*, Bologna, Il Mulino, 1996, p. 34: «La classe politico-partitica manteneva così il consenso al suo interno e nel Paese attraverso un sistema via via più perfetto e perverso di consociativismo». Cfr. anche F. CAPELLI, *L'euro nell'ordinamento dell'Unione europea*, Napoli, Editoriale Scientifica, 1999, p. 57 ss. (capitolo: *L'euro e l'Italia*); v. infine S. ROSSI, *La politica economica italiana, 1968-1998*, Bari, Laterza, 1998, pp. 103-104: «Non è difficile vedere in questa anomalia il risultato di uno scambio politico fra i "poteri forti" dell'Italia dello scorso trentennio: gli apparati dei partiti, soprattutto di quelli specializzati nella gestione privatistica dell'impiego pubblico, i sindacati, le grandi imprese pubbliche e private».

¹⁴⁰ Osserva G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, cit. supra, nota 133, p. 235: «Al posto dei tre poteri tradizionali troviamo cinque centri di potere – partito, sindacato, parlamento, governo, burocrazia – che fanno funzionare il sistema, grosso modo, così: come un sistema di negoziazione a molteplici passaggi tra organi e centri di potere a competenze promiscue». Luigi Sturzo, nel suo intervento al Senato della Repubblica in data 11 luglio 1958 ha così concluso, in modo profetico, sul controllo dei partiti: «è sempre necessario che una legge regoli le finanze dei partiti, ne proibisca i finanziamenti da parte di enti pubblici e di imprese private, ne renda pubblici i bilanci, fissi il massimo che ciascun candidato possa ricevere ed erogare per le spese elettorali, pena la decadenza dal mandato. Se non si arriva ad affrontare con coraggio la situazione, non solo le elezioni politiche, ma anche le municipali, le provinciali e le regionali saranno inficiate dalla corruzione. Non ci illudiamo: la libertà finirà con l'essere incatenata dalla corruzione dell'attività politica». Luigi Sturzo ha previsto esattamente ciò che sarebbe avvenuto in Italia negli anni a venire.

¹⁴¹ Come riferisce CLAUDE-HENRI DE SAINT-SIMON, *Della riorganizzazione della società europea*, in *Opere*, Torino, Utet, 2007, p. 176, MONTESQUIEU, ne *Lo spirito delle leggi*, cit. supra, nota 66, Libro XIX, Capitolo XXVII, sosteneva che: «è l'istituzione che forma gli uomini». Quale sia invece il modo di operare e, in realtà, di vivere dei parlamentari italiani nell'attuale contesto politico-istituzionale, viene efficacemente descritto da G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, loc. cit., p. 229: «il parlamentare della seconda metà del XX Secolo vive in uno stato di surmenage cronico. E questo è il male invisibile che sta all'origine dei mali visibili. Perché in queste condizioni il parlamentare viene ipso facto assorbito, se non stritolato, dall'ingranaggio». Inoltre, a causa della vita che essi conducono «i parlamentari non hanno un minuto di tempo per raccogliersi, per pensare, per riflettere, per approfondire un problema, per informarsi. Sono persone mentalmente estenuate». Come si può desumere da questa descrizione, il parlamentare italiano, a causa dei troppi impegni, dentro e fuori il Parlamento, è sempre indaffarato e costretto a condurre un'esistenza molto dispersiva che lo porta a vivere alla giornata. Poiché si trova sommerso e travolto dalla quotidianità è indotto a reagire in modo epidermico ad ogni stimolo, senza un momento di pausa o di distacco, dovendo assicurare la propria presenza costante in ogni evento, anche marginale, che possa offrirgli l'occasione di essere ripreso dalla stampa e dagli altri mezzi di comunicazione.

Ciò renderebbe, oltretutto, anche meno rilevante e drammatica la necessità di scegliere una determinata legge elettorale in luogo di un'altra.

Come si sa, il solo obiettivo che ogni partito politico costantemente persegue, nella scelta della legge elettorale da applicare per l'elezione dei membri del Parlamento, è quello di farne approvare una che gli procuri il massimo dei voti.

Una scelta azzeccata della legge elettorale può essere, infatti, determinante per consentire ad un partito (o ad una coalizione di partiti) di raggiungere la maggioranza dei seggi in Parlamento, necessaria per formare il Governo e conquistare il potere¹⁴².

Se, però, nell'ipotesi di una separazione dei poteri nel senso in precedenza indicato e sopra descritto, i membri del potere legislativo (Parlamento) non potessero far parte del potere esecutivo (Governo), il raggiungimento dell'eventuale maggioranza dei seggi in Parlamento, non potrebbe più rappresentare l'obiettivo fondamentale da sempre perseguito, perché la conquista della maggioranza consentirebbe, certo, di condizionare il processo di adozione delle leggi, ma non di conquistare l'intero potere tramite la formazione del nuovo Governo.

In altre parole e più precisamente, i rappresentanti del partito (o della coalizione di partiti) che, vincendo le elezioni, conquistano la maggioranza dei seggi all'interno del Parlamento, potranno, nell'esercizio del potere legislativo, unicamente condizionare l'attività del Governo, decidendo se approvare o respingere le proposte di legge da esso presentate, anche negandogli la fiducia, ma non potranno più esercitare il potere politico, in senso ampio, come finora è avvenuto.

Di conseguenza, il comportamento dei rappresentanti del partito (o della coalizione di partiti) che ottiene la maggioranza dei seggi in Parlamento, nell'ipotesi qui esaminata, sarebbe probabilmente destinato a trasformarsi, assumendo un taglio e un tono meno virulenti, meno aggressivi e più equilibrati, propri di chi si trova impegnato a decidere sulla rilevanza e sull'adequatezza di una proposta di legge (da approvare o da respingere) e non, come sistematicamente si è verificato in passato, quelli di chi decide se approvare o respingere una proposta di legge unicamente per rendere possibile la sconfitta del partito avversario o la caduta del Governo¹⁴³.

¹⁴² Le polemiche grottesche sui cambiamenti da apportare all'attuale legge elettorale, alle quali i cittadini italiani stanno assistendo, forniscono la misura del livello culturale raggiunto all'interno dei partiti politici.

¹⁴³ Quella indicata nel testo è la funzione normalmente svolta dai partiti che aspirano al potere dato che, come precisa H. Kelsen, *Essenza e valore della democrazia* (in *La Democrazia*, cit. supra, nota 114, p. 66): «I partiti non rappresentano che interessi di gruppi di individui ed hanno, quindi, per base l'egoismo». Sui difetti e sulle colpe dei partiti, cfr. S. WEIL, *Manifesto per la soppressione dei partiti politici*, Roma, Castelvelli, 2012, *passim*. In realtà la degenerazione dei partiti e la loro trasformazione in organismi strutturati in modo oligarchico con il soffocamento dei principi democratici, i soli in grado di assicurare la tutela degli interessi generali, erano state previste un secolo fa da ROBERT MICHELS, *La sociologia del partito politico nella democrazia moderna*, Bologna, Il Mulino, 1976. Sulla rilevanza del contributo di R. Michels, v. B. MANIN, *Principi del*

Ovviamente un cambiamento del genere nell'affrontare i problemi all'interno del Parlamento, troverebbe la sua giustificazione nel fatto che anche il rigetto di una proposta di legge, con la conseguente caduta del Governo, non consentirebbe in ogni caso alla maggioranza di creare un nuovo Governo da insediare al posto di quello che è stato sconfitto.

Si verificherebbe, in sostanza, all'interno del sistema italiano, quanto avviene normalmente all'interno del sistema europeo che abbiamo in precedenza descritto.

Nel contesto istituzionale europeo, come abbiamo visto, dovendo il parlamentare esercitare il solo potere legislativo, finisce per concentrarsi su tale sua funzione, cercando di contribuire, per quanto possibile, al miglioramento delle proposte degli atti normativi da discutere e da approvare.

Un sistema siffatto renderebbe certamente meno litigiosa, più seria e più equilibrata la contesa politica, con la conseguenza di indurre i partiti e i loro rappresentanti, che si confrontano sul terreno politico, a pensare maggiormente all'interesse della generalità dei cittadini, piuttosto che al proprio interesse e a quello dei propri elettori¹⁴⁴.

In ogni caso, i principi cardine della democrazia verrebbero rispettati, sia perché qualunque proposta di legge presentata dal Governo che non ottenga la maggioranza dei voti in Parlamento, non potrà diventare legge, sia perché la maggioranza, all'interno del Parlamento, avrà sempre il potere di negare la fiducia al governo, provocandone la caduta.

governo rappresentativo, cit. *supra*, nota 90, p. 230 ss. nonché M. REVELLI, *Finale di partito*, Torino, Einaudi, 2013, p. 38 ss. Gli ulteriori sviluppi della degenerazione dei partiti in Italia sono stati ampiamente descritti in testi recenti che ne hanno messo evidenza le aberranti anomalie, cfr. S. RIZZO - G. A. STELLA, *La casta*, Milano, Rizzoli, 2007; C. A. BRIOSCHI, *Il malaffare*, Milano, Longanesi, 2007; G. A. STELLA, *Lo spreco*, Milano, Baldini & Castoldi, 1998; F. ASTONE, *Senza padri*, Milano, TEA, 2011. Tale degenerazione ha preparato il terreno alle reazioni di protesta dei cittadini e spiega il successo dei movimenti populistici, cfr. G. CASALEGGIO - B. GRILLO, *Siamo in guerra (per una nuova politica)*, Milano, Chiarelettere, 2011.

¹⁴⁴ Che è la principale funzione da sempre svolta dai rappresentanti dei partiti che esercitano l'attività politica a tempo pieno, cfr. A. PANEbianco, *Modelli di partito*, Bologna, Il Mulino, 1982, pp. 412-413: «Nel funzionario a tempo pieno si identifica, di solito, il prototipo del "professionista della politica", di colui che "vive di politica" secondo la definizione weberiana». Orbene, questi professionisti della politica sono quelli che A. QUADRIO CURZIO, *Noi, l'economia e l'Europa*, cit. *supra*, nota 139, p. 43, ha definito "Rentiers della politica": «I rentiers della politica, noti soprattutto per aver messo a punto il meccanismo di prelievo per finanziare i partiti, hanno avuto un ruolo che è andato ben oltre il percepire e il dispensare incarichi in enti pubblici economici, in imprese e banche pubbliche, nel pubblico impiego». Cfr. anche G. PASQUINO, *La classe politica*, Bologna, Il Mulino, 1999, *passim*. Per il finanziamento pubblico dei partiti, per quanto riguarda l'enorme sproporzione tra gli importi dei finanziamenti spettanti e quelli effettivamente ad essi erogati a titolo di rimborsi elettorali, v. M. REVELLI, *Finale di partito*, cit. *supra*, nota 143, pp. 92-93 dove si precisa: «Il Collegio di controllo sulle spese elettorali della Corte dei Conti ha stimato che su un'erogazione complessiva di 2 miliardi e 253 milioni di euro erogati come "rimborso elettorale" per le campagne comprese tra il 1994 e il 2008, solo 579 milioni (cioè circa un quarto) corrispondevano a spese effettivamente sostenute dai partiti. Il restante miliardo e 600 milioni circa è stato messo a disposizione degli organi dirigenti dei partiti senza alcun vincolo e senza alcun serio controllo (con alcuni casi limite, come quello del 2001 quando a fronte di una spesa di 49 milioni sono stati erogati rimborsi per 476!)».

La differenza sta quindi nel diverso approccio e nel diverso modo di procedere per giungere all'approvazione di una legge.

Ad una proposta di legge ben motivata e solidamente fondata su studi seri ed approfonditi, la maggioranza, all'interno del Parlamento, potrà anche negare l'approvazione, ma gli argomenti utilizzati per respingerla dovranno essere altrettanto validi e fondati.

L'esempio che abbiamo in precedenza segnalato, riferito all'approccio euro-comunitario, basato sui *Libri Verdi* e sui *Libri Bianchi*, è significativo¹⁴⁵.

Nel sistema europeo, può anche avvenire (ed è avvenuto), che una proposta di atto normativo non venga approvata, nonostante la sua validità e la sua fondatezza. Ma nei casi nei quali ciò si è verificato, la maggioranza del Parlamento europeo ha voluto, con la propria decisione di rigetto, attirare l'attenzione dell'opinione pubblica su aspetti diversi da quelli tecnici prevalentemente posti in evidenza nel dibattito parlamentare e nel confronto con gli altri organi coinvolti nella procedura di deliberazione.

Come esempio si può citare il caso della direttiva sulle biotecnologie¹⁴⁶ che, dal punto di vista formale e tecnico, poteva non prestare il fianco a serie critiche, mentre sollevava problemi rilevanti sotto il profilo umano e morale: per questo il Parlamento europeo ne ha bloccato l'approvazione per rendere chiara all'opinione pubblica la complessità del problema da risolvere.

Di contro, nella generalità dei casi, allorquando le proposte di atti normativi sono ben studiate e ben strutturate, come avviene in sede europea, diventa più semplice per le parti contendenti ricorrere al c.d. metodo del «*dissenso ragionevole*», nel senso precisato dal filosofo americano *John Rawls* nel suo libro «*Liberalismo politico*», che sopra abbiamo ricordato¹⁴⁷.

Applicando il principio del «*dissenso ragionevole*» gli esponenti dei partiti, che prendono parte alla discussione in Parlamento, possono trovare «*il punto di equilibrio tra considerazioni contrastanti*», vale a dire un compro-

¹⁴⁵ Cfr. nota 40 e nota 41 della Parte Prima. Come abbiamo già segnalato, la tecnica legislativa che viene seguita dalla Commissione nelle materie molto importanti, prevede l'elaborazione dei noti *Libri Verdi* seguiti dagli altrettanto noti *Libri Bianchi*, che costituiscono, grazie all'apporto scientifico di numerosi centri di ricerca, università, studiosi ed esperti qualificati, nonché di organizzazioni ed associazioni interessate, una fonte preziosissima di dati e di informazioni utili per la predisposizione delle successive proposte di atti da presentare al legislatore comunitario.

¹⁴⁶ La prima proposta di direttiva della Commissione (doc. Com(95)661, in *Guce* n. C 296 dell'8 ottobre 1996, p. 4 ss.) è stata presentata il 25 gennaio 1996; nel 1997, una seconda proposta modificata della Commissione europea (doc. Com(97)446 def, in *Guce* n. C 311 dell'11 ottobre 1997) teneva conto della maggior parte degli emendamenti adottati dal Parlamento europeo in prima lettura. Questi emendamenti esprimevano la preoccupazione che circonda la chiara distinzione tra scoperte e invenzioni in materia di brevettabilità di elementi di origine umana e la necessità di introdurre, in modo appropriato, la dimensione etica nel progetto di direttiva. Il 6 luglio 1998, tre anni dopo, è stata finalmente adottata la direttiva n. 98/44/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 6 luglio 1998 sulla protezione giuridica delle invenzioni biotecnologiche, in *Guce* n. L 213 del 30 luglio 1998, p. 13 ss.

¹⁴⁷ Cfr. nota 44 della Parte Prima.

messo, nel senso che arrivano a concordare una soluzione ragionevole e, generalmente, ad approvare il provvedimento¹⁴⁸.

Se, al contrario, nonostante il ricorso al «*dissenso ragionevole*» la soluzione non viene trovata, la proposta viene rigettata.

Ma se la proposta viene rigettata, come nel caso della proposta di direttiva sulle biotecnologie sopra menzionata, significa che la decisione da adottare comportava la soluzione di problemi così complessi e delicati da renderne impossibile l'approvazione, per cui il rigetto della proposta finisce per fornire la dimostrazione che il Parlamento ha inteso tutelare l'interesse della generalità dei cittadini nel senso più ampio.

In effetti, un Governo che sia in grado di operare effettuando ricerche ben studiate e seriamente approfondite, senza l'assillo permanente di vedersi aggredito e contrastato per motivi unicamente di ordine politico, può elaborare in modo efficace le sue proposte da sottoporre all'approvazione del Parlamento¹⁴⁹.

Tenuto conto inoltre del fatto che l'Italia, facendo parte dell'Unione europea, deve necessariamente affrontare e risolvere, soprattutto sotto il profilo socio-politico e sotto quello economico-finanziario, moltissimi problemi che vengono affrontati anche in sede europea, come sopra abbiamo segnalato, è evidente che il nostro Paese potrà avvalersi anche dell'apporto di studi e di ricerche che l'Unione europea può mettere a disposizione.

V. Valutazioni finali e conclusive

A questo punto, se volessimo formulare un quesito su come dovrebbe essere adeguato il sistema costituzionale italiano, proprio per rendere possibile la tutela degli interessi della generalità dei cittadini, potremmo leggermente modificare quello che *Karl Popper* ha proposto nel suo capolavoro: «*La so-*

¹⁴⁸ Cfr. J. RAWLS, *Liberalismo politico*, cit. supra, nota 88, p. 62. Come riferisce B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, cit. supra in nota 90, p. 236 ss.: «H. Kelsen fa del principio del compromesso la pietra angolare della sua teoria della democrazia, anche se non spiega che cosa motivi i protagonisti a fare tali compromessi».

¹⁴⁹ All'obiezione secondo cui il sistema proposto finirebbe per creare ostacoli all'adozione degli atti, determinando un rallentamento o addirittura un blocco tecnico delle procedure legislative, si può rispondere che, come si è verificato in sede europea, ciò avviene in casi specifici e che a volte è meglio rinviare l'approvazione di una legge piuttosto che approvarne una che si riveli in seguito sbagliata (cfr. nota 31 della Parte Prima). A tale proposito JOHN STUART MILL (*Considerazioni sul governo rappresentativo*, Roma, Editori Riuniti, 1997, p. 83 ss.) riteneva che le proposte da sottoporre all'approvazione del Parlamento potessero addirittura essere formulate da soggetti autonomi in qualità di burocrati od esperti. Con riferimento a tale posizione di J. S. Mill, B. MANIN, *Principi del governo rappresentativo*, cit. supra, nota 90, p. 212, così si esprime: «Come lui stesso sottolineò, il principio del governo rappresentativo non viene violato se le proposte di legge sono di fatto preparate, con o senza discussione, da persone al di fuori dell'assemblea, che non ne sono neppure elette. Questo spiega come mai il governo rappresentativo si sia dimostrato compatibile con lo sviluppo e il ruolo sempre maggiore della burocrazia. Non ha alcuna importanza se le leggi proposte sono vergate principalmente da burocrati o da esperti non eletti, dal momento che nessuna di queste proposte diventa legge se non è stata dibattuta dall'autorità collettiva eletta».

cietà aperta e i suoi nemici»¹⁵⁰: «è possibile organizzare le istituzioni politiche in modo tale da impedire ai governanti incapaci di danneggiare il popolo governato?» trasformandolo nel seguente quesito: «è possibile organizzare le istituzioni politiche così da tutelare nel migliore dei modi l'interesse della generalità dei cittadini, limitando al massimo grado gli errori dei governanti dovuti tanto alla loro incapacità quanto alla loro malafede?»¹⁵¹.

Come abbiamo in precedenza ricordato, nella visione di K. Popper, che riteneva indispensabile un «controllo istituzionale del potere» per rendere possibile «il progresso verso una maggiore uguaglianza [dei cittadini]», il sistema istituzionale deve essere in grado di trovare una risposta valida al quesito da esso formulato e sopra riportato.

Orbene, dagli scritti di K. Popper, come pure dagli scritti dei numerosi altri Autori citati nel presente lavoro, si possono desumere indicazioni utili relativamente al sistema in grado di garantire un effettivo «controllo istituzionale del potere».

Tale sistema dovrebbe essere quello istituzionalmente organizzato in modo da provocare il massimo di «competitività costruttiva» all'interno degli organi che esercitano il potere¹⁵².

Sulla base delle considerazioni in precedenza svolte nel presente lavoro, si può, quindi, concludere che, con ogni probabilità, per quanto riguarda l'Italia, il modo più efficace ed affidabile per rendere possibile un'efficiente competitività costruttiva all'interno degli organi che esercitano il potere, è quello di vietare ai membri del Parlamento di entrare a far parte del Governo, sia come ministri, sia come sottosegretari¹⁵³.

Giovanni Sartori, in una sua opera, più volte in precedenza citata¹⁵⁴, scritta in epoca non sospetta (anno 1987: prima del crollo in Italia dei partiti poli-

¹⁵⁰ K. POPPER, *La società aperta e i suoi nemici*, cit. supra, nota 127, p. 174.

¹⁵¹ Che, in effetti, soggetti "incapaci" o "malintenzionati" o, semplicemente "non impegnati" a perseguire l'interesse della generalità dei cittadini possano entrare a far parte della maggioranza di Governo e siano anche in grado di diventare governanti, è sempre stata, in Italia, storia di tutti i giorni perché non esistono meccanismi istituzionali leciti in grado di impedire che gli incapaci diventino governanti. Soltanto un politologo francese del passato, in un suo libro, ha cercato di suggerire rimedi al riguardo, cfr. F. GUIZOT, *Histoire des origines du gouvernement représentatif en Europe*, Meline Cans, 1851, vol. I, p. 95 ss. A questo proposito occorre però ricordare che, in sede europea, i membri della Commissione (ed il Presidente) sono sottoposti ad un voto di approvazione del Parlamento europeo, prima di essere nominati (cfr. art. 17, par. 7, TFUE). Su questo punto insistono MARIO MONTI e SYLVIE GOULARD nel loro libro «La democrazia in Europa» (*Guardare lontano*), Milano, Rizzoli, 2012.

¹⁵² La competitività costruttiva consiste nel confronto permanente tra posizioni diverse che possono liberamente svilupparsi soltanto in una «Società aperta» così come intesa da K. POPPER. Per certi aspetti può portare a risultati in parte analoghi a quelli ottenuti in base alla teoria della «maggioranza concorrente» sostenuta da J. C. CALHOUN, *Disquisizione sul governo*, cit. in nota 25 della Parte Prima, p. 45 ss. Sulla teoria della maggioranza concorrente cfr. A. PANEbianco, *Il potere, lo Stato, la libertà*, cit. supra, nota 83, p. 224 ss.

¹⁵³ Cfr. gli argomenti svolti da G. SARTORI, per motivi diversi, supra, nota 133. In tal modo si otterrebbe, per di più, una vera separazione dei poteri come era stata intesa da Locke e Montesquieu, cfr. supra, pp. 640-643.

¹⁵⁴ Cfr. G. SARTORI, *Elementi di teoria politica*, cit. supra, nota 133.

tici e della c.d. prima Repubblica) dopo aver criticato pesantemente le pretese dei parlamentari italiani di diventare ministri o sottosegretari¹⁵⁵, si è così espresso: «*A mio sommo parere sarebbe già sufficiente stabilire l'incompatibilità tra la carriera parlamentare e quella di ministro, eccezion fatta per il capo del governo*».

Giovanni Sartori, che conosce a fondo il sistema costituzionale americano e i difetti del sistema italiano, ha quindi concepito un utile rimedio ispirato alla Costituzione degli Stati Uniti d'America¹⁵⁶. Ha pertanto suggerito di vietare ai parlamentari di diventare ministri o sottosegretari, con l'esclusione, però, del Primo ministro, che potrebbe continuare a mantenere il suo incarico di parlamentare.

Se, però, il Primo ministro continuasse a ricoprire anche la carica di membro (eletto) del Parlamento, i difetti del sistema italiano non verrebbero eliminati e si ricadrebbe nella stessa situazione finora sperimentata, alla quale si sta cercando invano di sfuggire.

In tale ipotesi, infatti, il Primo ministro, riunendo in sé tanto la funzione di parlamentare quanto quella di Capo del Governo, sarebbe ovviamente portato a scegliere i ministri in conformità alle indicazioni dei parlamentari e a quelle del partito (o della coalizione dei partiti) con i quali rimane collegato, seguendone anche le indicazioni nella propria azione di governo.

Le vicende dei primi anni Novanta del secolo scorso, nonché quelle che abbiamo vissuto negli anni 2000 e stiamo tuttora vivendo, dovrebbero in effetti aver reso evidente a tutti che, in Italia, è il sistema di gestione del potere, così come risulta congegnato e strutturato, che crea gli enormi problemi di cui ci si lamenta e non le persone che tale sistema gestiscono e fanno funzionare. Si rilegga, a tale proposito, la *confessione* di Enrico Berlinguer sopra riportata, per averne conferma.

È quindi incredibile come dopo tanti esempi e tanti episodi di incapacità, di malcostume e di malaffare protrattisi nel corso di decenni, si possa ancora ingenuamente pensare di affrontare e risolvere i gravi problemi che ci assillano mettendo persone diverse a gestire il potere, lasciando però completamente intatti e inalterati i meccanismi da utilizzare per la sua gestione.

E ciò nella convinzione che le nuove persone possano esercitare in modo corretto il potere facendo funzionare meglio gli strumenti che servono a gestirlo.

Una convinzione siffatta, come viene attestato dall'esperienza acquisita in tanti anni di gestione del potere in Italia e come si può dedurre dalle considerazioni dei numerosi Autori in precedenza esaminati, è pura illusione.

¹⁵⁵ Cfr. *supra*, nota 133.

¹⁵⁶ Cfr. *supra*, nota 136. L'art. 1, Sez. 6, secondo comma, così recita: «*Nessun senatore o deputato, per tutto il periodo per cui è stato eletto, potrà essere chiamato a coprire un qualsiasi impiego civile dipendente dagli Stati Uniti (...) e nessuno che occupi un impiego dipendente dagli Stati Uniti potrà essere membro di una delle due camere finché conservi tale impiego*».

Le persone nuove saranno portate a gestire il potere con gli stessi metodi in precedenza seguiti dalle persone da esse sostituite, se i meccanismi di gestione rimangono gli stessi.

Una minima capacità di introspezione psicologica dovrebbe far comprendere che il primo e più funesto inconveniente che colpisce l'uomo politico è dovuto alla notorietà. La notorietà, come è stato detto, anche se non associata alla gestione del potere, trasforma la vita in una commedia, così che anche la persona più onesta, quando ne è colpita, diventa un commediante¹⁵⁷.

È quindi agevole immaginare la trasformazione che si verifica in una persona che ne sia colpita allorché la notorietà sia collegata all'esercizio del potere¹⁵⁸.

Con l'aggravante che quando una trasformazione del genere colpisce un nutrito numero di soggetti esponenti di una classe politica di scarso livello culturale, come quella italiana degli ultimi decenni, l'intero sistema perde efficienza e credibilità e finisce per arenarsi, bloccando ogni sviluppo e progresso¹⁵⁹.

D'altra parte, anche una persona di buona levatura e di normale moralità, inserita negli ingranaggi del potere si comporta, di regola, come aveva intuito negli anni Venti dell'altro secolo, il filosofo americano *John Dewey*, già in precedenza citato¹⁶⁰: «*coloro che si occupano di politica non smettono di essere uomini: hanno interessi personali e interessi di gruppo da servire: quelli della famiglia, della cerchia e della classe cui appartengono*».

In ogni persona, anche di buoni sentimenti e ben intenzionata, deve quindi presumersi, se inserita nella gestione del potere, la propensione ad abusarne per fini personali, come già aveva riconosciuto *Montesquieu*¹⁶¹. Ne consegue che nei confronti delle persone che partecipano alla gestione del potere debbono essere posti limiti precisi ed efficaci per impedire gli abusi¹⁶².

¹⁵⁷ Commediante nel senso immortalato da F. NIETZSCHE nel discorso «*Delle mosche del mercato*», in *Così parlò Zarathustra*, Milano, Monanni, 1927: «*Il commediante possiede lo spirito, non la coscienza dello spirito. Sempre egli crede a ciò con cui fa più persuasi gli altri, – a ciò che spinge a credere in lui! Avrà domani una nuova fede, e un'altra dopodomani. Egli ha lo spirito pronto come il popolo, e variabile al pari del tempo*».

¹⁵⁸ In tal caso il soggetto assume il ruolo di chi comanda, apparendo all'opinione pubblica come *Il Principe* di N. MACHIAVELLI, Torino, Einaudi, 2005, (a cura di G. INGLESE), capitolo XVIII: «*Ognuno vede quello che tu pari, pochi sentono [capiscono] quello che tu sei*».

¹⁵⁹ Una sarcastica battuta di ENNIO FLAIANO riassume il desolato stato d'animo di impotenza e di frustrazione del cittadino di fronte all'inefficienza del sistema pubblico italiano: «*La sola cosa di progressivo che c'è in Italia è la paralisi*».

¹⁶⁰ Cfr. *supra*, nota 119.

¹⁶¹ Cfr. *supra*, nota 129. Secondo V. PARETO, *Trattato di sociologia generale*, vol. II, *cit. supra* nota 32, le persone condizionate dall'ideologia (da lui definite «*gli etici*») credono che l'arrivo al potere di un «*uomo disonesto*» sia un caso dovuto all'accidentalità, esattamente uguale a quello della nomina di un «*cassiere che ruba al suo padrone*». Per V. PARETO «*non è punto così; non è un caso fortuito che ha dato il potere ad un uomo di tal risma, ma è la scelta, conseguenza degli ordinamenti*».

¹⁶² A maggior ragione dovranno essere introdotti limiti efficaci nei confronti di chi detiene poteri elevati, visto che, come ricorda JOHANNES ALTHUSIUS, *La politica (elaborata organicamente come metodo e illustrata con esempi sacri e profani)*, Torino, Claudiana, 2009, Tomo I, p. 517:

Come si deduce pertanto dalle considerazioni in precedenza svolte e da quelle dei numerosi Autori esaminati in questo lavoro, la gestione del potere deve essere sottoposta a regole ispirate alla diffidenza e non alla fiducia.

Secondo *Thomas Jefferson*¹⁶³: «La fiducia è sempre madre del dispotismo: la libertà politica è fondata sul sospetto e non sulla fiducia. È il sospetto e non la fiducia che ci impone di stabilire dei limiti costituzionali al fine di vincolare quelli ai quali affidiamo il potere».

Dopo *Thomas Jefferson*, un altro grande studioso liberale e uomo politico, *Benjamin Constant*, è arrivato alle stesse conclusioni affermando che: «Ogni buona Costituzione è un atto di sfiducia»¹⁶⁴.

Lo stesso *Benjamin Constant*, che diffidava dei sistemi di controllo del potere unicamente basati sul principio «*checks and balances*»¹⁶⁵ riteneva che la libertà può essere effettivamente conquistata quando vi sia, all'interno dello Stato, un'opinione pubblica sistematicamente contrapposta ai rappresentanti del Governo¹⁶⁶.

Dalle considerazioni appena svolte discende che se si vuole impedire il perpetuarsi dei gravi problemi sistematicamente creati dal sistema finora applicato e gestito in Italia in base allo stretto collegamento tra le stesse persone che operano come membri del Parlamento, membri del Governo e rappresentanti dei partiti politici, come in precedenza descritto, occorre vietare non solo a tutti i ministri (e ai sottosegretari) ma anche al Primo ministro, di far parte del Parlamento.

Occorre quindi sciogliere anche il legame tra Primo ministro e Parlamento e mettere l'intero Governo in contrapposizione al Parlamento medesimo, obbligando i due organi a confrontarsi sistematicamente su ogni problema che venisse portato in discussione e ciò sotto i riflettori dei mezzi di comunicazione e sotto il controllo dell'opinione pubblica.

Dato che, come abbiamo in precedenza chiarito¹⁶⁷, il Parlamento non potrebbe formare un nuovo Governo per metterlo al posto di quello che avesse eventualmente fatto cadere, diventa ragionevole l'ipotesi di avvio di procedure simili a quelle che vengono seguite in sede europea, alle quali abbiamo più volte fatto riferimento¹⁶⁸.

«L'esperienza testimonia che il potere genera presunzione, la presunzione indolenza, l'indolenza disprezzo, il disprezzo diminuzione dell'autorevolezza».

¹⁶³ T. JEFFERSON, *Le risoluzioni del Kentucky (1778)*, in *Federalismo e democrazia*, La Biblioteca di Libero, 2005, cit. in nota 24 della Parte Prima, p. 117.

¹⁶⁴ Cfr. B. CONSTANT, *Recueil d'articles*, 1829-1830, Parigi, Champion, 1952, p. 53.

¹⁶⁵ Sul principio «*checks and balances*» v. A. PANEBIANCO, *Il potere, lo Stato, la libertà*, cit. *supra* nota 83, p. 175.

¹⁶⁶ Cfr. B. CONSTANT, *De la force du gouvernement actuel de la France et de la nécessité de s'y rallier*, Parigi, 1796, p. 66.

¹⁶⁷ Cfr. *supra*, pp. 645-646.

¹⁶⁸ Cfr. *supra*, pp. 647-648.

Una sistematica contrapposizione fra i due organi (Governo e Parlamento)¹⁶⁹ nel senso sopra indicato, renderà anche possibile l'instaurazione di un sistema efficace di controlli sul funzionamento dell'intera Pubblica Amministrazione (centrale, regionale e locale) che, in Italia, e dobbiamo dirlo con estrema franchezza e con molta vergogna, è completamente mancato.

Un efficace sistema di controlli che, come abbiamo ricordato, deve trovare il suo fondamento nella «sfiducia» verso chi gestisce il potere, è, con ogni probabilità, lo strumento più sicuro per far funzionare correttamente la democrazia¹⁷⁰.

Innanzitutto perché, riducendo gli abusi, può contribuire ad attenuare il discredito di cui soffrono le istituzioni dello Stato, che ha raggiunto oggi, in Italia, livelli drammatici¹⁷¹.

In secondo luogo, perché un adeguato sistema di controlli è lo strumento indispensabile nella lotta contro la corruzione e contro lo sperpero del pubblico denaro dovuto al malfunzionamento della Pubblica Amministrazione¹⁷².

E questo vale per tutte le amministrazioni, tanto a livello centrale, quanto a livello regionale e locale.

Occorre tener presente, infatti, che queste amministrazioni non sono dotate di controlli interni, con la conseguenza che si impedisce ai controllori esterni, come la Corte dei conti, di intervenire in modo tempestivo ed efficace per colpire gli abusi e gli sprechi¹⁷³.

¹⁶⁹ Il controllo deve essere ovviamente reciproco: il Parlamento deve controllare l'attività del Governo e il Governo deve controllare che il Parlamento eserciti i propri poteri in conformità all'ordinamento vigente, anche avvalendosi del ricorso alla Corte costituzionale.

¹⁷⁰ Sul punto cfr. P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia*, Roma, Castelvecchi, 2012, pp. 13 e 14 che così si esprime nell'Introduzione al suo libro: «Esiste un altro approccio, di tipo democratico, verso la sfiducia. Il fine di questo caso è di vegliare affinché il potere eletto rimanga fedele ai propri impegni, di trovare i mezzi che permettano di sostenere l'esigenza iniziale di un servizio per il bene comune. È il tipo di sfiducia che ci interessa in questo libro. Infatti in un'epoca post-totalitaria è quello che si manifesta maggiormente. Una simile sfiducia democratica si esprime e si organizza in molti modi. Ne distinguerò tre modalità principali: i poteri di sorveglianza, le forme di interdizione, l'espressione di un giudizio. All'ombra della democrazia elettorale-rappresentativa, questi tre contro-poteri delineano i contorni di quel che propongo di chiamare una contro-democrazia. Questa contro-democrazia non è il contrario della democrazia; è piuttosto la forma di democrazia che contrasta l'altra, la democrazia dei poteri indiretti disseminati nel corpo sociale, la democrazia della sfiducia organizzata di fronte alla democrazia della legittimità elettorale. La contro-democrazia fa in tal modo sistema con le istituzioni democratiche legali. Mira a prolungarne e a estenderne gli effetti; ne costituisce il contrafforte. Essa deve perciò essere intesa e analizzata come una vera e propria forma politica, la cui definizione e valutazione costituiscono l'oggetto di questo lavoro».

¹⁷¹ Cfr. *supra* nota 159. V., sul punto, PH. C. SCHMITTER, *Come democratizzare l'Unione europea e perché*, Bologna, Il Mulino, 2000, p. 161: «Ci sono prove evidenti che le regole e le pratiche della democrazia a livello nazionale sono sempre più contestate dai cittadini (...) e c'è una diffusa impressione che le democrazie europee contemporanee semplicemente non proteggono i cittadini».

¹⁷² Se viene imposta in modo efficace l'osservanza delle regole a chi opera nelle istituzioni, sarà possibile evitare quello che in passato non è stato evitato, vale a dire l'impiego anche dissennato di risorse pubbliche per realizzare opere sbagliate se non addirittura dannose.

¹⁷³ Cfr. le relazioni di G. COGLIANDRO, *L'attività di controllo della Corte dei conti nella lotta alla corruzione e alla malversazione*, di F. CAPELLI, *Controllo interno e controllo esterno: coordinamento tra le autorità di controllo e di vigilanza per prevenire lo sperpero del pubblico denaro e*

La mancanza di controlli interni è stata clamorosamente ammessa nel *Rapporto ufficiale*¹⁷⁴ con il quale è stata presentata, nel 2012, la *legge anti-corruzione* appena approvata (legge 6 novembre 2012, n. 190).

E pensare che un sistema di controlli da applicare in modo efficace ai più diversi livelli è stato auspicato dallo stesso Aristotele e, successivamente, da tutti gli studiosi della scienza politica!¹⁷⁵

Vari Autori, dopo Aristotele, hanno, in effetti, insistito sulla necessità di introdurre opportuni controlli da eseguire nei più diversi settori con metodi adeguati.

Nell'attuale contesto politico non è quindi più ammissibile concedere, in Italia, ai gestori del potere, le libertà che sono state in precedenza accordate.

Il sistema proposto, pertanto, basandosi sulle esperienze del passato e facendo tesoro degli insegnamenti acquisiti in più di mezzo secolo di gestione del potere in Italia, potrebbe consentire di realizzare un effettivo mutamento nella "governance" del nostro Paese, preparandolo a far fronte alle sfide del futuro con strumenti istituzionali più adeguati¹⁷⁶. E gli strumenti istituzionali proposti, potrebbero in effetti fornire al nostro Paese un sostegno più adatto per affrontare i veri problemi che riguardano oggi la generalità dei cittadini sia con riferimento al contesto italiano, sia con riferimento al contesto europeo e mondiale.

Per quanto riguarda il contesto nazionale, i gravi problemi che affliggono l'Italia sono noti.

di L. GIAMPAOLINO, (Presidente della Corte dei conti), *La Corte dei conti e la lotta contro la corruzione*, in F. CAPELLI (a cura di), *Una battaglia di civiltà e per lo sviluppo: combattere la corruzione e prevenire lo sperpero del pubblico denaro*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, rispettivamente, p. 137, p. 157 e p. 183.

¹⁷⁴ Cfr. *Rapporto sulla corruzione nella pubblica amministrazione*, presentato al Governo il 22 ottobre 2012, p. 175. «Il sistema dei controlli nelle pubbliche amministrazioni è stato a lungo ritenuto non funzionale alla prevenzione della corruzione. In altri termini non si è ritenuto necessario prevedere controlli ad hoc aventi la specifica finalità di prevenire le condotte illecite. Si impone, pertanto, una rivitalizzazione di un sistema di misure interne, di tipo amministrativo, specificamente volte alla prevenzione del fenomeno corruttivo». Il *Rapporto* è il risultato del lavoro svolto dalla Commissione per lo studio e l'elaborazione di proposte in tema di trasparenza e prevenzione della corruzione nella pubblica amministrazione. Il testo del rapporto è reperibile sul sito internet http://www.governo.it/GovernoInforma/documenti/20121022/rapporto_corruzioneDEF.pdf.

¹⁷⁵ Cfr. P. ROSANVALLON, *Controdemocrazia*, cit. supra, nota 170, p. 66. È noto che J. J. ROUSSEAU, nel suo *Contratto sociale*, in *Scritti politici*, Torino, Utet, 1970, ha dedicato il cap. XVIII del Libro III, p. 806 ss., alla necessità di applicare adeguate forme di controllo.

¹⁷⁶ All'obiezione secondo cui una proposta di modifica del genere non è mai stata avanzata in passato, apparendo utopistica, si può rispondere con le parole usate da J. Madison nel suo Saggio n. 14 di «*The Federalist*», nel respingere l'accusa di voler sottoporre all'approvazione degli americani la proposta di una Costituzione federale che non era mai stata in precedenza concepita in alcun Paese del mondo. Secondo J. MADISON: «Perché mai si dovrebbe respingere l'esperimento di una grande repubblica solo perché esso potrebbe implicare qualcosa di nuovo? (...) Se coloro che furono a capo della nostra rivoluzione non avessero fatto alcun passo perché mancavano precedenti; se non si fosse formato un governo di cui non esisteva il modello esatto, il popolo degli Stati Uniti potrebbe, in questo momento, essere considerato una delle melanconiche vittime di consessi sconsiderati». Per quanto riguarda, infine, l'accusa di sostenere una proposta utopistica, si può rispondere con Ennio Flaiano che: «Il progresso non è che la realizzazione delle utopie: le assurdità di ieri sono le verità di oggi e saranno le banalità di domani».

Sono stati definiti «*piaghe bibliche*»¹⁷⁷ e basta elencarli per rendersi conto che la definizione è appropriata: 1. malavita organizzata e suo impatto sulla società civile e sull'economia; 2. corruzione, malversazione e sperpero del pubblico denaro; 3. sistema giudiziario in grave crisi; 4. mercato del lavoro da riformare; 5. inefficienza insostenibile della pubblica amministrazione a livello centrale, regionale e locale; 6. sistema fiscale da riformare; 7. crisi della famiglia; 8. povertà, esclusione sociale e diseguaglianze sociali; 9. crisi dell'economia e in particolare del Mezzogiorno; 10. sistema sanitario da riformare; 11. ambiente e territorio degradati; 12. beni culturali senza protezione; 13. scuola e università da riformare.

Lo strumento istituzionale proposto, a maggior ragione, dovrebbe inoltre essere utile per far fronte ai problemi che si impongono nel contesto europeo e mondiale.

In effetti, in un mondo globalizzato¹⁷⁸ come quello attuale, in cui lo spazio non ha quasi più rilevanza per la rapidità dei mezzi di comunicazione impiegati, in cui il controllo del territorio e dei confini nazionali viene neutralizzato dall'utilizzo di strumenti tecnologici in continua, stupefacente evoluzione, in cui i veri, grandi temi (lotta alle malattie, al degrado dell'ambiente, al terrorismo, alla povertà, alla criminalità organizzata, al narcotraffico e al riciclaggio di denaro sporco, nonché all'evasione fiscale internazionale¹⁷⁹ che è strettamente legata al riciclaggio) hanno acquisito una dimensione planetaria, non ha più alcun senso pensare di far fronte alle grandi sfide che ci attendono ricorrendo a strumenti di gestione del potere politico che si sono rivelati fallimentari sotto quasi tutti i profili.

Un'Italia ben governata, potrebbe riprendere il posto che le spetta in Europa, come Stato fondatore dell'Unione europea, cooperando con gli altri Sta-

¹⁷⁷ Cfr. M. VITALE, *Passaggio al futuro (oltre la crisi, attraverso la crisi)*, Milano, Egea, 2010, p. 197.

¹⁷⁸ Su particolari aspetti della globalizzazione, v. M. R. FERRARESE, *Le istituzioni della globalizzazione (Diritto e diritti nella società transnazionale)*, Bologna, Il Mulino, 2000. L'A. osserva che (p. 8): «La globalizzazione induce altresì a fare i conti con una diversità storica interna allo stesso occidente. La preminenza statale ha segnato le istituzioni giuridiche dell'Europa continentale in senso prevalentemente pubblicistico, chiudendole nella pretesa di poter organizzare il mondo dall'alto, laddove nei paesi anglosassoni, e specialmente negli Stati Uniti, si è affermata una logica istituzionale maggiormente impegnata a fare i conti con i privati e i loro interessi». Poiché la globalizzazione tiene conto essenzialmente degli interessi dei privati, ne consegue che gli stati organizzati in modo tradizionale, all'interno di schemi prevalentemente di diritto pubblico, si sentono minacciati nella loro sovranità e vengono a trovarsi in difficoltà. A tale proposito, come acutamente osserva J. HABERMAS, *La costellazione postnazionale (Mercato globale, nazioni e democrazia)*, Milano, Feltrinelli, 1999, p. 106: «Le tendenze raggruppabili sotto l'etichetta "globalizzazione" non minacciano soltanto internamente – per via dell'immigrazione e della segmentazione culturale – la relativa omogeneità della popolazione e dunque la base prepolitica dell'integrazione dei cittadini. Ancor più incisiva è la circostanza per cui lo Stato – irretito sempre più strettamente nelle interdipendenze dell'economia e della società mondiale – ci rimette in autonomia, capacità di azione e sostanza democratica».

¹⁷⁹ Cfr. N. SHAXSON, *Le isole del tesoro (Viaggio nei paradisi fiscali dove è nascosto il tesoro della globalizzazione)*, Milano, Feltrinelli, 2012.

ti al conseguimento degli obiettivi che i Trattati europei hanno fissato¹⁸⁰, cercando di tutelare in senso effettivo e sostanziale, non in modo finto e artefatto, l'interesse della generalità dei propri cittadini¹⁸¹.

Fausto Capelli

SINTESI

In questa seconda parte dell'articolo, l'Autore mette in evidenza le analogie e le differenze tra il sistema istituzionale dell'Unione europea e quello che ha trovato applicazione in Italia nel periodo tra il 16 novembre 2011 e il 16 novembre 2012, durante il quale il potere esecutivo è stato esercitato da un Governo formato da ministri non appartenenti ad alcun ramo del Parlamento. Al termine dell'articolo l'Autore suggerisce di modificare il sistema istituzionale italiano, proponendo: *a.* l'adozione di una legge ordinaria che disponga l'incompatibilità tra la funzione di membro del Parlamento e quella di membro del Governo e *b.* l'adozione di una legge costituzionale che preveda la scelta del Presidente della Repubblica da parte del popolo italiano, mediante un'elezione a suffragio universale diretto.

¹⁸⁰ Dopo il crollo delle ideologie che hanno in passato diviso il mondo, costringendo gli Stati ad effettuare investimenti smisurati per scopi militari, l'obiettivo odierno è quello di prevenire altre divisioni e di avviare a livello internazionale, tramite l'Unione europea, un dialogo tra gli Stati cercando la collaborazione per sconfiggere gli autentici mali, sopra ricordati, che minacciano l'intera umanità. Conviene notare che i problemi da risolvere con riferimento ai grandi temi sopra evocati, pur presentando un'indubbia valenza politica, sono sempre caratterizzati da aspetti economico-sociali che richiedono un approccio complesso, implicante conoscenze e competenze tecnico-professionali molto elevate.

¹⁸¹ L'obiettivo della tutela degli interessi della generalità dei cittadini ha un contenuto tecnico-politico e non filosofico. In altre parole, con il suo perseguimento non si vuol rendere possibile quanto auspicato con l'applicazione del principio di utilità di J. BENTHAM, *A Fragment on Government*, Cambridge University Press, 1988, p. 3: «*It is the greatest happiness of the greatest number that is the measure of right and wrong*». La tutela dell'interesse della generalità dei cittadini, di cui si parla nel testo, costituisce il parametro di riferimento che consente di operare la scelta della proposta più ragionevole fra quelle concernenti i provvedimenti da adottare. Il suo perseguimento prescinde quindi dal vantaggio momentaneo che potrebbe essere procurato ai cittadini. In effetti potrebbe trattarsi, al limite, di una scelta, in determinati casi, dolorosa per tutti, ma da ritenere la più ragionevole con riferimento al problema da risolvere. Le considerazioni svolte nel testo dovrebbero consentire di comprendere con chiarezza che cosa si intenda per «*tutela dell'interesse della generalità dei cittadini*». Sul punto cfr. nota 32 della Parte Prima. A ben vedere, la tutela dell'interesse della generalità dei cittadini costituisce l'obiettivo fondamentale più rilevante fra quelli perseguiti dall'originaria democrazia ateniese, così come intesa da uno dei suoi massimi esponenti: PERICLE. Come è noto, nel celebre discorso destinato a commemorare i caduti del primo anno della guerra del Peloponneso, ripreso da TUCIDIDE nel Libro II dell'opera «*La guerra del Peloponneso*» (Milano, Mondadori, 1971), PERICLE, afferma: «*Noi abbiamo una forma di governo che non guarda con invidia le costituzioni dei vicini, e non solo non imitiamo altri, ma anzi siamo noi stessi di esempio a qualcuno. Quanto al nome, essa è chiamata democrazia, poiché è amministrata non già per il bene di poche persone, bensì di una cerchia più vasta: di fronte alle leggi, però, tutti, nelle controversie, godono di uguale trattamento; e secondo la considerazione di cui uno gode, poiché in qualche campo si distingue, non tanto per il suo partito, quanto per il suo merito, viene preferito nelle cariche pubbliche; né, d'altra parte, la povertà, se uno è in grado di fare qualche cosa di utile alla città, gli è di impedimento per l'oscura sua posizione sociale*». In questo stesso discorso, con l'intento di sottolineare che per garantire il mantenimento della democrazia occorre che i cittadini dedichino il proprio impegno agli affari pubblici, impegno che gli ateniesi tenevano nella massima considerazione, PERICLE così precisa: «*poiché il cittadino che di essi [affari pubblici] assolutamente non si curi, noi [ateniesi] siamo i soli a considerarlo non già un uomo pacifico, ma addirittura un uomo inutile*».

ABSTRACT

In this second part of the article, the author highlights the similarities and differences between the institutional system of the European Union and the system applied in Italy, in the period between the 16th November 2011 and the 16th November 2012, during which Italy was ruled by a Government constituted of ministers not belonging to the Parliament. At the end of the article the author suggests to modify the Italian institutional system, proposing (a) the adoption of an ordinary law on the incompatibility between members of Parliament and members of the Government, and (b) the adoption of a constitutional law on the election of the President of the Republic directly by the Italian population.

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

ACQUISTO DI BIGLIETTI AEREI *ON-LINE*: I SUPPLEMENTI DI PREZZO OPZIONALI DEVONO ESSERE COMUNICATI IN MODO NON AMBIGUO E DEVONO ESSERE OGGETTO DI ESPLICITO CONSENSO

Corte di giustizia

Sentenza del 19 luglio 2012 in causa n. C-112/11*

ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 1008/2008, art. 23, par. 1 - Gestione dei servizi aerei nell'Unione - Acquisto *on-line* di viaggio aereo - Copertura assicurativa automatica per l'annullamento del volo - Supplemento di prezzo opzionale - Nozione - Obbligo del venditore del viaggio aereo - Necessarietà di accettazione esplicita («*opt-in*») da parte del cliente.

La nozione di «supplementi di prezzo opzionali», di cui all'art. 23, par. 1, ultima frase, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 settembre 2008, recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità, dev'essere interpretata nel senso che include i prezzi, connessi con il viaggio aereo, di prestazioni come l'assicu-

* Inedita in *Raccolta*. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 681 ss., il commento di *FEDERICO FORNI*.

razione sull'annullamento del viaggio, di cui trattasi nel procedimento principale, fornite da una parte diversa dal vettore aereo e fatturate al cliente dal venditore del viaggio unitamente alla tariffa del volo, nel contesto del prezzo complessivo.

(Omissis) **In diritto**

Sulla questione pregiudiziale

11. (...) [I]l giudice del rinvio chiede sostanzialmente se la nozione di «supplementi di prezzo opzionali», prevista all'art. 23, par. 1, ultima frase, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008, debba essere interpretata nel senso che include i prezzi, connessi con il viaggio aereo, di prestazioni come l'assicurazione sull'annullamento del viaggio, di cui trattasi nel procedimento principale, fornite da una parte diversa dal vettore aereo e fatturate al cliente dal venditore del viaggio unitamente alla tariffa del volo, nel contesto del prezzo complessivo.

(Omissis)

14. (...) [L]'art. 23, par. 1, ultima frase, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008 riguarda i «supplementi di prezzo opzionali», i quali non sono inevitabili, contrariamente alla tariffa passeggeri o merci e ad altri elementi costitutivi del prezzo definitivo del volo indicati all'art. 23, par. 1, seconda frase, di tale Regolamento. Detti supplementi di prezzo opzionali sono quindi connessi a servizi che, venendo a completare il servizio aereo stesso, non sono né obbligatori né indispensabili per il trasporto dei passeggeri o delle merci, cosicché il cliente può scegliere se accettarli o rifiutarli. È proprio perché il cliente è in grado di esercitare tale scelta che siffatti supplementi di prezzo devono essere comunicati in modo chiaro, trasparente e non ambiguo all'inizio di qualsiasi processo di prenotazione, e che essi devono esser oggetto di un esplicito consenso da parte sua, come previsto dall'art. 23, par. 1, ultima frase, di detto Regolamento.

15. Tale esigenza specifica ai supplementi di prezzo opzionali, ai sensi dell'art. 23, par. 1, ultima frase, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008, mira ad impedire che il cliente del servizio aereo sia indotto, nell'ambito della procedura di prenotazione di un volo, ad acquistare servizi complementari al volo stesso, che non sono inevitabili e indispensabili ai fini di tale volo, a meno che egli non scelga espressamente di acquistare tali servizi complementari e di pagare il supplemento di prezzo ad essi relativo.

16. Tale esigenza corrisponde, peraltro, a quella prevista, in via generale, riguardo ai diritti dei consumatori in materia di pagamenti supplementari, dall'art. 22 della direttiva n. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori (...). Infatti, in conformità a detta disposizione, il professionista è obbligato, prima che il consumatore sia vincolato da un'offerta, ad ottenere il consenso espresso di quest'ultimo ad ogni pagamento supplementare rispetto alla remunerazione concordata per l'obbligazione contrattuale principale del professionista; tale consenso infatti non può essere dedotto da quest'ultimo facendo ricorso ad opzioni prestabilite che il consumatore deve respingere per evitare il pagamento supplementare.

17. Al riguardo, come ha osservato l'Avvocato Generale al par. 39 delle sue conclusioni, sarebbe in contrasto con l'obiettivo di tutela del cliente che si avvale dei servizi aerei, perseguito dall'art. 23, par. 1, ultima frase, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008, subordinare detta tutela alla circostanza che il servizio complementare opzionale in rapporto con il volo stesso e il supplemento di prezzo relativo a tale servizio siano proposti, nel contesto del processo di prenotazione di tale volo, dal vettore aereo oppure da una parte diversa da tale vettore, giuridicamente ed economicamente indipendente da quest'ultimo. Infatti, qualora fosse possibile subordinare tale tutela alla qualità del prestatore di detto servizio complementare, concedendola soltanto allorché il servizio è fornito da un vettore aereo, detta tutela sarebbe facilmente eludibile e, quindi, l'obiettivo in parola certamente compromesso. Comunque, siffatto modo di procedere sarebbe incompatibile con l'art. 22 della direttiva n. 2011/83/UE.

(Omissis)

19. (...) [T]ale interpretazione non è incompatibile con l'ambito di applicazione del Regolamento (Ce) n. 1008/2008. Infatti, sebbene in conformità all'art. 1, par. 1, di tale regolamento, l'oggetto di quest'ultimo sia definito con riferimento ai vettori aerei, in quanto detta disposizione prevede che tale Regolamento disciplini il rilascio delle licenze dei vettori aerei comunitari e il loro diritto di gestire servizi aerei intracomunitari, ciò non toglie che tale oggetto include anche, ai sensi della disposizione in parola, la «determinazione del prezzo dei servizi aerei intracomunitari». Del pari, risulta dalla formulazione dell'art. 23, par. 1, ultima frase, di tale Regolamento, redatto in termini generali, nonché dall'obiettivo di tutela che esso persegue, che, come si è constatato al punto 17 della presente sentenza, l'esigenza di tutela prevista da tale disposizione non può dipendere dalla qualità del prestatore del servizio complementare opzionale in rapporto con il volo stesso.

20. Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, occorre rispondere alla questione proposta dichiarando che la nozione di «supplementi di prezzo opzionali», di cui all'art. 23, par. 1, ultima frase, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008, dev'essere interpretata nel senso che include i prezzi, connessi con il viaggio aereo, di prestazioni come l'assicurazione sull'annullamento del viaggio, di cui trattasi nel procedimento principale, fornite da una parte diversa dal vettore aereo e fatturate al cliente dal venditore del viaggio unitamente alla tariffa del volo, nel contesto del prezzo complessivo.

(Omissis)

L'ASSICURAZIONE CONTRO L'ANNULLAMENTO DEL VIAGGIO NON È NECESSARIA PER VOLARE

Sommario: *Introduzione - 1. I fatti del caso ebookers.com - 2. Le diverse argomentazioni delle parti - 3. La nozione di «supplemento di prezzo opzionale» - 4. Sull'esistenza di «una discriminazione delle compagnie aeree rispetto ad altre compagnie del settore dei trasporti» - 5. Conclusioni.*

Introduzione

Alla fine di maggio 2012 il Comitato economico e sociale europeo aveva invitato la Commissione a «riesamina[r]e e, ove necessario, miglio[r]a e rafforza[r]e [le norme vigenti in materia di trasporti] presta[ndo] un'attenzione particolare su alcuni aspetti (...) [come] la precisazione degli elementi che compongono il prezzo finale»¹ del biglietto. Grazie ad una straordinaria coincidenza temporale, la Corte è sembrata raccogliere tale invito nel momento in cui, nel luglio dello stesso anno, la sentenza *ebookers.com* (causa n. C-112/11)² ha precisato la nozione di «supplemento di prezzo opzionale» di un viaggio aereo, prevista all'art. 23, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008³, confermando

¹ Parere del Comitato economico e sociale europeo in merito alla Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Una visione europea per i passeggeri: Comunicazione sui diritti dei passeggeri in tutti i modi di trasporto, Com(2011)898 def., in *Gu-Ue* n. C 229 del 31 luglio 2012, p. 122, par. 1.3 e 1.4.

² Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa n. C-112/11, *ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. La sentenza è stata annotata in questa *Rivista*, 2012, p. 531.

³ L'art. 23, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 settembre 2008, recante norme comuni per la prestazione di servizi aerei nella Comunità, in *Gu-Ue* n. L 293 del 31 ottobre 2008, p. 3 ss., recita: «Le tariffe aeree passeggeri e merci disponibili al pubblico comprendono le condizioni ad esse applicabili in qualsiasi forma offerte o pubblicate, anche su internet, per i servizi aerei da un aeroporto situato nel territorio di uno Stato membro soggetto alle disposizioni del trattato. Il prezzo finale da pagare è sempre indicato e include tutte le tariffe aeree passeggeri o merci applicabili, nonché tutte le tasse, i diritti ed i supplementi inevitabili e prevedibili al momento della pubblicazione. Oltre all'indicazione del prezzo finale, sono specificati almeno i seguenti elementi: *a.* tariffa aerea passeggeri o merci; *b.* tasse; *c.* diritti aeroportuali; e *d.* altri diritti, tasse o supplementi connessi ad esempio alla sicurezza o ai carburanti, dove le voci di cui alle lett. *b.*, *c.* e *d.* sono state addizionate alle tariffe aeree passeggeri e merci. I supplementi di prezzo opzionali sono comunicati in modo chiaro, trasparente e non ambiguo all'inizio di qualsiasi processo di prenotazione e la loro accettazione da parte del passeggero deve avvenire sulla base dell'esplicito consenso dell'interessato ("opt-in")».

l'impegno da sempre rivolto dai giudici di Lussemburgo alla tutela dei consumatori.

D'altra parte, la decisione di esigere un elevato livello di trasparenza per i servizi accettati dai clienti non poteva essere diversa in quanto imposta dall'art. 12 TFUE⁴ e dall'art. 38 della Carta dei diritti fondamentali⁵, oltre ad essere coerente con le azioni di promozione del diritto all'informazione che l'Unione, in base all'art. 169, par. 1, TFUE⁶, ha da tempo intrapreso a salvaguardia dei consumatori. Tuttavia, le istituzioni Ue non sono ancora del tutto soddisfatte dei risultati raggiunti, come dimostra la nuova iniziativa («Agenda del consumatore europeo») rivolta, tra l'altro, ad incoraggiare gli acquisti transfrontalieri *on-line* e a tutelare gli interessi degli utenti nel settore dei trasporti⁷. L'attenzione prestata a tale attività è giustificata dal fatto che «il trasporto di passeggeri è uno degli strumenti essenziali per lo sviluppo e la diffusione dei principi dell'Unione europea (...) [in quanto contribuisce a garantire] la libera circolazione dei cittadini dell'Unione»⁸.

La situazione attuale delle tariffe aeree rappresenta il momentaneo punto di arrivo di un percorso iniziato con la direttiva n. 87/601/Cee⁹ ed il Regolamento (Cee) n. 2342/90¹⁰, i quali possono considerarsi i primi passi mossi dal-

⁴ Art. 12 TFUE: «Nella definizione e nell'attuazione di altre politiche o attività dell'Unione sono prese in considerazione le esigenze inerenti alla protezione dei consumatori».

⁵ Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, art. 38: «Nelle politiche dell'Unione è garantito un livello elevato di protezione dei consumatori».

⁶ Art. 169, par. 1, TFUE: «Al fine di promuovere gli interessi dei consumatori ed assicurare un livello elevato di protezione dei consumatori, l'Unione contribuisce a tutelare la salute, la sicurezza e gli interessi economici dei consumatori nonché a promuovere il loro diritto all'informazione, all'educazione e all'organizzazione per la salvaguardia dei propri interessi».

⁷ Commissione europea, Comunicato stampa, *Una nuova Agenda del consumatore europeo - creare un clima di fiducia e promuovere la crescita ponendo i consumatori al centro del Mercato unico*, IP/12/491 del 22 maggio 2012.

⁸ Parere del Comitato economico e sociale europeo sul tema «Il funzionamento e l'applicazione dei diritti acquisiti per i passeggeri del trasporto aereo», in *Gu-Ue* n. C 24 del 28 gennaio 2012, p. 125, par. 2.3.

⁹ Direttiva n. 87/601/Cee del Consiglio del 14 dicembre 1987 sulle tariffe per i servizi aerei di linea tra gli Stati membri, in *Guce* n. L 374 del 31 dicembre 1987, p. 12. Tale direttiva è inclusa nel c.d. «primo pacchetto» nel quale sono comprese anche la decisione n. 87/602/Cee del Consiglio del 14 dicembre 1987 sulla ripartizione della capacità passeggeri tra vettori aerei nei servizi di linea tra Stati membri e sull'accesso dei vettori aerei alle rotte di servizio aereo di linea tra Stati membri, in *Guce* n. L 374 del 31 dicembre 1987, p. 12 ss., e i Regolamenti (Cee) n. 3975/87 del Consiglio del 14 dicembre 1987 relativo alle modalità di applicazione delle regole di concorrenza alle imprese di trasporti aerei, in *Guce* n. L 374 del 31 dicembre 1987, p. 1 ss., e n. 3976/87 del Consiglio del 14 dicembre 1987 relativo all'applicazione dell'art. 85, par. 3 del Trattato a talune categorie di accordi e pratiche concordate nel settore dei trasporti aerei, in *Guce* n. L 374 del 31 dicembre 1987, p. 9 ss.

¹⁰ Regolamento (Cee) n. 2342/90 del Consiglio, del 24 luglio 1990, sulle tariffe dei servizi aerei di linea, in *Guce* n. L 217 dell'11 agosto 1990, p. 1 ss. Si vedano inoltre i Regolamenti (Cee) n. 2343/90 del Consiglio, del 24 luglio 1990, sull'accesso dei vettori aerei alle rotte intracomunitarie di servizio aereo di linea e sulla ripartizione della capacità passeggeri fra vettori aerei nei servizi aerei di linea tra Stati membri, in *Guce* n. L 217 dell'11 agosto 1990, p. 8 ss., e n. 2344/90 del Consiglio, del 24 luglio 1990, che modifica il Regolamento (Cee) n. 3976/87 relativo all'applicazione dell'art. 85, par. 3 del Trattato a talune categorie di accordi e pratiche concordate nel settore

la normativa comunitaria «verso la liberalizzazione in materia di tariffe aeree (...) che è necessaria per il completamento del mercato interno nel settore dei trasporti aerei»¹¹. Questi atti di diritto derivato non affidavano al passeggero la tutela dei propri diritti di consumatore, ma assegnavano agli Stati membri il compito di valutare la congruità dei costi. La possibilità di inserire tra i criteri di scelta personale anche l'aspetto economico si è affermata gradualmente dopo essere stata riconosciuta in un primo momento dall'art. 4 del Regolamento (Cee) n. 2409/92¹² il quale prescriveva che «i vettori aerei che opera[va]no all'interno della Comunità informa[ssero] il pubblico, a richiesta, di tutte le tariffe aeree passeggeri e delle tariffe merci normali». Tale Regolamento, riconoscendo «l'ampia libertà delle compagnie aeree di determinare autonomamente i loro prezzi»¹³, affidava in pratica al libero mercato la determinazione del costo del servizio aereo limitando il potere di controllo degli Stati membri ai soli casi «che si discosta[vano] significativamente dagli abituali movimenti stagionali dei prezzi comportando perdite generalizzate per tutti i vettori aerei che opera[va]no i servizi aerei in questione» (art. 6, par. 1, lett. b.).

L'esigenza dei passeggeri di confrontare in modo semplice le offerte delle compagnie è stata completamente soddisfatta solo nel momento in cui il legislatore dell'Unione ha introdotto il principio di trasparenza nell'art. 23, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008. Tale norma prescrive di riportare il prezzo complessivo del trasporto unitamente all'importo delle singole voci («tutte le tasse, i diritti e i supplementi inevitabili e prevedibili al momento della pubblicazione»¹⁴) che lo compongono allo scopo di assicurare al consumatore la possibilità di paragonare in modo agevole e veloce la convenienza economica della proposta con le tariffe applicate da altri vettori. Il diritto alla trasparenza è ribadito dal *considerando* n. 27 della direttiva n. 2011/83/UE¹⁵ il

dei trasporti aerei, in *Guce* n. L 217 dell'11 agosto 1990, p. 15 ss., che, con il precedente Regolamento (Cee) n. 2342/90, completano il c.d. «secondo pacchetto» sul trasporto aereo.

¹¹ Regolamento (Cee) n. 2342/90, *cit. supra*, nota 10, *considerando* n. 2.

¹² Regolamento (Cee) n. 2409/92 del Consiglio, del 23 luglio 1992, sulle tariffe aeree per il trasporto di passeggeri e di merci, in *Guce* n. L 240 del 24 agosto 1992, p. 15 ss. Tale Regolamento, con i Regolamenti (Cee) n. 2407/92 del Consiglio, del 23 luglio 1992, sul rilascio delle licenze ai vettori aerei, in *Guce* n. L 240 del 24 agosto 1992, p. 1 ss., e n. 2408/92 del Consiglio, del 23 luglio 1992, sull'accesso dei vettori aerei della Comunità alle rotte intracomunitarie, in *Guce* n. L 240 del 24 agosto 1992, p. 8 ss., costituisce il c.d. «terzo pacchetto».

¹³ Commissione delle Comunità europee, Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, Protezione dei passeggeri del trasporto aereo nell'Unione europea, Com(2000)365 def., 21 giugno 2000, p. 13, par. 29.

¹⁴ Regolamento (Ce) n. 1008/2008, *cit. supra*, nota 3, art. 23, par. 1.

¹⁵ Direttiva n. 2011/83/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva n. 93/13/Cee del Consiglio e della direttiva n. 1999/44/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva n. 85/577/Cee del Consiglio e la direttiva n. 97/7/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, in *Gu-UE* n. L 304 del 22 novembre 2011, p. 64 ss.

quale, pur escludendo da un lato «il trasporto di passeggeri (...) dall'ambito di applicazione della (...) direttiva in quanto (...) già soggetto ad altra legislazione dell'Unione», d'altra parte autorizza l'applicazione delle disposizioni della stessa direttiva in caso di costi occulti gravanti sui contratti di trasporto di passeggeri. Di conseguenza, ai sensi dell'art. 3, par. 3, lett. k, di tale direttiva, alcune norme sui requisiti formali per i contratti a distanza (art. 8, par. 2), sulle tariffe per l'utilizzo di mezzi di pagamento (art. 19) e sui pagamenti supplementari (art. 22) si applicano anche ai contratti di trasporto.

1. I fatti del caso *ebookers.com*

In tale contesto normativo, la Corte ha dunque dovuto deliberare sulla condotta dell'agenzia virtuale di viaggi «*ebookers.com Deutschland GmbH*» (*ebookers.com*) la quale proponeva, tra le diverse offerte presenti sul suo sito internet (pacchetti turistici, soggiorni alberghieri, viaggi *last-minute*), anche l'acquisto di biglietti aerei. Per accedere a quest'ultimo servizio, il consumatore si doveva collegare ad una pagina *web* in cui, dopo la scelta del volo, apparivano le «effettive spese di viaggio» le quali erano composte dal prezzo del biglietto, dall'importo di «tasse e diritti» e dal costo da sostenere per usufruire della «copertura delle spese di annullamento» da parte di una compagnia assicurativa «giuridicamente ed economicamente indipendente dal vettore aereo»¹⁶. L'importo di quest'ultimo onere veniva addebitato tramite una casella preselezionata da cui il consumatore era costretto a rimuovere il segno di spunta (procedura di «*opt-out*») per apporlo su un diverso riquadro qualora volesse rifiutare la proposta. Solo in questo caso il servizio assicurativo non contribuiva alla formazione del «prezzo complessivo del viaggio»¹⁷. Tale operazione di «*opt-out*» non è vietata dalla normativa Ue in materia di tutela dei consumatori¹⁸, ma non è ammessa per l'accettazione dei «supplementi di volo opzionali» in base all'art. 23, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008.

Ritenendo che la procedura adottata da *ebookers.com* non fosse conforme alla legislazione europea sulla vendita dei biglietti aerei, l'Unione federale delle organizzazioni e delle associazioni tedesche dei consumatori¹⁹ (*Bundesverband*

¹⁶ Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa n. C-112/11, *ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV*, cit. *supra*, nota 2, par. 7.

¹⁷ *Ivi*, par. 8.

¹⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Mazák dell'1 marzo 2012 in causa n. C-112/11, *ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, par. 47.

¹⁹ L'intervento dell'associazione dei consumatori potrebbe essere stato stimolato, almeno in parte, dalla Commissione la quale aveva dichiarato che, «afin de favoriser une application rapide et harmonieuse [du règlement (Ce) no. 1008/2008], (...) [elle était] en train de coordonner les efforts

der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV, di seguito: BVV) aveva adito nel dicembre 2009 il *Landgericht Bonn* (tribunale regionale di Bonn). Nel luglio 2010 l'organo giudicante aveva stabilito che il portale internet dell'agenzia di viaggi doveva prevedere un'apposita procedura atta ad acquisire l'esplicito consenso del consumatore alla stipula dell'assicurazione sull'annullamento del viaggio²⁰. In pratica, i giudici avevano sancito che la polizza in questione, costituendo un «supplemento di prezzo opzionale», imponeva l'adesione del cliente attraverso la selezione volontaria di una particolare casella (procedura di «opt-in») come previsto dall'art. 23, par. 1, ultima frase, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008.

Dovendo pronunciarsi sulla vertenza in seguito all'appello proposto dalla *ebookers.com*, l'*Oberlandesgericht Köln* (Corte d'appello di Colonia) si era rivolto in via pregiudiziale alla Corte di giustizia ritenendo che il Regolamento (Ce) n. 1008/2008 contenesse alcuni punti in apparenza contrastanti che rendevano necessaria l'interpretazione dei giudici di Lussemburgo. Da una parte, infatti, la lettera dell'espressione «prestazione di servizi aerei» sembra escludere dall'ambito di applicazione della norma i servizi assicurativi forniti da una compagnia non collegabile dal punto di vista sia giuridico che economico con il vettore²¹. Dall'altra parte, la formulazione dell'art. 23, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008 sembra «ricomprendere tutti i supplementi di prezzo, compresi i supplementi di prezzo opzionali relativi alle prestazioni offerte al passeggero da terzi (...) all'atto della prenotazione del volo»²².

Come messo in evidenza dall'Avvocato Generale, il giudice nazionale ha in pratica invitato la Corte di giustizia a chiarire «se le spese connesse con i viaggi aerei relative a prestazioni di terzi, quali l'assicurazione a copertura delle spese di annullamento del viaggio (...), che vengono rimosse dal rivenditore del volo come parte del prezzo complessivo, costituiscano "supplementi di prezzo opzionali"» che il consumatore, a norma dell'art. 23, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008, deve accettare mediante una chiara manifestazione del proprio esplicito consenso («opt-in») ²³.

des autorités nationales de protection des consommateurs» [risposta data dal signor Tajani a nome della Commissione il 5 febbraio 2009 all'interrogazione scritta n. E 7057/08 di M. Mavrommatis avente per oggetto: «Sovrafatturazione dei biglietti aerei e applicazione del Regolamento (Ce) n. 1008/2008» (<http://www.europarl.europa.eu/sides/getAllAnswers.do?reference=E-2008-7057&language=IT>)].

²⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa n. C-112/11, *ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV*, cit. *supra*, nota 2, par. 9.

²¹ Conclusioni dell'Avvocato Generale Mazák dell'1 marzo 2012 in causa n. C-112/11, *ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV*, cit. *supra*, nota 18, par. 14.

²² *Ivi*, par. 15.

²³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Mazák dell'1 marzo 2012 in causa n. C-112/11, *ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV*, cit. *supra*, nota 18, par. 17.

2. Le diverse argomentazioni delle parti

La vertenza affonda le sue radici nella diversa lettura che l'agenzia di viaggi e l'associazione tedesca dei consumatori davano all'art. 23, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008. Il contrasto riguardava essenzialmente l'applicabilità della nozione di «supplemento di prezzo opzionale» ad una copertura assicurativa per l'annullamento del volo presso una compagnia terza con cui vettore e proponente non erano collegati.

Secondo *ebookers.com*, il Regolamento si prefiggeva esclusivamente di regolare i rapporti contrattuali tra la società di trasporto aereo e il cliente. Di conseguenza, il campo di applicazione di questo atto di diritto derivato non poteva essere esteso alle prestazioni non riconducibili ai servizi aerei e non effettuate dalla compagnia aerea²⁴. Tale mancanza di collegamento era implicita nel fatto che l'agenzia di viaggio versava il costo del biglietto aereo al vettore, le tasse e i diritti ai rispettivi beneficiari ed il corrispettivo della polizza per l'annullamento del volo ad una società assicuratrice «giuridicamente ed economicamente indipendente dal vettore»²⁵.

La BVV, gli Stati membri intervenuti e la Commissione sostenevano una tesi diametralmente opposta ritenendo irrilevante che un servizio complementare opzionale fosse offerto, all'atto dell'acquisto del titolo di viaggio, dal vettore o da un terzo ad esso non collegato. Tale conclusione si basava sulla lettera del quindicesimo²⁶ e del sedicesimo²⁷ *considerando* del Regolamento (Ce) n. 1008/2008 i quali evidenziano la funzione del Regolamento in questione di tutelare il consumatore assicurandogli una percezione immediata del costo del volo e di tutti i servizi collegati²⁸. L'opinione era inoltre avvalorata dalla formulazione dell'art. 2, par. 18, dello stesso Regolamento il quale definisce l'espressione «tariffe aeree passeggeri» come «il prezzo (...) che i passeggeri devono pagare ai vettori aerei o ai loro agenti o altri venditori di biglietti per il proprio trasporto sui servizi aerei, nonché tutte le condizioni per

²⁴ *Ivi*, par. 19 e 20.

²⁵ Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa n. C-112/11, *ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV*, cit. *supra*, nota 2, par. 8.

²⁶ Regolamento (Ce) n. 1008/2008, cit. *supra*, nota 3, *considerando* n. 15: «I clienti dovrebbero poter ottenere tutte le tariffe aeree per il trasporto di passeggeri e merci indipendentemente dal luogo di residenza all'interno della Comunità o dalla loro nazionalità e indipendentemente dal luogo di stabilimento delle agenzie di viaggio all'interno della Comunità».

²⁷ *Ivi*, *considerando* n. 16: «I clienti dovrebbero poter confrontare efficacemente i prezzi per i servizi aerei delle diverse linee aeree. È opportuno, pertanto, che il prezzo finale che il cliente dovrà pagare per i servizi aerei in partenza dalla Comunità sia sempre indicato, comprensivo di tutte le tasse, i diritti ed i supplementi. Si incoraggiano inoltre i vettori aerei comunitari a indicare il prezzo finale dei loro servizi aerei da Paesi terzi verso la Comunità».

²⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Mazák dell'1 marzo 2012 in causa n. C-112/11, *ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV*, cit. *supra*, nota 18, par. 22.

l'applicabilità di tale prezzo, comprese la remunerazione e le condizioni offerte all'agenzia ed altri servizi ausiliari».

Le componenti che concorrono alla formazione dell'importo dovuto dal passeggero per il trasporto sono anche ribadite nell'art. 23, par. 1, del Regolamento in esame secondo il quale «[i]l prezzo finale da pagare (...) include tutte le tariffe aeree passeggeri o merci applicabili, nonché tutte le tasse, i diritti ed i supplementi inevitabili e prevedibili al momento della pubblicazione» coerentemente con la prassi che considera i costi di tutte le operazioni indispensabili compresi nel prezzo richiesto per una prestazione²⁹.

3. La nozione di «supplemento di prezzo opzionale»

Dopo aver valutato le argomentazioni delle parti, la Corte di giustizia si è in un primo momento concentrata sul concetto di «supplemento di prezzo opzionale», evidenziando come tale dizione comprenda i servizi non indispensabili, cioè le prestazioni che, pur completando l'offerta, non sono funzionali al trasporto aereo. Dal momento che gli *optional* non si riferiscono ad attività essenziali per lo svolgimento del viaggio, il diritto dell'Unione stabilisce come il potenziale cliente debba essere messo a conoscenza della loro esistenza, delle loro caratteristiche e del loro prezzo fin «[d]all'inizio di qualsiasi processo di prenotazione»³⁰. Questa procedura, che riprende l'art. 6, par. 1, lett. a., della direttiva n. 2011/83/Ue, applicabile in base all'art. 8, par. 2³¹, dello stesso atto Ue anche ai contratti di trasporto, consente di acquisire la ragionevole sicurezza che la scelta di accettare il servizio opzionale proviene da un consumatore consapevole dei vantaggi e dei costi di tale proposta e del fatto che il rifiuto dell'offerta non impedisce di fruire del trasporto aereo. La richiesta, stabilita dall'art. 23, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008, di attivare, attraverso la selezione di una casella («*opt-in*»), un'apposita funzione

²⁹ Si veda, ad esempio, la decisione n. 2001/98/Ce della Commissione, del 13 ottobre 1999, che dichiara una concentrazione compatibile con il mercato comune e con l'accordo See, secondo la quale «[i]l prezzo del servizio corrisposto dall'abbonato, in cui era integrata una quota fissa per l'affitto e un onere d'esercizio per la singola chiamata (...) era una tariffa globale, che comprendeva tutte le operazioni di commutazione necessarie all'interno della rete» (*Guce* n. L 40 del 9 febbraio 2001, p. 1, par. 38).

³⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa n. C-112/11, *ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV*, cit. *supra*, nota 2, par. 14.

³¹ Direttiva n. 2011/83/Ue, cit. *supra*, nota 15, art. 8, par. 1: «Se un contratto a distanza che deve essere concluso con mezzi elettronici impone al consumatore l'obbligo di pagare, il professionista gli comunica in modo chiaro ed evidente le informazioni di cui all'art. 6, par. 1, lett. a. [le caratteristiche principali dei beni o servizi, nella misura adeguata al supporto e ai beni o servizi], e. [il prezzo totale dei beni o dei servizi comprensivo delle imposte (...)] e, se del caso, tutte le spese aggiuntive di spedizione, consegna o postali e ogni altro costo], o. [la durata del contratto (...)] e p. [la durata minima degli obblighi del consumatore a norma del contratto direttamente prima che il consumatore inoltri l'ordine]».

permette di verificare l'effettiva volontà del passeggero. Attraverso tale accorgimento, si intende quindi evitare che il consumatore poco esperto o disattento acquisti un servizio non essenziale consentendo, nello stesso tempo, l'adesione di coloro che desiderino avvalersene dopo aver valutato i vantaggi derivanti dall'adesione e la congruità del supplemento di prezzo richiesto.

Dopo aver delineato il significato di «supplemento di prezzo opzionale», la Corte ha esaminato se le prestazioni «fornite da una parte diversa dal vettore aereo e fatturate al cliente dal venditore del viaggio unitamente alla tariffa del volo, nel contesto del prezzo complessivo»³², rientrassero all'interno di tale nozione. Richiamando le conclusioni dell'Avvocato Generale³³, i giudici di Lussemburgo hanno precisato che l'obiettivo del Regolamento (Ce) n. 1008/2008 di tutelare il consumatore sarebbe facilmente vanificato se la qualifica di «supplemento di prezzo opzionale» dipendesse dalla natura giuridica del fornitore del servizio stesso³⁴. In effetti, non sembra ragionevole che una stessa prestazione sia definibile opzionale solo nel caso in cui essa sia direttamente erogata dal vettore o da una compagnia assicurativa ad esso collegata. Una simile interpretazione restrittiva avrebbe escluso l'inclusione in questa fattispecie di un qualsiasi intermediario. In sintesi, i giudici di Lussemburgo hanno stabilito che il costo di ogni prestazione non essenziale presentata durante la fase di prenotazione del volo deve essere considerato un «supplemento di prezzo opzionale» anche in mancanza di un palese interesse economico del vettore o dell'agente coinvolti nella distribuzione dell'offerta³⁵. Di conseguenza, il venditore, indipendentemente dal canale di prenotazione utilizzato, deve acquisire l'esplicito consenso del viaggiatore dopo aver comunicato in modo chiaro e non ambiguo all'inizio del processo di prenotazione il supplemento di prezzo richiesto per godere di ogni servizio non funzionale (opzionale) al trasporto aereo.

L'interpretazione è inoltre coerente con l'ambito di applicazione del Regolamento (Ce) n. 1008/2008 che l'art. 1, par. 1³⁶, non circoscrive ai soli vet-

³² Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa n. C-112/11, *ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV*, cit. *supra*, nota 2, par. 11.

³³ Conclusioni dell'Avvocato Generale Mazák dell'1 marzo 2012 in causa n. C-112/11, *ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV*, cit. *supra*, nota 18, par. 22.

³⁴ Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa n. C-112/11, *ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV*, loc. cit., par. 19.

³⁵ Si ricordi che la polizza era stipulata presso una «compagnia assicurativa, che [...] era] giuridicamente ed economicamente indipendente dal vettore aereo» (sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa n. C-112/11, *ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV*, cit. *supra*, nota 2, par. 8).

³⁶ Regolamento (Ce) n. 1008/2008, cit. *supra*, nota 3, art. 1, par. 1: «Il presente Regolamento disciplina il rilascio delle licenze ai vettori aerei comunitari, il diritto dei vettori aerei comunitari di

tori aerei, ma estende anche alla «determinazione del prezzo dei servizi aerei intracomunitari»³⁷ senza stabilire eccezioni per nessun canale di prenotazione (vettore, agenzia di viaggio, sito internet).

4. Sull'esistenza di «una discriminazione delle compagnie aeree rispetto ad altre compagnie del settore dei trasporti»

La Corte non ha ritenuto opportuno pronunciarsi sull'esistenza di una pretesa «discriminazione delle compagnie aeree rispetto ad altre compagnie del settore dei trasporti (quali gli operatori dei servizi ferroviari)»³⁸ alla quale l'Avvocato Generale aveva brevemente accennato nelle sue conclusioni al solo scopo di smentirne seccamente ogni fondamento. La decisione dei giudici di non pronunciarsi sulla questione potrebbe dipendere dal fatto che l'argomento non è funzionale alla risoluzione della problematica in quanto avrebbe forse solo messo in evidenza una disparità di trattamento a favore dell'utente del trasporto aereo³⁹. D'altra parte, a tale situazione «privilegiata» è possibile ovviare solo estendendo esplicitamente la norma a tutto il settore dei trasporti e non negando il riconoscimento giurisprudenziale ad una tutela per il fatto che essa è garantita solo ad una specifica categoria di viaggiatori.

I vantaggi dell'utente aereo rispetto agli altri passeggeri sono tuttavia opinabili, in quanto l'art. 22 della direttiva n. 2011/83/UE, esteso dall'art. 3, par. 3, lett. k., a tutti i contratti di trasporto indipendentemente dalla loro tipo-

prestare servizi aerei intracomunitari e la determinazione del prezzo dei servizi aerei intracomunitari».

³⁷ Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa n. C-112/11, *ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV*, cit. *supra*, nota 2, par. 19.

³⁸ Conclusioni dell'Avvocato Generale Mazák dell'1 marzo 2012 in causa n. C-112/11, *ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV*, cit. *supra*, nota 18, par. 47. In Italia, tale supposta discriminazione potrebbe essere estesa anche alle compagnie marittime dal momento che l'art. 22 della l. n. 99 del 23 luglio 2009, *Disposizioni per lo sviluppo e l'internazionalizzazione delle imprese, nonché in materia di energia*, in *Guri* n. 176 del 31 luglio 2009, *suppl. ord.*, ha inserito dopo l'art. 22 del codice del consumo, di cui al dlgs n. 205 del 6 settembre 2005, in *Guri* n. 235 del 6 settembre 2005, l'art. 22-bis in materia di tutela dei consumatori contro la pubblicità ingannevole delle compagnie marittime, secondo il quale «[è] considerata ingannevole la pubblicità che, riguardando le tariffe praticate da compagnie marittime che operano sul territorio italiano direttamente o in *code-sharing*, reclamizzi il prezzo del biglietto dovuto alla compagnia marittima separatamente dagli oneri accessori, dalle tasse portuali e da tutti gli oneri comunque destinati a gravare sul consumatore, dovendo la compagnia marittima pubblicizzare un unico prezzo che includa tutte queste voci».

³⁹ Il maggior grado di sintesi della sentenza rispetto alle conclusioni non è sorprendente se si considera che l'«Avvocato Generale approfondisc[e], generalmente in modo efficace, le diverse problematiche sottoposte al giudizio della Corte di giustizia, mettendo in evidenza anche aspetti sui quali, spesso volte, la sentenza è costretta purtroppo a sorvolare» (F. CAPELLI, *La sentenza della Corte di giustizia non deve limitarsi a fornire l'interpretazione corretta della normativa applicabile, ma deve anche essere di ausilio per il giudice nazionale tenuto a risolvere il caso concreto*, in questa *Rivista*, 2011, p. 79).

logia, stabilisce l'obbligo di ottenere «il consenso espresso del consumatore per qualsiasi pagamento supplementare» pena la nullità del contratto nel caso in cui l'assenso sia stato «dedotto utilizzando opzioni prestabilite che il consumatore deve rifiutare». Di conseguenza, la Corte, pur attenendosi strettamente alla richiesta di chiarire il significato di «supplemento di prezzo opzionale» per i viaggi aerei, ha precisato anche l'espressione di «qualsiasi pagamento supplementare» nel caso di contratti conclusi dal consumatore per tutte le tipologie di trasporto, per le prestazioni di «un professionista [e ...] per la fornitura di acqua, gas, elettricità o teleriscaldamento»⁴⁰.

5. Conclusioni

Lo scorso anno il Consiglio di Stato italiano aveva affrontato un'analogha questione nel momento in cui aveva giudicato il ricorso di una compagnia aerea contro il provvedimento⁴¹ con cui l'Autorità garante della concorrenza e del mercato aveva sanzionato le condotte tenute dalla ricorrente nel pubblicizzare alcune offerte promozionali⁴². Uno di questi comportamenti era infatti relativo alle modalità di acquisto di una polizza assicurativa facoltativa. L'utente per non usufruire di questo ulteriore servizio doveva «rimuovere l'apposito segno di spunta (*opt-out*), predefinito all'interno di una casella, apponendolo in corrispondenza della ulteriore e diversa casella *Non desidero assicurare il viaggio*»⁴³.

Nel respingere il ricorso del vettore aereo, il Consiglio di Stato aveva stabilito che art. 23 del Regolamento (Ce) n. 1008/2008 «deve ritenersi espressione di un principio generale volto a sancire l'esigenza di chiarezza e trasparenza dell'informazione al consumatore, estensibile a tutte le variabili in grado di incidere sul costo complessivo del trasporto aereo gravanti sul consumatore, e quindi anche ai servizi complementari opzionali, quale l'adesione ad una polizza assicurativa»⁴⁴.

Si può dunque affermare che la Corte e l'autorità nazionale siano giustamente propense a considerare opzionali tutte le prestazioni non indispensabili alla completa fruizione del servizio desiderato coerentemente con l'orientamento legislativo e giurisprudenziale teso alla tutela del consumatore. L'at-

⁴⁰ Direttiva n. 2011/83/UE, *cit. supra*, nota 15, art. 3, par. 1.

⁴¹ Autorità garante della concorrenza e del mercato, provvedimento n. 19953 dell'11 giugno 2009, *PS2145 - Bluexpress - Commissioni non chiare*, in *Bollettino settimanale* dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato, n. 23, 2009, p. 64 ss.

⁴² Sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 3897 del 30 giugno 2011, *Blue Panorama Airlines c. Autorità garante della concorrenza e del mercato*, in www.giustizia-amministrativa.it.

⁴³ Autorità garante della concorrenza e del mercato, provvedimento n. 19953 dell'11 giugno 2009, *loc. cit.*, III. Le risultanze istruttorie, b. Le pratiche commerciali, 3. La proposta di adesione alla polizza assicurativa.

⁴⁴ Sentenza del Consiglio di Stato, sez. VI, n. 3897 del 30 giugno 2011, *loc. cit.*, par. 9.2.

tenzione verso l'utente non può essere allentata dalla constatazione che la procedura di «*opt-out*» sembra indurre solo una modesta percentuale di clienti ad acquistare un servizio che in altre condizioni essi non avrebbero scelto⁴⁵ dal momento che le leggi sono «made (...) for the public – that vast multitude which includes the ignorant, the unthinking and the credulous»⁴⁶. Per questo motivo la Corte ha inteso sanzionare il carattere ingannevole di un messaggio che non evidenziava in modo preciso la possibilità di non impegnarsi al pagamento degli oneri aggiuntivi collegati ad una copertura assicurativa. I giudici di Lussemburgo hanno quindi stabilito che la nozione di «supplemento di prezzo opzionale» abbraccia anche i casi in cui sembra non palesarsi un interesse economico del vettore o dell'agenzia per la vendita del servizio facoltativo. Tale interpretazione è funzionale ad evitare comportamenti elusivi sul coinvolgimento economico del vettore o della società che distribuisce i biglietti aerei. Una tale ipotesi si potrebbe attuare qualora l'azienda che ha ottenuto l'esclusiva per la fornitura del servizio inserisse, ad esempio, a titolo gratuito brevi messaggi pubblicitari o il logo del vettore aereo o dell'agenzia di viaggi nel materiale da essa distribuito.

Di conseguenza, una diversa valutazione dell'art. 23, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008 avrebbe reso vani gli sforzi congiunti di Commissione ed autorità nazionali che hanno permesso di eliminare le violazioni della normativa Ue presenti nelle informazioni riportate da 118 dei 137 siti internet⁴⁷ in precedenza esaminati durante un'indagine sulla vendita *on-line* dei biglietti aerei⁴⁸.

Federico Forni*

SINTESI

Il prezzo di un volo include tutte le tasse, le spese e i supplementi che sono indispensabili al viaggio, mentre i «supplementi di prezzo opzionali» riguardano servizi aggiuntivi non correlati con il trasporto aereo. La tutela dei passeggeri impone di comunicare tali «supplementi di prezzo opzionali» in «modo chiaro, trasparente e

⁴⁵ «[I]l numero di polizze stornate risulta piuttosto basso in quanto stipulata mediamente da 1 passeggero su 5, percentuale all'evidenza fisiologica e certamente non anormale» (Autorità garante della concorrenza e del mercato, provvedimento n. 19953 dell'11 giugno 2009, *cit. supra*, nota 41, IV. Le argomentazioni delle parti, 3. La proposta di adesione alla polizza assicurativa).

⁴⁶ *Charles of the Ritz Distributors Corp. v. Federal Trade Commission*, 143 F.2d 676, p. 679 (2nd Cir. 1944).

⁴⁷ Press Release, IP/09/783 del 14 maggio 2009, Consumatori: le linee aeree cominciano a ripulire i siti *web* che vendono biglietti aerei.

⁴⁸ Press Release, MEMO/07/459 del 14 novembre 2007, EU investigates airline ticket selling websites. Questions and answers; MEMO/08/287 dell'8 maggio 2008, Airline Ticket selling website - EU Enforcement Results. Questions and Answers; MEMO/09/238 del 14 maggio 2009, Airline Ticket selling website - EU Enforcement Results. Questions and Answers.

* Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna.

non ambiguo» prima della prenotazione in modo da consentire la sottoscrizione consapevole dell'offerta mediante la procedura di *opt-in* prescritta dall'art. 23, par. 1, del Regolamento (Ce) n. 1008/2008. Con la sentenza *ebookers.com* (causa n. C-112/11), la Corte ha chiarito che tale procedura non può essere modificata a seconda delle caratteristiche del fornitore del servizio opzionale. Pertanto, le compagnie aeree e tutte le altre società, anche se giuridicamente ed economicamente separate dal vettore, devono uniformarsi a quanto previsto dalla normativa dell'Unione per la vendita dei biglietti aerei.

ABSTRACT

The flight price includes all taxes, fees and surcharges which are essential for the trip, while «optional price supplements» concern additional services not related to air transport. Passengers' protection requires to communicate these «optional price supplements» in «a clear, transparent and unambiguous way» before the booking process to allow an aware consumer to subscribe the offer with the opt-in procedure established in Regulation (EC) No. 1008/2008. In the judgment ebookers.com (case No. C-112/11), the ECJ stated that this procedure cannot be modified according to the characteristics of the provider of the optional service. Thus, both airlines companies and all the other companies, although legally and economically separate from the air carrier, shall conform to this opt-in procedure prescribed by the EU Regulation for the sale of airline tickets.

**È COMPATIBILE CON IL DIRITTO UE IL DIVIETO IMPOSTO
AI PRODUTTORI E DISTRIBUTORI DI VINI DI UTILIZZARE
L'INDICAZIONE «FACILMENTE DIGERIBILE»
NELL'ETICHETTATURA E NELLA PUBBLICITÀ**

Corte di giustizia

Sentenza del 6 settembre 2012 in causa C-544/10*

Deutsches Weintor eG c. Land Rheinland-Pfalz

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 1924/2006, art. 4, par. 3, primo comma, come modificato dal Regolamento (Ue) n. 116/2010 - Prodotti alimentari - Nozione di «indicazioni nutrizionali» e «indicazioni sulla salute» - Commercializzazione di bevande alcoliche - Qualificazione di un vino come «facilmente digeribile» - Tutela dei consumatori da indicazioni fuorvianti - Divieto di indicazioni ambigue od ingannevoli.

1. L'art. 4, par. 3, primo comma, del Regolamento (Ce) n. 1924/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari, come da ultimo modificato dal Regolamento (Ue) n. 116/2010 della Commissione, del 9 febbraio 2010, deve essere interpretato nel senso che i termini «indicazioni sulla salute» ricomprendono un'indicazione come «facilmente digeribile», accompagnata dalla menzione del contenuto ridotto di sostanze considerate negative da un gran numero di consumatori.

2. Il fatto di vietare senza alcuna eccezione, nel Regolamento n. 1924/2006, come modificato dal Regolamento n. 116/2010, a un produttore o a un distributore di vini di usare un'indicazione come quella in esame nel procedimento principale, ancorché di per sé esatta, è compatibile con l'art. 6, par. 1, primo comma, TUE.

* Inedita in *Raccolta*. Il testo integrale della sentenza è reperibile sul sito internet www.curia.europa.eu. In argomento v. *infra*, p. 697 ss., il commento di VITO RUBINO.

(Omissis) **In diritto**

1. La domanda di pronuncia pregiudiziale verte sull'interpretazione degli artt. 2, par. 2, punto 5 e 4, par. 3, primo comma, del Regolamento (Ce) n. 1924/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 dicembre 2006, relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari (*Guce* n. L 404, p. 9), come da ultimo modificato dal Regolamento (Ue) n. 116/2010 della Commissione, del 9 febbraio 2010 (*Guce* n. L 37, p. 16; in prosieguo: il «Regolamento n. 1924/2006»). La domanda riguarda altresì la validità di tali disposizioni alla luce degli artt. 15, par. 1, e 16 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (in prosieguo: la «Carta»).

2. Tale domanda è stata presentata nell'ambito di una controversia tra Deutsches Weintor eG (in prosieguo: «Deutsches Weintor»), una cooperativa viticola tedesca, e i servizi incaricati di controllare la commercializzazione delle bevande alcoliche nel Land Renania-Palatinato, in merito alla qualificazione di un vino come «facilmente digeribile», con cui si segnala un ridotto tenore di acidità.

(Omissis)

Procedimento principale e questioni pregiudiziali *(Omissis)*

Sulle questioni pregiudiziali

Sulle prime due questioni

27. Con le prime due questioni, che è opportuno esaminare congiuntamente, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se l'art. 4, par. 3, primo comma, del Regolamento n. 1924/2006 debba essere interpretato nel senso che i termini «indicazioni sulla salute» ricomprendono un'indicazione come «facilmente digeribile», accompagnata dalla menzione del contenuto ridotto di sostanze considerate negative da un gran numero di consumatori.

(Omissis)

34. A tal riguardo, dal tenore letterale dell'art. 2, par. 2, punto 5, del Regolamento n. 1924/2006 discende che le «indicazioni sulla salute», a norma del suddetto Regolamento, vengono definite in base al rapporto che deve esistere tra un alimento o uno dei suoi componenti, da una parte, e la salute, dall'altra. Ciò posto, è giocoforza constatare che siffatta definizione non fornisce alcuna precisazione né in ordine al carattere diretto o indiretto che tale rapporto deve avere, né in ordine alla sua intensità o alla sua durata. Atteso quanto precede, il termine «rapporto» va inteso in senso ampio.

35. Pertanto, da un lato, la nozione di «indicazioni sulla salute» deve ricomprendere non soltanto un rapporto che implichi un miglioramento dello stato di salute riconducibile al consumo di un alimento, ma anche qualsiasi rapporto che implichi l'assenza o la riduzione degli effetti negativi o nocivi per la salute che accompagnano o seguono, in altri casi, un siffatto consumo e, dunque, la mera preservazione di un buono stato di salute nonostante il suddetto consumo potenzialmente dannoso.

36. D'altro lato, si ritiene che la nozione di «indicazioni sulla salute» riguardi non soltanto gli effetti di un consumo occasionale di una quantità precisa di un ali-

mento atto a generare, di norma, effetti solo temporanei e passeggeri, ma anche quelli di un consumo ripetuto, regolare, o anche frequente, di un siffatto alimento, i cui effetti, per contro, non sono necessariamente solo temporanei e passeggeri.

37. Invero, come discende dalla lettura congiunta dei *considerando* n. 1 e n. 10 del Regolamento n. 1924/2006, è pacifico che le indicazioni dirette a promuovere gli alimenti su cui compaiono, richiamando un vantaggio nutrizionale o fisiologico o qualsiasi altro vantaggio legato alla salute rispetto a prodotti analoghi, orientano le scelte dei consumatori. Tali scelte influenzano direttamente la quantità complessiva delle diverse sostanze nutritive o di altro tipo che essi scelgono di assumere, giustificando quindi le restrizioni imposte dal Regolamento in parola per quanto riguarda l'impiego di siffatte indicazioni.

38. Di conseguenza, ai presenti fini, si deve tenere conto tanto degli effetti temporanei e passeggeri quanto degli effetti cumulativi del consumo ripetuto e di lunga durata di un alimento sulle condizioni fisiche.

39. Nella specie, l'indicazione controversa, suggerendo che il vino viene assorbito e digerito bene, sottintende in particolare che il sistema digerente, dunque una parte del corpo umano, non ne soffre o ne soffre poco e che lo stato di questa sistema rimanga relativamente sano e intatto, anche in seguito a un consumo ripetuto, dunque di quantità accumulate, ed esteso su un lungo periodo, poiché tale vino è caratterizzato da una ridotta acidità.

40. In tal senso, l'indicazione di cui trattasi può suggerire un effetto fisiologico benefico duraturo, consistente nella preservazione di un buono stato del sistema digerente, contrariamente ad altri vini di cui si presume che, in seguito al loro consumo cumulato, provochino effetti duraturi negativi per il sistema digerente e, di conseguenza, per la salute.

41. Alla luce delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alle prime due questioni dichiarando che l'art. 4, par. 3, primo comma, del Regolamento n. 1924/2006 deve essere interpretato nel senso che i termini «indicazioni sulla salute» comprendono un'indicazione come «facilmente digeribile», accompagnata dalla menzione del contenuto ridotto di sostanze considerate negative da un gran numero di consumatori.

Sulla terza questione

42. Con la terza questione, il giudice del rinvio chiede sostanzialmente se il fatto di vietare senza eccezione alcuna, nel Regolamento n. 1924/2006, a un produttore o a un distributore di utilizzare un'indicazione come quella in esame nel procedimento principale, ancorché di per sé esatta, sia compatibile con l'art. 6, par. 1, primo comma, TUE.

43. In forza dell'art. 6, par. 1, primo comma, TUE, l'Unione europea riconosce i diritti, le libertà e i principi sanciti nella Carta, la quale ha lo stesso valore giuridico dei Trattati.

44. Il giudice del rinvio si riferisce, a titolo di diritti fondamentali pertinenti rispetto al divieto di cui trattasi, all'art. 15, par. 1, della Carta, in forza del quale ogni persona ha il diritto di lavorare e di esercitare una professione liberamente scelta o accettata, nonché all'art. 16 di questa stessa Carta, che garantisce la libertà d'impresa.

45. Tuttavia, va anche tenuto conto dell'art. 35, seconda frase, della Carta, il quale richiede che, nella definizione e nell'attuazione di tutte le politiche e azioni dell'Unione, sia garantito un livello elevato di tutela della salute umana. Invero, come emerge dai *considerando* n. 1 e n. 18 del Regolamento n. 1924/2006, la tutela della salute si annovera tra le principali finalità del Regolamento di cui trattasi.

46. Ciò premesso, è alla luce non soltanto della libertà professionale e della libertà d'impresa, ma anche della tutela della salute, che occorre valutare la compatibilità del divieto, senza alcuna eccezione, di un'indicazione come quella in esame nel procedimento principale.

47. Ne consegue che una siffatta valutazione deve essere effettuata nel rispetto della necessaria conciliazione tra i requisiti connessi alla tutela di questi diversi diritti fondamentali protetti dall'ordinamento giuridico dell'Unione e di un giusto equilibrio tra di essi (v., in tal senso, sentenza del 29 gennaio 2008, *Promusicae*, n. C-275/06, in *Raccolta*, I, p. 271, punti 65 e 66).

(*Omissis*)

51. Orbene, in una fattispecie come quella del procedimento principale, l'indicazione controversa, ammettendo che possa essere considerata, di per sé, sostanzialmente esatta nella parte in cui segnala un ridotto tenore di acidità, risulta comunque incompleta. Infatti, detta indicazione evidenzia una determinata qualità atta a facilitare la digestione, mentre tace sulla circostanza che, indipendentemente dal buon decorso della digestione, pericoli inerenti al consumo di bevande alcoliche non sono comunque affatto esclusi e neppure limitati.

52. Pertanto, il legislatore dell'Unione era legittimato a considerare che indicazioni come quelle in esame nel procedimento principale sono ambigue, o anche ingannevoli, qualora si riferiscano ad una bevanda alcolica. Invero, mettendo in rilievo unicamente la facile digeribilità, l'indicazione controversa è atta ad incoraggiare il consumo del vino di cui trattasi e, in definitiva, ad accrescere i rischi inerenti a un consumo non moderato di qualsiasi bevanda alcolica per la salute dei consumatori. Pertanto, il divieto di siffatte indicazioni può essere giustificato alla luce dell'esigenza di garantire un elevato livello di tutela della salute del consumatore.

(*Omissis*)

59. Da quanto precede emerge che il divieto assoluto, di cui al Regolamento n. 1924/2006, di un'indicazione come quella in esame nel procedimento principale deve essere considerato conforme al requisito teso a conciliare i vari diritti fondamentali coinvolti e a stabilire un giusto equilibrio tra di essi.

60. Alla luce dell'insieme delle considerazioni che precedono, si deve rispondere alla terza questione dichiarando che il fatto di vietare senza alcuna eccezione, nel Regolamento n. 1924/2006, a un produttore o a un distributore di vini di usare un'indicazione come quella in esame nel procedimento principale, ancorché di per sé esatta, è compatibile con l'art. 6, par. 1, primo comma, TUE.

(*Omissis*)

FACILMENTE DIGERIBILE ... MA NON PER LA CORTE DI GIUSTIZIA! OVVERO: DELLA NOZIONE DI «INFORMAZIONI SULLA SALUTE» NELL'ETICHETTATURA DELLE BEVANDE ALCOLICHE SECONDO LA NORMATIVA UE

Sommario: Introduzione - 1. La vicenda che ha dato origine al rinvio pregiudiziale - 2. Il contesto normativo: le indicazioni sulla salute nell'etichettatura degli alimenti - 3. Le questioni analizzate dalla Corte di giustizia UE - 4. Valutazioni in chiave giuridica.

Introduzione

La sentenza *Deutsches Weintor eG c. Land Rheinland-Pfalz* del 6 settembre 2012¹ costituisce la prima di un gruppo di rinvii pregiudiziali² ex art. 267 TFUE che hanno interessato di recente il Regolamento (Ce) n. 1924/2006 sui *claim* nutrizionali e salutistici³ nell'etichettatura degli alimenti, ed assume

¹ Causa n. C-544/10, non ancora pubblicata in *Raccolta*, reperibile sul sito internet <http://www.curia.eu>.

² Sono attualmente pendenti tre ulteriori procedimenti che investono il Regolamento (Ce) n. 1924/2006 ed il connesso Regolamento (Ue) n. 432/2012: la causa n. C-51/11, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Bundesgerichtshof* (Germania) il 4 febbraio 2011, *Schutzverband der Spirituosen-Industrie eV c. Sonnthurn Vertriebs GmbH* (Gu-Ue n. C 139 del 4 febbraio 2011, p. 12), tesa ad accertare se nella nozione di «salute» di cui all'art. 2, n. 2, punto 5, del Regolamento (Ce) n. 1924/2006 possa essere ricompreso anche il concetto di «benessere generale»; la causa n. C-299/12, domanda di pronuncia pregiudiziale proposta dal *Nejvyšší správní soud* (Repubblica ceca) il 18 giugno 2012, *Green e Swan Pharmaceuticals CR, a. s. c. Státní zemědělská a potravinářská inspekce*, (Gu-Ue n. C 273 dell'8 settembre 2012, p. 6) tesa ad accertare, fra l'altro, se l'indicazione «Il preparato contiene inoltre calcio e vitamina D 3, che aiutano a ridurre il rischio di sviluppare osteoporosi e fratture», possa essere considerata una indicazione sulla salute ex art. 2, par. 2, n. 6, del Regolamento (Ce) n. 1924/2006 nonostante che da essa non risulti espressamente che il consumo di detto prodotto riduca significativamente un rischio di sviluppare tale malattia umana, ed, infine, la causa n. T-334/12 relativa ad un ricorso proposto il 25 luglio 2012 da *Plantavis e NEM c. Commissione ed EFSA* (Gu-Ue n. C-311 del 13 ottobre 2012, p. 9) tesa ad ottenere l'annullamento dei divieti previsti dal Regolamento (Ce) n. 1924/2006 in combinato disposto con il Regolamento (Ue) n. 432/2012 e con l'elenco EU della Commissione europea relativo alle indicazioni sulla salute consentite e non consentite.

³ Cfr. il Regolamento (Ce) n. 1924/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006 relativo alle indicazioni nutrizionali e sulla salute fornite sui prodotti alimentari (in *Gu-Ue* n. L 404 del 30 dicembre 2006, p. 9 ss.) di cui si dirà *infra*. Sulla norma si vedano i commenti di S. MASINI, *Prime note sulla disciplina europea delle indicazioni nutrizionali e sulla salute*, in *Dir. giur. agr., alim. e amb.*, 2007, p. 73 ss.; F. CAPELLI - B. KLAUS, *Il Reg. CE n. 1924/2006 in materia di indicazioni nutrizionali sulla salute che dovranno essere osservate a partire dal 1° luglio 2007 dagli operatori del settore alimentare e dalle autorità di controllo*, in *Alimenta*, 5/2007, p. 105 ss.; D. GORNY, *Advertising for wine after Regulation (EC) 1924/2006* -

notevole importanza per la portata potenzialmente estensiva dei suoi contenuti in uno dei settori economicamente più dinamici degli ultimi anni: i c.d. prodotti alimentari della salute⁴.

Nei paragrafi che seguono, dopo una breve ricostruzione dei fatti che hanno condotto al giudizio della Corte di giustizia UE e dei più significativi passaggi della sentenza, si cercherà di valutare l'impatto di questa pronuncia su di una serie di problematiche interpretative, e, più in generale, sulle modalità di applicazione del Regolamento che ci si potrà ragionevolmente attendere nel prossimo futuro.

1. La vicenda che ha dato origine al rinvio pregiudiziale

La sentenza in commento nasce dalla contestazione di un *claim* contenuto nell'etichetta di un vino realizzato da una cooperativa di produttori della Renania-Palatinato denominata *Deutsches Weintor*.

La cooperativa commercializzava vini dei vitigni *Dornfelder* e *Grauer/Weißer Burgunder* con l'indicazione «*Edition Mild*» (edizione leggera), accompagnata dalla menzione «lieve acidità». Nell'etichetta veniva inoltre specificato che «grazie al nostro speciale processo protettivo "LO3" di deacidificazione biologica diventa gradevole al palato». Sul collarino delle bottiglie veniva, infine, ulteriormente dichiarato «*Edition Mild bekömmlich*» (Edizione leggera, facilmente digeribile).

L'Autorità locale di controllo, ritenendo l'insieme delle menzioni richiamate ed in particolare l'indicazione «facilmente digeribile» una informazione sulla salute ai sensi del Regolamento (Ce) n. 1924/2006, ne contestava l'impiego in relazione al divieto assoluto di utilizzo di questi *claim* per le bevande alcoliche contenuto nell'art. 4, par. 3, della norma⁵.

Health claims regulation, or how to communicate health benefits of wine to the consumer, in *Riv. dir. alim.*, www.rivistadirittoalimentare.it, n. 3/2007, p. 33 ss.; V. RODRIGUEZ FUENTES, *La publicidad y presentacion de los alimentos. El nuevo Reglamento relativo a las propiedades nutricionales y saludables de los alimentos*, in *Dir. giur. agr., alim. e amb.*, n. 3/2007, p. 148 ss.; L. PETRELLI, *Le nuove regole comunitarie per l'utilizzo di indicazioni sulla salute fornite sui prodotti alimentari*, in *Riv. dir. agr.*, 2009, I, p. 50 ss.; ID., *I prodotti alimentari della salute*, in *Riv. dir. alim.*, www.rivistadirittoalimentare.it, n. 3/2011, p. 5; ID., *Health food and health and nutritionally claims*, in L. COSTATO - F. ALBISINNI (eds.), *European Food Law*, Cedam, 2012, p. 301 ss.; A. MEISTERERNST - B. HABER (eds.), *Health & Nutrition Claims. Commentary on the EU Health Claims Regulation*, Berlin, Lexxion, 2010; AA.VV., *Indicazioni nutrizionali e sulla salute in materia di alimenti nell'Unione europea*, Milano, Tecniche Nuove, 2010; C. BALLKE, *Nutrition and health claims in B2B communications: is Regulation (EC) 1924/2006 applicable?*, in *Eur. Food and Feed Law Rev.*, 3/2011, p. 153 ss.

⁴ La definizione è di L. PETRELLI, *I prodotti alimentari della salute*, in L. COSTATO - P. BORGHI - L. RUSSO - S. MANSERVISI (a cura di), *Dalla riforma del 2003 alla PAC dopo Lisbona. I riflessi sul diritto agrario alimentare e ambientale*, Napoli, Jovene, 2011, p. 291 ss.

⁵ L'art. 4, par. 3, del Regolamento stabilisce che «le bevande contenenti più dell'1,2% in volume di alcol non possono recare indicazioni sulla salute. Per quanto riguarda le indicazioni nutrizionali, sono ammesse soltanto quelle riguardanti un basso tenore alcolico o la riduzione nel contenuto alcolico oppure la riduzione nel contenuto energetico in bevande con un volume alcolico superiore all'1,2%».

La *Deutsches Weintor*, tuttavia, contestava tale interpretazione a motivo della genericità dell'indicazione salutistica (riferibile al semplice "benessere generale" del consumatore e non ad un effetto specifico) nonché dell'assenza di effetti stabili sulla salute umana determinati dalle caratteristiche del prodotto (dato che la maggiore digeribilità dovuta alla bassa acidità non modifica in modo permanente le funzioni fisiologiche dell'organismo). Entrambi i profili, a giudizio della cooperativa, avrebbero dovuto escludere l'applicabilità del Regolamento (Ce) n. 1924/2006 al caso di specie.

La cooperativa promuoveva quindi ricorso amministrativo onde ottenere una sentenza di accertamento della legittimità dell'etichetta contestata, che veniva respinto tanto in primo grado quanto in appello, approdando così al *Bundesverwaltungsgericht*. Qui, in sede di valutazione di legittimità, l'ampiezza attribuita al campo di applicazione della norma dai giudici di merito suscitava perplessità e spingeva la Corte nazionale a disporre un rinvio interpretativo onde accertare 1. se la qualificazione come indicazione sulla salute ai sensi dell'art. 4, par. 3, del Regolamento (Ce) n. 1924/2006 richieda un effetto nutrizionale o fisiologico benefico finalizzato ad un miglioramento duraturo dello stato fisico o se sia sufficiente anche un effetto temporaneo, ossia limitato al periodo dell'assunzione e della digestione dell'alimento; 2. se, per asserire che un siffatto effetto sia fondato sull'assenza o sul contenuto ridotto di una sostanza ai sensi dell'art. 5, par. 1, lett. a., e del *considerando* n. 15 del suddetto Regolamento, sia sufficiente che con tale indicazione si sostenga semplicemente che un effetto, solitamente prodotto da alimenti di questo tipo e spesso percepito come negativo, sia ridotto nel caso concreto; 3. se il divieto assoluto di indicazioni salutistiche, ancorché veritiere, sull'etichettatura di bevande alcoliche disposto dal Regolamento (Ce) n. 1924/2006 possa considerarsi compatibile con l'art. 6, par. 1, primo comma, del Trattato sull'Unione europea in combinato disposto con l'art. 15, par. 1, (libertà professionale) e con l'art. 16 (libertà d'impresa) della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea.

2. Il contesto normativo: le indicazioni sulla salute nell'etichettatura degli alimenti

Al fine di poter effettuare alcune riflessioni sul giudizio dato dalla Corte di giustizia UE nel caso in commento pare anzitutto opportuno richiamare sinteticamente il contesto normativo in cui si colloca il contenzioso.

La disciplina sull'etichettatura degli alimenti ha sempre contenuto un divieto generale di utilizzo di indicazioni ingannevoli circa le proprietà e le caratteristiche del prodotto (cfr. art. 2, comma 1, lett. a., direttiva n. 79/112/Cee⁶

⁶ Cfr. direttiva n. 79/112/Cee del Consiglio del 18 dicembre 1978 relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari destinati al consumatore finale, nonché la relativa pubblicità in *Guce* n. L 33 dell'8 febbraio 1979, p. 1 ss. L'art. 2 della direttiva n. 79/112/Cee prevedeva che «1. L'etichettatura e le

e direttiva n. 2000/13/Ce⁷ sull'etichettatura, la presentazione e la pubblicità dei prodotti alimentari, oggi trasfuso nell'art. 7 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011⁸ concernente la fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori), ed uno specifico divieto assoluto di ogni riferimento a capacità di prevenzione o di cura di patologie, derogabile solo dagli alimenti destinati ad una alimentazione particolare di cui alla direttiva n. 89/398/Cee⁹.

La Corte di giustizia, chiamata ad interpretare la norma, nella sentenza *Sterbenz e Haug*¹⁰ ha stabilito che «la direttiva 79/112 vieta qualunque indicazione attinente alle malattie dell'uomo, indipendentemente dal fatto che essa sia o meno idonea ad indurre il consumatore in errore, nonché le indicazioni che, pur non comportando alcun riferimento alle malattie, bensì, piuttosto, alla salute, si rivelino ingannevoli»¹¹.

In sostanza nella visione della Corte le affermazioni salutistiche generiche (riferite al benessere generale, alle funzioni fisiologiche normali etc.) potevano considerarsi consentite se veritiere ed a condizione che non risultassero assoggettate a specifiche disposizioni nazionali, mentre quelle attinenti gli effetti di tipo "preventivo" o "terapeutico" dovevano considerarsi comunque vietate siccome un alimento generico non poteva essere né accostato né confuso con un farmaco.

relative modalità di realizzazione non devono: *a.* essere tali da indurre in errore l'acquirente, specialmente: *i.* per quanto riguarda le caratteristiche del prodotto alimentare e in particolare la natura, l'identità, le qualità, la composizione, la quantità, la conservazione, l'origine o la provenienza, il modo di fabbricazione o di ottenimento, *ii.* attribuendo al prodotto alimentare effetti o proprietà che non possiede, *iii.* suggerendogli che il prodotto alimentare possiede caratteristiche particolari, quando tutti i prodotti alimentari analoghi possiedono caratteristiche identiche». La norma ha mantenuto formulazione identica nell'art. 2 della direttiva n. 2000/13/Ce e sostanzialmente equivalente nell'art. 7 del Regolamento (Ue) n. 1169/2011.

⁷ Cfr. direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 marzo 2000 relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti l'etichettatura e la presentazione dei prodotti alimentari, nonché la relativa pubblicità, in *Guce* n. L 109 del 6 maggio 2000, p. 29 ss.

⁸ Cfr. Regolamento (Ue) n. 1169/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2011, relativo alla fornitura di informazioni sugli alimenti ai consumatori, che modifica i Regolamenti (Ce) n. 1924/2006 e (Ce) n. 1925/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio e abroga la direttiva n. 87/250/Cee della Commissione, la direttiva n. 90/496/Cee del Consiglio, la direttiva n. 1999/10/Ce della Commissione, la direttiva n. 2000/13/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, le direttive n. 2002/67/Ce e n. 2008/5/Ce della Commissione e il Regolamento (Ce) n. 608/2004 della Commissione, in *Gu-Ue* n. L 304 del 22 novembre 2011, p. 18 ss.

⁹ Cfr. direttiva n. 89/398/Cee del Consiglio del 3 maggio 1989 relativa al ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri concernenti i prodotti alimentari destinati ad un'alimentazione particolare, in *Guce* n. L 186 del 30 giugno 1989, p. 27 ss., oggi sostituita dalla direttiva n. 2009/39/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 6 maggio 2009, relativa ai prodotti alimentari destinati ad un'alimentazione particolare, in *Gu-Ue* n. L 124 del 20 maggio 2009, p. 21 ss.

¹⁰ Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 23 gennaio 2003 in cause riunite n. C-421/00, n. C-426/00 e n. C-16/01, *Sterbenz e Haug*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 1065, su cui si vedano E. SCHIANO, *Libera circolazione delle merci ed etichette alimentari: precisazioni della Corte*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2003, p. 939-942; M. PARDO LEAL, *El TJCE se pronuncia a favor de las alegaciones relativas a la salud en el etiquetado de los productos alimenticios*, in *Unión Europea Aranzadi*, 2004, p. 5-14.

¹¹ Cfr. punto 28.

La suddetta distinzione è venuta meno nel 2006 con l'approvazione del già richiamato Regolamento sui *claim* nutrizionali e salutistici.

La norma, infatti, ponendosi al contempo come specificazione ed in parte eccezione alla disciplina generale, ha autorizzato i riferimenti alla salute sia di carattere generale (cfr. art. 13 dedicato alle affermazioni relative al ruolo di una sostanza nutritiva o di altro tipo per la crescita, lo sviluppo e le funzioni dell'organismo; *claim* relativi alle funzioni psicologiche e comportamentali, al dimagrimento, al controllo del peso, alla riduzione dello stimolo della fame, ad un maggiore senso di sazietà o alla riduzione dell'energia apportata al regime alimentare), sia relativi alla prevenzione e cura delle patologie o allo sviluppo/salute dei bambini (cfr. art. 14 Regolamento (Ce) n. 1924/2006), assoggettando entrambe le categorie ad una complessa procedura di validazione scientifico-giuridica preventiva¹².

Così facendo la norma per un verso ha garantito una maggiore attendibilità delle informazioni c.d. «generiche» in precedenza lasciate alla responsabilità delle imprese ed oggi soggette ad una attenta opera di valutazione dell'EFSA¹³, per altro verso ha "aperto" il mercato alla commercializzazione di prodotti comuni nella cui etichetta sia segnalato un qualche effetto benefico portato da loro ingredienti o componenti nell'ambito della prevenzione o della cura di determinate patologie.

Il quadro così descritto si è poi completato a maggio 2012 con la pubblicazione del Regolamento (Ue) n. 432/2012 della Commissione¹⁴ contenente l'elenco dei *claim* ex art. 13 Regolamento (Ce) n. 1924/2006 i cui contenuti siano stati giudicati scientificamente comprovati dall'EFSA.

A partire dalla pubblicazione di questa norma è così venuta meno la «condizione transitoria» di cui all'art. 27, comma 5, del Regolamento base in forza della quale, in attesa della compilazione dell'elenco delle indicazioni

¹² La procedura per l'inoltro della domanda di valutazione di un nuovo *claim* salutistico è disciplinata dal Regolamento (Ce) n. 353/2008 della Commissione, del 18 aprile 2008, che fissa le norme d'attuazione per le domande che autorizzano le indicazioni sulla salute previste dall'art. 15 del Regolamento (Ce) n. 1924/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, in *Gu-Ue* n. L 109 del 19 aprile 2008, p. 11 ss. come modificato dal Regolamento (Ce) n. 1169/2009 della Commissione, del 30 novembre 2009, in *Gu-Ue* n. L 314 p. 34 ss. L'*iter* è oggi ben descritto nell'apposita guida elaborata dall'EFSA e reperibile sul sito internet all'indirizzo <http://www.efsa.europa.eu/en/nda/nda-guidelines.htm>.

¹³ L'*Authority* per la sicurezza alimentare ha compiuto in questi anni una imponente opera di *screening* e validazione delle affermazioni salutistiche presenti sul mercato. Basti pensare che in seguito alla pubblicazione del Regolamento (Ce) n. 1924/2006 gli Stati membri hanno inoltrato all'Autorità ben 44.000 segnalazioni di *claim* salutistici riconducibili all'art. 13 del Regolamento, successivamente ridotti a 4.637 voci dopo l'accorpamento di molte proposte e l'espunzione delle richieste inconferenti con la norma ed ulteriormente ridotti a sole 222 affermazioni «validate», successivamente recepite dal Regolamento (Ue) n. 432/2012 della Commissione del 16 maggio 2012 relativo alla compilazione di un elenco di indicazioni sulla salute consentite sui prodotti alimentari, diverse da quelle facenti riferimento alla riduzione dei rischi di malattia e allo sviluppo e alla salute dei bambini, in *Gu-Ue* n. L 136 del 25 maggio 2012, p. 1 ss.

¹⁴ Cfr. nota precedente.

ammesse, le imprese alimentari potevano proseguire nell'utilizzo di indicazioni ex art. 13, comma 1, lett. *a*. (*claim* attinenti le funzioni fisiologiche dell'organismo) sotto la propria responsabilità e nel rispetto dei principi generali del Regolamento (condizione che ha portato negli ultimi anni ad una vera e propria "esplosione" di indicazioni salutistiche nelle etichette dei più disparati prodotti alimentari presenti sul mercato).

3. Le questioni analizzate dalla Corte di giustizia UE

La sentenza in commento si inserisce nel contesto descritto analizzando la nozione di «indicazione sulla salute» contenuta nel Regolamento (Ce) n. 1924/2006 e, di conseguenza, la sua portata applicativa.

A norma dell'art. 2, comma 5, del Regolamento per «indicazione sulla salute» deve intendersi «qualunque indicazione che affermi, suggerisca o sottintenda l'esistenza di un rapporto tra una categoria di alimenti, un alimento o uno dei suoi componenti e la salute».

Nella controversia che ha occasionato il rinvio pregiudiziale la *Deutsches Weintor* sosteneva che questa definizione doveva essere intesa restrittivamente, e cioè circoscritta ai soli effetti stabili o duraturi sullo stato di salute del consumatore, di talché un effetto meramente transitorio quale la miglior digestione di una bevanda in relazione alla sua bassa acidità avrebbe dovuto essere giudicato estraneo al campo di applicazione della norma (ed ai suoi conseguenti divieti, ivi incluso quello relativo all'impiego di *claim* salutistici per gli alcolici).

L'argomento della parte veniva svolto non solo con riferimento alla corretta ricostruzione della nozione di «salute», ma anche in relazione alla necessità di garantire un bilanciamento fra la tutela dei beni giuridici protetti dalla norma (salute, consumatori) e le libertà economiche fondamentali (d'impresa, di esercizio di una professione, di proprietà) riconosciute tanto dai Trattati quanto dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea¹⁵.

La Corte ha tuttavia disatteso le speranze dei viticoltori.

Con riguardo al primo aspetto, infatti, i giudici di Lussemburgo, hanno stabilito che «dal tenore letterale dell'articolo 2, paragrafo 2, punto 5, del regolamento n. 1924/2006 discende che le "indicazioni sulla salute", a norma del suddetto regolamento, vengono definite in base al rapporto che deve esistere tra un alimento o uno dei suoi componenti, da una parte, e la salute, dall'altra. Ciò posto è giocoforza constatare che siffatta definizione non fornisce alcuna precisazione né in ordine al carattere diretto o indiretto che tale rap-

¹⁵ In particolare la sentenza prende in considerazione sia la necessità di una regolamentazione *ad hoc* per le bevande alcoliche, sia il bilanciamento con l'art. 35 della Carta (tutela della salute umana) e gli artt. 15 (libertà professionale e diritto di lavorare), 16 (libertà d'impresa) e 17 (diritto di proprietà).

porto deve avere, né in ordine alla sua intensità o alla sua durata. Atteso quanto precede, il termine "rapporto" va inteso in senso ampio»¹⁶. Ciò anche in considerazione del fatto che «dalla lettura congiunta dei considerando 1 e 10 del regolamento n. 1924/2006, è pacifico che le indicazioni dirette a promuovere gli alimenti su cui compaiono, richiamando un vantaggio nutrizionale o fisiologico o qualsiasi altro vantaggio legato alla salute rispetto a prodotti analoghi, orientano le scelte dei consumatori. Tali scelte influenzano direttamente la quantità complessiva delle diverse sostanze nutritive o di altro tipo che essi scelgono di assumere, giustificando quindi le restrizioni imposte dal regolamento in parola per quanto riguarda l'impiego di siffatte indicazioni»¹⁷.

Quanto poi alla lamentata eccessiva compressione delle libertà economiche fondamentali data dal divieto assoluto di fare ricorso ad affermazioni salutistiche nelle etichette delle bevande alcoliche, la Corte, richiamando la propria consolidata giurisprudenza sul punto¹⁸, ha ricordato che «la valutazione deve essere effettuata nel rispetto della necessaria conciliazione tra i requisiti connessi alla tutela di questi diversi diritti fondamentali protetti dall'ordinamento giuridico dell'Unione e di un giusto equilibrio tra di essi»¹⁹ avendo al riguardo «già riconosciuto più volte che le misure che limitano le possibilità di pubblicità per le bevande alcoliche, e che mirano in tal modo a lottare contro l'abuso di alcol, rispondono a preoccupazioni di sanità pubblica e che la tutela di quest'ultima costituisce, come discende dall'art. 9 TFUE, un obiettivo di interesse generale idoneo a giustificare, ove necessario, una restrizione di una libertà fondamentale»²⁰.

Ciò tanto più ove si consideri che, secondo la giurisprudenza della Corte, «il libero esercizio di un'attività professionale, al pari del diritto di proprietà, non risulta essere una prerogativa assoluta, ma va considerato in relazione alla sua funzione nella società. Di conseguenza è possibile apportare restrizioni all'esercizio di dette libertà, purché dette restrizioni rispondano effettivamente a finalità di interesse generale perseguite dall'Unione e non si risolvano,

¹⁶ Cfr. punto 34 della sentenza in commento.

¹⁷ *Ivi*, punto 37.

¹⁸ In particolare la Corte ha ricordato le proprie sentenze in materia di divieto di pubblicità delle bevande alcoliche: 10 luglio 1980 in causa n. 152/78, *Commissione c. Francia*, in *Raccolta*, 1980, p. 2299, punto 17; 25 luglio 1991 in cause riunite n. C-1/90 e n. C-176/90, *Aragonesa de Publicidad e Publivia*, in *Raccolta*, 1991, I, p. 6569, punto 30; 13 luglio 2004 in causa n. C-429/02, *Bacardi France SAS, già Bacardi-Martini SAS c. Télévision française 1 SA (TF1), Groupe Jean-Claude Darmon SA e Giro Sport SARL*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 6613, punto 37 e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 771, nonché la sentenza 29 gennaio 2008 in causa n. C-275/06, *Promusicae*, punti 65 e 66, in relazione all'esigenza di bilanciamento dei diversi valori contrapposti, in *Raccolta*, 2008, I, p. 271, e annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 499.

¹⁹ Cfr. punto 47 della sentenza in commento.

²⁰ *Ivi*, punto 49.

considerato lo scopo perseguito, in un intervento sproporzionato e inammissibile che pregiudichi la stessa sostanza di tali diritti»²¹.

La Corte ha, quindi, per un verso esteso notevolmente il campo di applicazione del Regolamento, attraendo, come si dirà, nella sua orbita ogni riferimento anche solo indiretto o potenziale allo stato di fisiologico benessere del consumatore medio, per altro verso ha giudicato le sue finalità principali preminenti rispetto ad ogni altra considerazione di carattere economico e tendenzialmente proporzionate allo scopo perseguito, così validandone il fondamento giuridico e la struttura generale.

4. Valutazioni in chiave giuridica

È stato giustamente osservato²² che la decisione in commento soffriva di una ipoteca pregiudiziale portata dalla particolare natura del prodotto (bevanda alcolica) per cui è stata impiegata l'indicazione salutistica che ha originato il contenzioso, circostanza che ha indubbiamente spinto la Corte ad adottare un atteggiamento rigido e che non consente facili previsioni circa il futuro atteggiarsi della giurisprudenza UE su vicende analoghe per prodotti di natura diversa.

Al riguardo, con le richiamate doverose cautele, si possono comunque formulare alcune osservazioni di carattere sistematico sulla disciplina in commento ed ipotizzare le ricadute a breve termine della sentenza in relazione alla crescente importanza del settore in discussione.

Con riferimento al profilo sistematico l'ampiezza conferita per via interpretativa al Regolamento (Ce) n. 1924/2006 potrebbe ovviare allo scomposto sviluppo del settore degli alimenti salutistici, la cui disordinata regolamentazione ha generato negli ultimi anni numerosi problemi interpretativi e l'aumento di prodotti *border line* privi di una disciplina specifica.

È noto che accanto alla prima direttiva sui prodotti destinati ad una alimentazione particolare²³ sono state approvate nel corso del tempo numerose altre disposizioni concernenti prodotti alimentari con effetti salutistici, quali, a titolo esemplificativo, la disciplina degli integratori alimentari²⁴, la normati-

²¹ Cfr. punto 54 della sentenza, ed *ivi* richiamate le precedenti sentenze della Corte 14 dicembre 2004 in causa n. C-210/03, *Swedish Match*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 11893, punto 72 e annotata in questa *Rivista*, 2005, p. 98; 15 aprile 1997 in causa n. C-22/94, *Irish Farmers Association e a.*, in *Raccolta*, 1997, I, p. 1809, punto 27 nonché 10 luglio 2003 in cause riunite n. C-20/00 e n. C-64/00, *Booker Aquaculture e Hydro Seafood*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 411, punto 68.

²² Cfr. L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *El TJUE interpreta el Reglamento n° 1924/2006 relativo a las declaraciones de propiedades saludables en los alimentos: la sentencia "Deutsches Weintor"*, in *Riv. dir. alim.*, www.rivistadirittoalimentare.it, nr. 3/2012, p. 18. Cfr., inoltre, S. MASINI, *Informazioni sulla salute tra valutazioni etiche e dimensione normativa: il caso del vino*, in *Dir. giur. agr., alim. e amb.*, 2012, p. 679 ss.

²³ Cfr. direttiva n. 89/398/Cee, *cit. supra*, nota 9, e successive modifiche.

²⁴ Cfr. direttiva n. 2002/46/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 10 giugno 2002, per

va sugli alimenti fortificati con vitamine e minerali²⁵, la disciplina degli alimenti arricchiti con gli steroli vegetali²⁶ etc.

A queste fattispecie si sono talora affiancate disposizioni su base nazionale, che hanno fatto pensare alla possibile esistenza di spazi contigui, non coperti da una normativa generale (ancora assente) né da specifiche disposizioni verticali UE²⁷.

L'interpretazione ampia del concetto di «indicazioni sulla salute» confermata oggi dalla Corte di giustizia, abbandonando definitivamente l'antico distinguo fra asserzioni generiche (lasciate alla responsabilità dell'impresa) ed indicazioni specifiche sulla prevenzione/cura delle patologie già tracciato con la ricordata sentenza *Sterbenz e Haug*, sembra capace di attrarre nell'orbita del Regolamento (Ce) n. 1924/2006 ogni aspetto dell'etichettatura riferibile alla salute a prescindere dalla tipologia di prodotto in questione e dal contenuto più o meno esplicito del messaggio.

Con il Regolamento in oggetto e le sue restrizioni dovranno così fare i conti – a titolo esemplificativo – tutti gli alimenti fortificati disciplinati o "approvati" a livello nazionale, non solo con riferimento alle ipotesi di circolazione transfrontaliera, ma anche nelle fattispecie c.d. «meramente interne»²⁸.

Del pari prodotti regolati da autonoma disciplina UE, come gli integratori alimentari ed i prodotti destinati ad una alimentazione particolare, pur se formalmente eccettuati dall'applicazione del Regolamento (Ce) n. 1924/2006 ai sensi del suo art. 1, comma 5, non potranno comunque sfuggire nei prossimi mesi ad una complessa opera di razionalizzazione, non essendo immaginabile che affermazioni ritenute scientificamente infondate o prive di prova per ali-

il ravvicinamento delle legislazioni degli Stati membri relative agli integratori alimentari, in *Guce* n. L 183 del 12 luglio 2002, p. 51 ss.

²⁵ Cfr. Regolamento (Ce) n. 1925/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 dicembre 2006 sull'aggiunta di vitamine e minerali e di talune altre sostanze agli alimenti, in *Gu-Ue* n. L 404 del 30 dicembre 2006, p. 26 ss.

²⁶ Cfr. il Regolamento (Ce) n. 608/2004 della Commissione, del 31 marzo 2004, relativo all'etichettatura di prodotti e ingredienti alimentari addizionati di fitosteroli, esteri di fitosterolo, fitostanoli e/o esteri di fitostanolo, in *Gu-Ue* n. L 97 dell'1 aprile 2004, p. 44 ss.

²⁷ Cfr. L. PETRELLI, *I prodotti alimentari della salute*, cit. *supra*, nota 4, p. 297, il quale, dando atto che «non essendo la categoria dei prodotti alimentari della salute configurata dall'ordinamento giuridico comunitario la sua elaborazione è possibile soltanto in via interpretativa» (p. 297) individua la «ipotesi in cui l'operatore del settore alimentare voglia produrre e commercializzare determinati prodotti come alimenti (prodotti alimentari della salute) senza ricorrere alla disciplina del regolamento (CE) n. 1924/2006 allorché l'uso di sostanze in essi contenute, responsabili dell'effetto fisiologico, non sia armonizzato a livello comunitario ma autorizzato dal singolo Stato membro tramite liste positive con eventuale previsione di una indicazione obbligatoria degli effetti plausibili stabilita dalla normativa nazionale», indicandone la problematicità in ordine alla possibilità che gli Stati membri non applichino il mutuo riconoscimento per rilevanti problemi di sicurezza (p. 303).

²⁸ In questo senso, sia pur con qualche accento dubitativo, lo stesso L. PETRELLI, *I prodotti alimentari della salute*, loc. cit., p. 304-305, che parla di «indiretti processi di armonizzazione comunitaria concernenti l'uso di sostanze diverse dalle vitamine e dai minerali», ove il Regolamento (Ce) n. 1924/2006 svolgerebbe per l'appunto un ruolo di «indiretto elemento di armonizzazione delle sostanze i cui effetti sulla salute sono giustificati scientificamente ed espressi con indicazioni autorizzate e registrate in appositi elenchi comunitari».

menti "generici" possano invece trovare piena dignità nel contesto di disposizioni specifiche i cui processi di controllo e validazione siano gestiti a livello nazionale²⁹.

Appare, inoltre, prevedibile che in futuro cadano sotto il maglio della censura regolatoria anche le denominazioni di ingredienti che incorporino l'effetto funzionale, siccome – anche alla luce dei principi affermati nella sentenza *Deutsches Weintor* – indirettamente atte ad essere qualificate come *claim* salutistico.

Così, sempre a titolo esemplificativo, la menzione «con antiossidanti» inserita in etichetta per segnalare la presenza delle antocianine da frutti rossi potrebbe costituire oggetto di censura perché attribuisce indirettamente all'alimento proprietà salutistiche (protezione dell'organismo dai danni derivanti dallo *stress* ossidativo) pur non essendo inclusa nell'elenco allegato al Regolamento (Ue) n. 432/2012. Allo stesso modo affermazioni generiche legate al "benessere" o non specificamente collegate ad un singolo nutriente come richiesto dall'art. 13 del Regolamento (Ce) n. 1924/2006 potrebbero essere oggetto di rivalutazione alla luce del nuovo perimetro applicativo della norma, trascinando una molteplicità di prodotti ed etichette nel vortice dell'incertezza o costringendoli a percorrere i rigidi (e costosissimi³⁰) binari della validazione preventiva dettati dalla normativa in commento.

In altre parole il Regolamento (Ce) n. 1924/2006 ha acquisito una posizione dominante nel complesso scacchiere delle disposizioni che si riferiscono ai prodotti alimentari della salute, offrendo una copertura globale al settore a prescindere dai singoli interventi regolatori verticali o nazionali, chiamati ad allinearsi ai suoi principi ed alle sue disposizioni esecutive.

Certo, a fronte dell'apprezzabile strutturazione giuridica del sistema non può non rilevarsi il pericolo di una eccessiva costrizione delle imprese in un settore sino ad oggi in forte espansione.

All'indomani della sua pubblicazione il Regolamento *claim* era stato salutato dall'industria come una possibile svolta nel settore ed una straordinaria occasione di sviluppo. Attraverso la valorizzazione di proprietà salutistiche di sostanze anche già scientificamente note si riteneva possibile rivitalizzare

²⁹ Di questo parere sembra essere anche il nostro Ministero competente: cfr. la circolare 5 novembre 2009 del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali *Linea di demarcazione tra integratori alimentari, prodotti destinati ad una alimentazione particolare e alimenti addizionati di vitamine e minerali. Criteri di composizione e di etichettatura di alcune categorie di prodotti destinati ad una alimentazione particolare*, in *Guri*, n. 277 del 27 novembre 2009, nonché la circolare del Ministero del lavoro, della salute e delle politiche sociali, *Linee guida sugli integratori alimentari proposti come coadiuvanti di diete per il controllo e la riduzione del peso*, reperibile sul sito internet all'indirizzo http://www.salute.gov.it/imgs/c_17_pubblicazioni_1015_allegato.pdf.

³⁰ Si stima che il costo di uno studio scientifico-epidemiologico per dimostrare l'esistenza di un effetto salutistico di un alimento con prove *in vivo* in doppio cieco contro individuo sano non sia inferiore a 500.000 euro.

consumi asfittici, generando un volano per ulteriori investimenti in ricerca ed innovazione tecnologica.

È senz'altro vero che un certo utilizzo strumentale della norma negli ultimi anni ha condotto ad una moltiplicazione eccessiva di queste indicazioni, spesso esagerate o addirittura ingannevoli. Tuttavia non si può negare il fatto che la norma abbia fornito una spinta importante al mercato ed incentivato l'approfondimento delle conoscenze sul rapporto alimenti e salute nonché sulle proprietà di molte sostanze contenute negli alimenti che comunemente consumiamo.

Tutto questo appare oggi in discussione³¹, vuoi per la severità adottata dall'EFSA nel valutare la completezza dei *dossier* scientifici e la loro attendibilità anche con riferimento ad effetti spesso banali o scientificamente noti, vuoi per la lettura della norma che la giurisprudenza UE sembrerebbe voler adottare, tesa ad attribuirle una funzione di copertura anche in situazioni legate alla correttezza della comunicazione più che alla tutela della salute dei consumatori.

L'eccessiva dilatazione dei suoi confini applicativi (con i relativi costi di validazione dei *claim*, proibitivi specialmente per le piccole e medie imprese) potrebbe portare in breve tempo ad un impoverimento della competizione economica, compromettendo proprio quel diritto dei consumatori all'informazione che, in larga misura, costituiva l'obiettivo della disciplina.

La piena attuazione (anche sul piano interpretativo) del Regolamento (Ce) n. 1924/2006 in commento, quindi, potrebbe paradossalmente avere effetti ablativi della concorrenza, lasciando peraltro spazio ad operatori più disinvolti che non temano le conseguenze sanzionatorie in caso di violazione delle regole sull'etichettatura degli alimenti.

C'è quindi da augurarsi che nelle future pronunce in materia la Corte tenga in considerazione questo scenario ed adotti quella flessibilità interpretativa che consenta una applicazione ragionevole (ed accessibile) della norma.

Vito Rubino*

³¹ La frustrazione degli investimenti dell'industria nel settore dei prodotti alimentari della salute e delle aspettative circa la crescita del comparto è stata più volte segnalata sia nell'ambito di congressi ufficiali dedicati alla materia (si vedano, al riguardo, gli interventi di D. DONGO al congresso *Innovating Food, Innovating the Law*, Università Cattolica del Sacro Cuore, 14 novembre 2011 e di A. PAONESSA, *Capire i claims. I dubbi e le perplessità dei consumatori e delle imprese*, Modena, 29 settembre 2011, disponibile *on line* all'indirizzo http://www.alimenti-salute.it/materiali/Claims%2029%20matt/Paonessa_claims.pdf), sia in dottrina: cfr. L. GONZÁLEZ VAQUÉ, *El TJUE interpreta el Reglamento n° 1924/2006*, cit. *supra*, nota 22, p. 3, ove l'A. segnala che «lo cierto es que el Reglamento n° 1924/2006 no ha complacido ni a tirios ni a troyanos: se trata de una normativa compleja, en la que abundan las disposiciones innecesariamente complicadas o que prevén intrincados procedimientos en los que deben intervenir diversos organismos comunitarios y que, incluso, en algunos casos, son inaplicables (al menos a corto o medio plazo), como, por ejemplo, el artículo 4 relativo a los perfiles nutricionales». Per ulteriori richiami in materia sia consentito, altresì, rimandare a V. RUBINO, *Le indicazioni sulla salute nelle etichette dei prodotti alimentari dopo la pubblicazione del Regolamento U.E. 432/2012*, in *Alimenta*, 7/8, 2012, p. 147 ss.

* Ricercatore in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi del Piemonte Orientale, sede di Alessandria.

SINTESI

Questa nota commenta la recente sentenza della Corte di giustizia Ue del 6 settembre 2012, *Deutsches Weintor*.

Dopo un inquadramento generale della problematica che ha dato origine al rinvio pregiudiziale ed una sintesi delle motivazioni, l'Autore evidenzia le criticità dell'interpretazione del Regolamento (Ce) n. 1924/2006 in materia di *claim* salutistici offerta dalla Corte di giustizia, ritenuta successivamente restrittiva e non in linea con il principio di proporzionalità.

Vengono quindi analizzate le possibili ricadute negative su di un segmento del mercato alimentare che negli ultimi anni ha conosciuto una notevole espansione.

L'analisi giuridica si estende anche al recente Regolamento (Ue) n. 432/2012 della Commissione europea che adotta un elenco di *claim* salutistici conformi al Regolamento (Ce) n. 1924/2006 ed al ruolo giuocato dalla EFSA nella definizione dei criteri interpretativi della norma base.

L'articolo si conclude con l'auspicio di una futura revisione della posizione giurisprudenziale e normativa sulla materia in oggetto onde raggiungere un più equilibrato compromesso fra tutela della salute, diritti dei consumatori ed interessi economici delle imprese.

ABSTRACT

In this article the Author comments on the recent sentence of the Court of Justice EU of 6 September 2012, *Deutsches Weintor*.

After a general introduction of the issue and a summary of the grounds of the decision, the Author highlights problems with the interpretation of the Regulation (Ec) No 1924/06 given by the Court of Justice and finds it both too restrictive and in non-compliance with the principle of proportionality.

The negative consequences of the sentence in the specific sector of the functional foodstuffs market are analysed, and the juridical evaluation also covers the Commission Regulation (Eu) No 432/2012 of 16 May 2012 establishing a list of permitted health claims made on foods, as well as the role of EFSA in the definition of the criterion to interpret the Regulation on nutritional and health claims.

The article concludes with a request for a future revision of the jurisprudence and the general regulation of this matter in order to achieve a better equilibrium between the protection of health, consumer rights and the economic interests of businesses.

II. MASSIMARIO ANNOTATO*

LA CORTE DI GIUSTIZIA INTERPRETA LA DIRETTIVA N. 2005/29/CE NELL'AMBITO DELLE PRATICHE SLEALI (AGGRESSIVE) NEI CONFRONTI DI UN CONSUMATORE

Corte di giustizia

Sentenza del 18 ottobre 2012 in causa n. C-428/11

Purely creative Ltd, Winners Club Ltd, McIntyre & Dodd Marketing Ltd, Dodd Marketing Ltd, Adrian Williams, Wendy Ruck, Catherine Cummings, Peter Henrye a. c. Office of Fair Trading

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Direttiva n. 2005/29/Ce - Allegato I della direttiva - Pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno - Pratica utilizzata da professionisti consistente nell'informare il consumatore della vincita di un premio e nell'obbligarlo, per ricevere tale premio, a sostenere una qualsiasi spesa - Pratiche commerciali ingannevoli - Pratiche commerciali aggressive - Sussistenza del contrasto.

Il punto 31, secondo trattino, dell'allegato I alla direttiva n. 2005/29/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2005, relativa alle pratiche commerciali sleali delle imprese nei confronti dei consumatori nel mercato interno e che modifica la direttiva n. 84/450/Cee del Consiglio e le direttive n. 97/7/Ce, n. 98/27/Ce e n. 2002/65/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e il Regolamento (Ce) n. 2006/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio («direttiva sulle pratiche commerciali sleali») deve essere interpretato nel senso che esso vieta le pratiche aggressive con cui un professionista, come quelli di cui trattasi nel procedimento principale, dà la falsa impressione che il consumatore abbia già vinto un premio, quando invece il compimento di un'azione volta a reclamare il premio, che si tratti di una richiesta di informazioni relativa alla natura di tale premio o della presa di possesso dello stesso, è subordinato all'obbligo, per il consumatore, di versare del denaro o di sostenere un costo di qualsiasi natura¹.

* A cura di *ENRICA ADOBATI*.

È irrilevante che il costo imposto al consumatore, come il costo di un francobollo, sia irrisorio rispetto al valore del premio, o non procuri al professionista alcun vantaggio².

È del pari irrilevante che le azioni volte a reclamare un premio possano essere realizzate attraverso diversi metodi proposti dal professionista al consumatore, dei quali almeno uno sia gratuito, quando uno o più dei metodi proposti presuppongono che il consumatore sostenga un costo per informarsi sul premio o sulle modalità per ottenerlo³.

Spetta ai giudici nazionali valutare le informazioni fornite ai consumatori alla luce dei considerando 18 e 19 della direttiva n. 2005/29, nonché dell'art. 5, par. 2, lett. b., della stessa, tenendo conto cioè della chiarezza e della comprensibilità di tali informazioni da parte del pubblico al quale la pratica è diretta⁴.

¹⁻⁴ La direttiva n. 2005/29/Ce (in *Gu-Ue* n. L 149 del 2005, p. 22) contribuisce al corretto funzionamento del mercato interno e al conseguimento di un livello elevato di tutela dei consumatori attraverso l'armonizzazione delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative degli Stati membri in materia di pratiche commerciali sleali, lesive degli interessi economici dei consumatori (art. 1) (cfr. sentenza del 23 aprile 2009 in cause riunite n. C-261/07 e n. C-299/07, *VTB-VAB e Galatea*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 2949). All'art. 2, lett. e., della direttiva n. 2005/29/Ce viene chiarito che «falsare in misura rilevante il comportamento economico dei consumatori» significa impiegare una pratica commerciale idonea ad incidere sulla capacità del consumatore di prendere una decisione consapevole, inducendolo, pertanto, ad assumere comportamenti che altrimenti non avrebbe tenuto. La controversia dalla quale è scaturita la sentenza, qui massimata, ha visto contrapposti, da un lato, cinque imprese specializzate nell'invio di materiale pubblicitario e alcuni professionisti alle dipendenze delle imprese stesse e, dall'altro lato, l'Office of Fair trading (di seguito: OFT), l'organo incaricato di vigilare sull'applicazione della disciplina posta a protezione dei consumatori, relativamente alle pratiche utilizzate dai professionisti.

In particolare, la questione pregiudiziale aveva come oggetto l'interpretazione del punto 31 dell'allegato I della direttiva ai sensi del quale costituisce una pratica commerciale aggressiva: «Dare la falsa impressione che il consumatore abbia già vinto, vincerà o vincerà compiendo una determinata azione un premio o una vincita equivalente, mentre in effetti: – non esiste alcun premio né vincita equivalente, oppure – qualsiasi azione volta a reclamare il premio o altra vincita equivalente è subordinata al versamento di denaro o al sostenimento di costi da parte del consumatore». Viene, invece, equiparata ad una pratica commerciale ingannevole la descrizione di un prodotto come gratuito, senza oneri o simili se il consumatore si vede costretto a pagare un sovrappiù rispetto all'inevitabile costo per ritirare o farsi recapitare l'articolo oggetto della vincita.

L'OFT ha introdotto dinanzi alla High Court of Justice Chancery Division un'azione volta a far cessare ai professionisti la distribuzione di promozioni pubblicitarie in quanto pratiche commerciali sleali per i loro contenuti: lettere indirizzate individualmente e tagliandi tipo «gratta e vinci». Il consumatore, per scoprire la propria vincita, era costretto a chiamare un numero telefonico a tariffa maggiorata (senza essere informato circa i costi della telefonata) o ad inviare un SMS (short message service) oppure a chiedere l'informazione inerente la vincita attraverso la posta ordinaria. Il consumatore, spesso, si vedeva costretto a pagare un costo aggiuntivo per la consegna e l'assicurazione. Il giudice nazionale concludeva nel considerare le promozioni in questione pratiche commerciali sleali e nell'invitare i professionisti ad astenersi dal dare al consumatore l'impressione che abbia già vinto un premio, lo vincerà, o lo vincerà compiendo una determinata azione. La Court of Appeal, adita dai professionisti, ha deciso di rivolgersi alla Corte di giustizia al fine di chiarire se l'espressione «falsa impressione» di cui al punto 31 dell'allegato alla direttiva vieti di imporre un costo ad un consumatore al quale è stato comunicato di aver vinto un premio.

A parere della Corte di giustizia, l'obiettivo della direttiva sopra richiamato non potrebbe essere raggiunto se al consumatore, vincitore di un premio, venisse imposto un qualsiasi

costo per ricevere il premio stesso. La Corte ha ritenuto irrilevante che le azioni volte a reclamare un premio possano essere realizzate seguendo diversi metodi proposti al consumatore dal professionista e ha sottolineato che un'informazione chiara e adeguata del consumatore è importante quando il professionista intende far identificare il premio vinto e valutare la consistenza dello stesso. Le pratiche poste in essere sono, pertanto vietate, anche se il costo imposto al consumatore è irrisorio rispetto al valore dell'intera vincita. Infine, la Corte ha precisato che sarà compito dei giudici nazionali valutare se le informazioni date dai professionisti siano state chiare, comprensibili in relazione al gruppo di consumatori al quale la pratica (sleale) era diretta.

LA CORTE DI GIUSTIZIA PRECISA I LIMITI DELLA TUTELA PER GLI UTILIZZATORI DI MEZZI AEREI E FERROVIARI IN TERMINI DI RISARCIMENTO E DI MIGLIORE INFORMAZIONE

I

Corte di giustizia

Sentenza del 23 ottobre 2012 in cause riunite n. C-581/10 e n. C-629/10

Emeka Nelson, Bill Chinazo Nelson, Brian Cheimezie Nelson c. Deutsche Lufthansa AG (n. C-581/10), e The Queen, su istanza di: TUI Travel plc, British Airways plc, easyJet Airline Company Ltd, International Air Transport Association c. Civil Aviation Authority (n. C-629/10)

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Trasporti aerei - Regolamento (Ce) n. 261/2004 - Regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato - Artt. 5-7 - Convenzione per l'unificazione di alcune norme relative al trasporto aereo internazionale - Convenzione di Montreal - Artt. 19 e 29 - Diritto per i passeggeri ad ottenere una compensazione pecuniaria in caso di ritardo del proprio volo - Compatibilità.

Gli artt. 5-7 del Regolamento (Ce) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il Regolamento (Cee) n. 295/91, devono essere interpretati nel senso che i passeggeri di voli ritardati hanno diritto ad una compensazione pecuniaria in forza di tale Regolamento quando, a causa di siffatti voli, subiscono una perdita di tempo pari o superiore a tre ore, vale a dire quando giungono alla loro destinazione finale tre ore o più dopo l'orario di arrivo originariamente previsto dal vettore aereo. Tuttavia, un siffatto ritardo non dà diritto ad una compensazione pecuniaria a favore dei passeggeri se il vettore aereo è in grado di dimostrare che il ritardo prolungato è dovuto a circostanze eccezionali che non si sa-

rebbero potute evitare anche se fossero state adottate tutte le misure del caso, ossia circostanze che sfuggono all'effettivo controllo del vettore aereo¹.

Dall'esame delle questioni pregiudiziali non è emerso alcun elemento idoneo a inficiare la validità degli artt. 5-7 del Regolamento n. 261/2004².

II

Corte di giustizia

Sentenza del 22 novembre 2012 in causa n. C-139/11

Joan Cuadrench Moré c. Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 261/2004 - Regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato - Convenzione di Varsavia - Unificazione di alcune regole relative al trasporto aereo internazionale - Convenzione di Montreal - Compensazione ed assistenza ai passeggeri - Termine entro il quale devono essere promosse le azioni dirette ad ottenere il versamento della compensazione prevista agli artt. 5 e 7 del Regolamento (Ce) n. 261/2004 - Art. 35 Convenzione di Montreal.

Il Regolamento (Ce) n. 261/2004 del Parlamento europeo e del Consiglio dell'11 febbraio 2004, che istituisce regole comuni in materia di compensazione ed assistenza ai passeggeri in caso di negato imbarco, di cancellazione del volo o di ritardo prolungato e che abroga il Regolamento (Cee) n. 295/91, deve essere interpretato nel senso che il termine entro il quale devono essere promosse le azioni dirette ad ottenere il versamento della compensazione prevista agli artt. 5 e 7 di tale Regolamento è stabilito conformemente alle regole di ciascuno Stato membro in materia di prescrizione dell'azione³.

III

Corte di giustizia

Sentenza del 22 novembre 2012 in causa n. C-410/11

Pedro Espada Sánchez, Alejandra Oviedo Gonzáles, Lucía Espada Oviedo, Pedro Espada Oviedo c. Iberia Líneas Aéreas de España SA

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Convenzione per l'unificazione di alcune norme relative al trasporto aereo internazionale - Convenzione di Montreal - Art. 22, par. 2 - Responsabilità dei vettori in materia di bagagli - Perdita di bagagli consegnati in occasione di un trasporto aereo - Limita-

zioni di responsabilità in caso di distruzione, perdita, deterioramento dei bagagli - Bagaglio comune a diversi passeggeri - Registrazione dei bagagli da parte di un solo passeggero - Maggior tutela per i viaggiatori.

L'art. 22, par. 2, della Convenzione per l'unificazione di alcune norme relative al trasporto aereo internazionale, conclusa a Montreal il 28 maggio 1999, firmata dalla Comunità europea il 9 dicembre 1999 e approvata a nome di questa con decisione n. 2001/539/Ce del Consiglio, del 5 aprile 2001, in combinato disposto con l'art. 3, par. 3, di tale Convenzione, deve essere interpretato nel senso che il diritto al risarcimento e la limitazione di responsabilità del vettore in caso di perdita del bagaglio sono applicabili anche nei confronti del passeggero che chieda il risarcimento a titolo di perdita di un bagaglio consegnato a nome di un altro passeggero, a condizione che tale bagaglio perduto contenesse effettivamente gli oggetti del primo passeggero⁴.

IV

Corte di giustizia

Sentenza del 22 novembre 2012 in causa n. C-136/11

Westbahn Management GmbH c. ÖBB-Infrastruktur AG

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Trasporto ferroviario - Regolamento (Ce) n. 1371/2007 - Diritti e obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario - Direttiva n. 2001/14/Ce - Ripartizione della capacità di infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria - Obbligo del gestore dell'infrastruttura ferroviaria di fornire alle imprese ferroviarie, in tempo reale, tutte le informazioni relative alla circolazione dei treni - Comunicazioni relative ai ritardi dei treni in coincidenza.

Il combinato disposto dell'art. 8, par. 2, e dell'allegato II, parte II, del Regolamento (Ce) n. 1371/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 23 ottobre 2007, relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario, dev'essere interpretato nel senso che le informazioni relative alle principali coincidenze devono comprendere, oltre agli orari di partenza previsti nell'orario ferroviario, anche i ritardi o le soppressioni di tali coincidenze, indipendentemente dall'impresa ferroviaria che fornisce le informazioni medesime⁵.

Il combinato disposto dell'art. 8, par. 2, e dell'allegato II, parte II, del Regolamento n. 1371/2007, nonché il combinato disposto dell'art. 5 e dell'allegato II della direttiva n. 2001/14/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 26 febbraio 2001, relativa alla ripartizione della capacità di infra-

struttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria, come modificata dalla direttiva n. 2004/49/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 aprile 2004, devono essere interpretati nel senso che il gestore dell'infrastruttura è tenuto a fornire alle imprese ferroviarie, in modo non discriminatorio, i dati in tempo reale relativi ai treni di altre imprese ferroviarie, laddove detti treni costituiscano le principali coincidenze ai sensi dell'allegato II, parte II, del Regolamento n. 1371/2007⁶.

¹⁻⁶ Il crescente impatto della disciplina europea sui rapporti tra consumatori/utenti/passeggeri e vettori del trasporto aereo e ferroviario ha fatto sì che la Corte di giustizia abbia avuto modo di pronunciarsi ripetutamente sul risarcimento che i soggetti danneggiati possono richiedere tanto al vettore aereo per la perdita di oggetti (causa n. C-410/11), per la cancellazione dei voli nonché per il ritardo nella partenza dei voli stessi (cause n. C-139/11, n. C-629/10 e n. C-581/10) quanto al vettore ferroviario per la corretta informazione cui hanno diritto i passeggeri in ordine ai ritardi o alle soppressioni dei treni collegati nelle principali coincidenze (causa n. C-136/11).

Per quanto riguarda i trasporti aerei, ai sensi del Regolamento (Ce) n. 261/2004 (in *Gu-Ue* n. L 46 del 2004, p. 1) in caso di cancellazione del volo, i passeggeri possono beneficiare di una compensazione pecuniaria. La sentenza pronunciata nella causa n. C-629/10 è scaturita da una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il signor Nelson e, dall'altro lato, la compagnia aerea Deutsche Lufthansa per il diniego, da parte di questa, di riconoscere una compensazione pecuniaria al ricorrente a causa di un ritardo di 24 (ventiquattro) ore nell'arrivo del loro aereo alla destinazione finale rispetto a quello originariamente previsto.

Anche nella causa n. C-581/10, la TUI Travel plc, la British Airways plc, la easyJet Airline Company Ltd e l'International Air Transport Association hanno adito il giudice del rinvio per il rifiuto da parte della Civil Aviation Authority di accogliere la loro richiesta di non interpretare il Regolamento in questione nel senso di imporre loro l'obbligo di risarcire i passeggeri di voli ritardati. La Civil Aviation Authority è un'autorità nazionale indipendente per l'aviazione civile ed è responsabile dell'applicazione della normativa aerea nel Regno Unito.

La Corte di giustizia, sull'esistenza del diritto alla compensazione pecuniaria in caso di ritardo nel volo e sulle condizioni alle quali tale compensazione è dovuta, ha ricordato chiaramente come nel Regolamento (Ce) n. 261/2004 non esista una disposizione che preveda espressamente tale diritto.

Le argomentazioni sviluppate dalla Corte di giustizia nella sentenza del 19 novembre 2009 in cause riunite n. C-402/07 e n. C-432/07, *Sturgeon* (in *Raccolta*, 2009, I, p. 10923 e annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 785) avevano messo l'accento sulle situazioni "paragonabili" (ai fini di una compensazione pecuniaria) in cui potevano trovarsi i viaggiatori di voli ritardati e quelli di voli cancellati. Infatti, in virtù del principio della parità di trattamento, il disagio subito dai soggetti è assolutamente identico: entrambe le categorie di viaggiatori sono private della possibilità di riorganizzare il proprio spostamento e non sono in grado di porre rimedio alla perdita di tempo causata dalla cancellazione o dal ritardo nel volo stesso. Si precisa che prima di tale pronuncia veniva esclusa, in linea di principio, la possibilità di assimilare le ipotesi di ritardo aereo a quello della cancellazione del volo. Ora, invece, un ritardo oltremodo prolungato potrà far sorgere in capo al soggetto danneggiato il diritto alla compensazione che è dovuto dalla compagnia aerea in caso di cancellazione del volo (sul concetto di cancellazione, cfr. sentenza del 13 ottobre 2011 in causa n. C- 83/10, *Rodriguez c. Air France*, inedita in *Raccolta* e annotata in questa *Rivista*, 2011, p. 720).

Ne consegue, a parere della Corte di giustizia, che, essendo lo scopo del Regolamento quello di rafforzare la tutela di tutti passeggeri del trasporto aereo, occorre inevitabilmente trattare in eguale misura le due categorie succitate non potendosi giustificare in alcun modo una disparità di trattamento. I passeggeri di voli ritardati potranno, quindi, beneficiare della compensazione pecuniaria prevista all'art. 5, par. 1, lett. c., punto iii., del Regolamento (Ce) n. 261/2004, salvo che il vettore aereo provi l'esistenza di cause eccezionali.

Sulla validità degli artt. 5-7 del Regolamento (Ce) n. 261/2004 alla luce della Convenzione di Montreal, la Corte ha precisato che la perdita di tempo costituisce un disagio previsto dallo stesso Regolamento, ma essa non può essere qualificata come un danno derivante da ritardo ai sensi dell'art. 29 della Convenzione di Montreal. Tuttavia, la perdita di tempo costituisce una difficoltà al pari di altri disagi legati a situazioni quali la cancellazione del volo e il ritardo prolungato. Ne consegue, a parere della Corte, che l'obbligo derivante dal Regolamento (Ce) n. 261/2004 è diretto a risarcire i passeggeri di voli in ritardo prolungato è compatibile con l'art. 29 della Convenzione di Montreal ed è complementare al sistema risarcitorio previsto da quest'ultima. I passeggeri, che lamentino danni individuali indennizzabili a causa del ritardo, possono ottenere il risarcimento del danno ai sensi della Convenzione di Montreal (cfr., sul punto, sentenza del 10 gennaio 2006 in causa n. C-344/04, *IATA e ELFAA*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 403 e in questa *Rivista*, 2006, p. 41 con commento di M. FRAGOLA, *Convenzione di Montreal e norme comunitarie sull'«overbooking»: la Corte di giustizia riconosce la legittimità dei principi "chiave" dell'ordinamento comunitario*, p. 51 ss.).

La Corte ha precisato, altresì, che l'obbligo di corrispondere una compensazione pecuniaria non viola né il principio della certezza del diritto (cfr. sentenze del 9 luglio 1981 in causa n. 169/80, *Gondrand e Garancini*, in *Raccolta*, 1981, p. 1931; del 13 febbraio 1996, *Van Es Douane Agenten* in causa n. C-143/93, in *Raccolta*, 1996, I, p. 431 e del 14 aprile 2005 in causa n. C-110/03, *Belgio c. Commissione*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 2801) né il principio di proporzionalità (cfr. sentenze del 12 marzo 2002 in causa n. C-27/00 e n. C-122/00, *Omega Air e a.*, in *Raccolta*, 2002, I, p. 2569 e del 12 gennaio 2006 in causa n. C-504/04, *Agrarproduktion Staebelow*, in *Raccolta*, 2006, I, p. 679).

La Corte ha precisato che quando i passeggeri raggiungono la loro destinazione finale tre ore o più dopo l'orario di arrivo originariamente previsto, possono chiedere alla compagnia aerea una compensazione forfettaria tra i 250 e i 600 euro, salvo che il ritardo non sia dovuto a circostanze eccezionali.

Infine, la Corte ha osservato come una limitazione temporale degli effetti di un'interpretazione di una norma di diritto dell'UE, che essa fornisce ex art. 267 TFUE, possa essere ammessa solamente nell'ambito della sentenza stessa che statuisce sull'interpretazione richiesta e, nel contesto della causa n. C-629/10, la Corte non ha inteso limitare nel tempo l'efficacia della sentenza stessa. Viene così lasciata aperta la possibilità, a coloro che lo desiderano, di rivolgersi ai giudici nazionali per lamentare i disagi subiti anche prima della pronuncia in esame, purché ne ricorrano i presupposti.

Con la sentenza pronunciata nella causa *Moré* (n. C-139/11) la Corte di giustizia è intervenuta in materia di termini per promuovere azioni dirette ad ottenere una compensazione pecuniaria per la cancellazione del volo e ha statuito che essi sono stabiliti dalle regole di diritto nazionale di ciascuno Stato membro. L'occasione per pronunciarsi su questo tema è scaturita da una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, il signor Cuadrench Moré e, dall'altro lato, la Koninklijke Luchtvaart Maatschappij, meglio conosciuta come la compagnia aerea KLM, per il rifiuto di quest'ultima di compensare il ricorrente in seguito alla cancellazione di un volo costringendolo a viaggiare così il giorno successivo a quello programmato e con un'altra compagnia aerea.

Quattro anni dopo l'accaduto, il signor Moré ha adito il giudice spagnolo chiedendo alla KLM il risarcimento dei danni a causa della cancellazione del volo. La compagnia aerea, nelle proprie difese, ha fatto valere la prescrizione dell'azione da parte del ricorrente in quanto l'azione si sarebbe dovuta proporre nel termine di due anni ai sensi dell'art. 29 della Convenzione di Varsavia che disciplina le azioni di responsabilità nei confronti dei vettori aerei. Il giudice adito in appello dalla KLM si è rivolto alla Corte di giustizia, non mancando però di richiamare le sentenze della Corte volte a identificare con chiarezza il termine di ricorso applicabile (sentenze *IATA e ELFAA*, cit.; del 22 dicembre 2008 in causa n. C-549/07, *Wallentin-Hermann*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 11061 e annotata in questa *Rivista*, 2008, p. 791; del 22 ottobre 2009 in causa n. C-301/08, *Bogiatzi*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 10185).

La Corte è intervenuta perciò ad interpretare il Regolamento (Ce) n. 261/2004 per chiarire se il termine entro il quale devono essere promosse le azioni dirette ad ottenere il risarcimento dei danni sia quello previsto dalla Convenzione di Montreal o dalle regole di

ciascuno Stato membro in tema di prescrizione dell'azione. La Corte di giustizia ha chiarito, *in primis*, che il Regolamento in questione non prevede alcuna disposizione relativa al termine di prescrizione delle azioni promosse dinanzi ai giudici nazionali e che, in secondo luogo, è compito dell'ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro disciplinare le modalità procedurali dei ricorsi interni nel rispetto dei principi di equivalenza e effettività (cfr., in proposito, sentenza del 25 novembre 2010 in causa n. C-429/09, *Fuß*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 12167). Tenuto conto che la misura risarcitoria esula dal campo di applicazione delle Convenzioni di Varsavia e Montreal, la prescrizione biennale di cui all'art. 29 della Convenzione di Varsavia e all'art. 35 della Convenzione di Montreal non può trovare applicazione alle azioni promosse ai sensi degli artt. 5 e 7 del Regolamento (Ce) n. 261/2004.

I viaggiatori possono chiedere un risarcimento per la perdita dei loro oggetti personali che si trovavano nel bagaglio consegnato a nome di un altro passeggero dello stesso volo aereo. Questo è quanto ha statuito la Corte nel caso *Sanchez c. Iberia* (causa n. C-410/11). In occasione di un viaggio aereo con la compagnia aerea Iberia, i due bagagli della famiglia (padre, madre e due figli) del signor Sanchez venivano smarriti. I quattro passeggeri chiedevano così all'Iberia, ai sensi dell'art. 22, par. 2, della Convenzione di Montreal, il risarcimento dei danni subiti.

Essendo stata parzialmente accolta la domanda dei ricorrenti in primo grado, il giudice di appello adito, domandandosi se solo il passeggero che ha ottenuto lo scontrino identificativo di cui all'art. 3, par. 3, della Convenzione di Montreal (secondo il quale il vettore rilascia al passeggero uno scontrino identificativo per ogni bagaglio consegnato) abbia diritto ad un risarcimento in caso di perdita del bagaglio, si è rivolto alla Corte di giustizia.

Sul punto, la Corte di giustizia ha chiarito che il vettore aereo è responsabile nei confronti del passeggero in caso di perdita di un bagaglio consegnato a nome di un altro passeggero imbarcato sullo stesso volo, qualora nel bagaglio smarrito si trovino beni personali del primo passeggero. La Convenzione di Montreal riconosce, pertanto, un duplice diritto al risarcimento: *i.* un diritto individuale al passeggero che ha consegnato personalmente il proprio bagaglio, *ii.* un diritto individuale al passeggero i cui oggetti si trovavano nel bagaglio consegnato da un altro passeggero imbarcato sullo stesso volo, in caso di perdita di tali oggetti.

Infine, la Corte di giustizia ha chiarito che spetta ai soggetti interessati, sotto il controllo del giudice nazionale, dimostrare il contenuto dei bagagli smarriti nonché il fatto che il bagaglio consegnato a nome di un altro passeggero conteneva realmente gli effetti personali del passeggero imbarcato sullo stesso volo aereo.

La Corte di giustizia è intervenuta anche a tutela dei viaggiatori ferroviari (causa n. C-136/11) per chiarire come i passeggeri dei diversi treni debbano essere sempre informati dei ritardi o della cancellazione dei treni oggetto delle principali coincidenze, indipendentemente dalla società ferroviaria che le garantisce. Ogni impresa ha perciò l'obbligo di comunicare, in tempo reale, informazioni relative allo stato delle principali coincidenze.

La sentenza scaturisce da un caso sollevato in Austria, dove l'impresa ferroviaria Westbahn Management GmbH fornisce servizi ferroviari di trasporto passeggeri in Austria sulla tratta Vienna-Salisburgo. La ÖBB-Infrastruktur AG gestisce l'infrastruttura ferroviaria in Austria nonché gran parte della rete austriaca, compresa la tratta Vienna-Salisburgo e, venendo a conoscenza in tempo reale della posizione di tutti i treni che transitano sulla rete austriaca coordinata, comunica i dati stessi alle varie imprese ferroviarie quando si riferiscono ai loro rispettivi treni.

La Westbahn Management ha chiesto alla ÖBB-Infrastruktur di metterle a disposizione in tempo reale anche i dati relativi ad altre imprese ferroviarie (previo consenso delle stesse alla trasmissione dei dati in questione) al fine di poter offrire ai passeggeri un miglior servizio in termini di coincidenze. La richiesta veniva respinta e si invitava la richiedente a concludere un contratto con ciascuna impresa ferroviaria.

La ricorrente non concludeva alcun contratto ed eccepiva avanti al giudice amministrativo austriaco competente per le controversie relative al settore liberalizzato dei trasporti ferroviari (Schienen - Control Kommission) la contrarietà della mancata comunicazione dei dati richiesti al Regolamento (Ce) n. 1371/2007 relativo ai diritti e agli obblighi dei passeggeri nel trasporto ferroviario (in *Gu-Ue* n. L 315 del 2007, p. 14).

Il giudice austriaco sospendeva il procedimento e si rivolgeva alla Corte di giustizia per

far chiarire se bisogna riconoscere in capo ai passeggeri il diritto di ricevere «dati in tempo reale» sugli orari dei treni, in modo da poter disporre di informazioni aggiornate, nel corso del viaggio e per tutti i vettori (per esempio: ritardi e soppressioni di treni in coincidenza su tutta la rete interessata), o se occorra limitare le suddette informazioni solamente all'orario pubblicato nonché ai ritardi e alle soppressioni attinenti unicamente il vettore che i passeggeri stanno utilizzando.

La Corte di giustizia, nel risolvere la questione, ha sottolineato in primo luogo gli obiettivi perseguiti dal Regolamento (Ce) n. 1371/2007 che possono essere sintetizzati nel seguente modo: *a.* tutelare i diritti dei passeggeri in quanto utenti del trasporto ferroviario; *b.* conseguire un livello elevato di protezione dei consumatori essendo il passeggero ferroviario la parte debole del contratto di trasporto; *c.* ottenere, quanto prima possibile, informazioni sul servizio di trasporto prima e durante il viaggio; *d.* agevolare l'accesso a livello transfrontaliero a tutte le informazioni concernenti le tratte ferroviarie.

Da quanto sopra esposto deriva che le imprese ferroviarie hanno l'obbligo di comunicare in tempo reale le informazioni relative a tutte le principali coincidenze, non limitandosi a garantire solamente quelle dell'impresa interessata. Se non fosse così verrebbe compromesso l'obiettivo di informazione perseguito dal diritto comunitario in quanto i consumatori devono essere messi in condizione di scegliere le imprese ferroviarie in grado di garantire loro in tempo reale tutte le informazioni relative ad ogni tappa del loro viaggio.

Con riferimento, infine, agli obblighi del gestore dell'infrastruttura, la Corte di giustizia, per ribadire che le imprese ferroviarie debbono ricevere dal gestore dell'infrastruttura informazioni in tempo reale sulle principali coincidenze garantite da altre imprese ferroviarie, ha richiamato l'art. 5 della direttiva n. 2001/14/Ce relativa alla ripartizione della capacità dell'infrastruttura ferroviaria e all'imposizione dei diritti per l'utilizzo dell'infrastruttura ferroviaria (in *Guce* n. L 75 del 2001, p. 29) ai sensi del quale le imprese ferroviarie hanno diritto di accesso ai servizi sulla linea nonché il diritto di ricevere tutte le altre informazioni necessarie per la realizzazione e la gestione del servizio.

Infine, si ricorda che nella causa n. C-509/11, *ÖBB- Personenverkehr AG*, l'Avvocato Generale, nelle proprie conclusioni, rese in data 14 marzo 2013, ha dichiarato che i passeggeri dei treni hanno diritto ad essere rimborsati parzialmente del biglietto in caso di un ritardo eccessivo, anche se dovuto a forza maggiore.

È POSSIBILE LIMITARE IL DIRITTO ALLE FERIE RETRIBUITE IN CASO DI RIDUZIONE DELL'ORARIO DI LAVORO

Corte di giustizia

Sentenza dell'8 novembre 2012 in cause riunite cause riunite n. C-229/11 e n. C-230/11

Alexander Heimann (C-229/11) e Konstantin Toltschin c. Kaiser Gmbh (C-230/11)

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Politica sociale - Direttiva n. 2003/88/Ce - Art. 7, par. 1 - Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea - Art. 31, par. 2, della Organizzazione dell'orario di lavoro - Riduzione dell'orario di lavoro - Riduzione del diritto alle ferie annuali retribuite in base alla riduzione dell'orario di lavoro - Indennità finanziaria.

L'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e l'art. 7, par. 1, della direttiva n. 2003/88/Ce del Parlamento europeo e

del Consiglio, del 4 novembre 2003, concernente taluni aspetti dell'organizzazione dell'orario di lavoro, devono essere interpretati nel senso che non ostano a legislazioni o prassi nazionali, come un piano sociale concordato tra un'impresa e il suo comitato aziendale, in base alle quali il diritto alle ferie annuali retribuite di un lavoratore a tempo ridotto è calcolato secondo il principio del pro rata temporis¹.

¹ La Corte di giustizia ha affermato che è possibile limitare il diritto alle ferie annuali in caso di riduzione dell'orario di lavoro. A questa conclusione la Corte è giunta – decidendo con la sentenza sopra massimata – una causa scaturita da una controversia che ha visto contrapposti, da un lato, i ricorrenti, i signori Heimann e Toltschin e, dall'altro lato, il loro datore di lavoro, l'azienda Kaiser (un'impresa dell'indotto dell'industria automobilistica) per il riconoscimento a favore dei lavoratori di un'indennità finanziaria per le ferie annuali retribuite non godute relative al biennio 2009-2010.

Con la questione pregiudiziale sull'interpretazione della direttiva n. 2003/88/Ce (in *Guce* n. L 299 del 2003, p. 9) sollevata dal giudice del Tribunale del lavoro tedesco di Passau, è stato chiesto alla Corte di giustizia di chiarire se un piano sociale, concordato tra un'azienda e il comitato aziendale, che prevede il calcolo del diritto alle ferie annuali retribuite di un lavoratore a tempo ridotto sulla base del principio del *pro rata temporis*, contrasti con il diritto comunitario.

L'azienda Kaiser, infatti, a causa di difficoltà economiche aveva licenziato i ricorrenti e aveva stipulato un piano sociale che prevedeva il prolungamento dei loro contratti di un anno a partire dalla data del loro licenziamento, senza retribuzione: «riduzione dell'orario di lavoro a zero ore». A parere del datore di lavoro, i lavoratori durante questo periodo non potevano maturare il diritto alle ferie annuali retribuite (principio di diritto sociale dell'UE, sancito all'art. 31, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali, cfr. sentenze del 20 gennaio 2009 in cause riunite n. C-350/06 e n. C-520/06, *Schultz-Hoff e a.*, in *Raccolta*, 2009, I, p. 179 e annotata in questa *Rivista*, 2009, p. 85; del 22 novembre 2011 in causa n. C-214/10, *KHS*, e del 3 maggio 2012 in causa n. C-337/10, *Neidel*, inedite in *Raccolta*).

La Corte di giustizia, nel risolvere la questione sottoposta, ha differenziato la posizione del lavoratore che non ha potuto adempiere il suo obbligo di prestare attività lavorativa a causa di una malattia, dalla posizione del lavoratore a tempo parziale (è quella dei ricorrenti) la cui riduzione dell'orario di lavoro si è basata su un piano sociale concordato tra impresa e rappresentanti dei lavoratori. La situazione di un lavoratore a tempo ridotto (per l'attuazione di un piano sociale) è paragonabile, a parere della Corte di giustizia, a quella di un lavoratore "temporaneamente" a tempo parziale.

La Corte ha, pertanto, concluso nell'affermare che è conforme ai principi del diritto comunitario il piano sociale concordato, il quale, in applicazione del principio del *pro rata temporis*, aveva previsto una riduzione del diritto alle ferie annuali retribuite commisurata alla riduzione dell'orario di lavoro dei dipendenti contenuta nel piano sociale per l'intero periodo di durata del medesimo.

LA CORTE DI GIUSTIZIA SI PRONUNCIA SUL CALCOLO DELL'INDENNITÀ DI LICENZIAMENTO NELL'AMBITO DELLE DISCRIMINAZIONI VIETATE

Corte di giustizia

Sentenza del 6 dicembre 2012 in causa n. C-152/11

Johann Odar c. Baxter Deutschland GmbH

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro - Direttiva n. 2000/78/Ce - Quadro generale per la lotta alle discriminazioni fondate sulla religione o le convinzioni personali, gli *handicap*, l'età o le tendenze sessuali - Divieto - Indennità di licenziamento - Disposizioni nazionali che consentono ai lavoratori prossimi all'età pensionabile di essere esclusi dalle prestazioni previste dal piano sociale approvato dal consiglio aziendale o che ricevano prestazioni ridotte - Riduzione dell'importo dell'indennità di licenziamento corrisposta ai lavoratori disabili - Compatibilità per anzianità di servizio - Contrasto per *handicap*.

Gli artt. 2, par. 2, e 6, par. 1, della direttiva n. 2000/78/Ce del Consiglio del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, devono essere interpretati nel senso che essi non ostano ad una normativa contenuta in un regime aziendale di previdenza sociale, la quale preveda che, nel caso di lavoratori di età superiore ai 54 anni licenziati per esigenze economiche, l'indennità loro spettante venga calcolata in base alla prima data utile per il pensionamento, contrariamente al metodo di calcolo regolare, secondo cui tale indennità viene determinata, segnatamente, con riferimento all'anzianità di servizio di modo che l'indennità corrisposta è inferiore all'indennità risultante dall'applicazione di tale metodo, in misura tuttavia quantomeno pari alla metà dell'indennità regolare¹.

*L'art. 2, par. 2, della direttiva n. 2000/78/Ce deve essere interpretato nel senso che esso osta ad una normativa contenuta in un regime aziendale di previdenza sociale, la quale preveda che, nel caso di lavoratori di età superiore ai 54 anni licenziati per esigenze economiche, l'indennità loro spettante venga calcolata sulla base della prima data utile per il pensionamento, contrariamente al metodo di calcolo regolare, secondo cui tale indennità viene determinata, segnatamente, in base all'anzianità di servizio, di modo che l'indennità corrisposta è inferiore all'indennità risultante dall'applicazione di tale metodo, in misura tuttavia non inferiore alla metà dell'indennità regolare, e che, in sede di applicazione di detto metodo alternativo di calcolo, considera la possibilità di percepire una pensione anticipata di vecchiaia versata a causa di un *handicap*².*

¹⁻² Il giudice delle controversie di lavoro di Monaco di Baviera, in qualità di giudice del rinvio, ha invitato la Corte di giustizia a chiarire, nell'ambito di un contenzioso tra il signor Odar e il suo ex datore di lavoro, l'azienda Baxter Deutschland GmbH, se le disposizioni nazionali sulle indennità corrisposte ai lavoratori in caso di licenziamento per esubero (ossia la legge generale sulla parità di trattamento, nonché il piano sociale di licenziamenti per esubero stipulato tra la convenuta nella causa principale e il consiglio aziendale interessato) siano in contrasto con la direttiva n. 2000/78/Ce del Consiglio (in *Guce* n. L 303 del 2000, p. 16).

Il piano sociale, nella fattispecie di cui alla causa decisa dalla Corte, era strutturato in maniera tale da ridurre le prestazioni che sarebbero state altrimenti esigibili da determinati lavoratori, ma non escludeva del tutto questi ultimi dal diritto all'indennità. Il piano prevedeva in favore dei lavoratori aziendali, in caso di cessazione del rapporto di lavoro, un'indennità lorda calcolata in base ad una «formula regolare» e disponeva, per i lavoratori che avessero superato i 54 anni, un'indennità calcolata secondo la «formula alternativa».

Il ricorrente, portatore di un *handicap* grave (invalidità pari al 50%), dopo avere lavorato per oltre trent'anni alla dipendenza della Baxter rassegnava le proprie dimissioni e l'azienda iniziava a corrispondergli un'indennità di licenziamento. Il signor Odar, ritenendo che il calcolo dell'indennità previsto dal piano previdenziale sociale non fosse corretto, ha proposto ricorso dinanzi al giudice del rinvio al fine di far chiarire se una disparità di trattamento derivante dal piano sociale potesse far sorgere a proprio carico una discriminazione basata sull'età e sull'*handicap* (il ricorrente, infatti, chiedeva il versamento di un'indennità supplementare corrispondente alla differenza tra l'indennità versata e l'indennità che il ricorrente avrebbe percepito se, a parità di indennità di servizio, avesse compiuto i 54 anni al momento della cessazione del rapporto di lavoro).

La Corte di giustizia ha affermato che al ricorrente è stata versata la metà dell'indennità risultante dall'applicazione della «formula regolare». La circostanza relativa alla età, ossia il fatto che egli avesse più di 54 anni ha portato al versamento di un importo inferiore a quello che avrebbe potuto pretendere se non avesse superato tale età. Ne consegue, a parere della Corte, che il metodo di calcolo previsto dal piano di previdenza sociale in caso di licenziamento per motivi aziendali realizza una disparità di trattamento fondata sull'età.

Quest'ultima, tuttavia, appare giustificata dall'obiettivo di politica del lavoro perseguito dalla normativa tedesca: la finalità, infatti, dei patti in questione, consiste nel fornire una maggior tutela ai lavoratori per i quali il passaggio ad un nuovo lavoro si riveli difficoltoso a causa delle loro condizioni fisiche e delle limitate risorse finanziarie. La Corte, inoltre, ha sottolineato come la normativa controversa sia il risultato di un negoziato intercorso tra le parti sociali, le quali sono libere di recedere in qualsiasi momento dall'accordo stesso (cfr. sentenze del 5 luglio 2012 in causa n. C-141/11, *Hörnfeldt*, inedita in *Raccolta*; del 12 ottobre 2010 in causa n. C-45/09, *Rosenbladt*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 9391 e annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 707).

Sull'esistenza di una disparità di trattamento fondata sull'*handicap*, la Corte di giustizia ha affermato che la normativa tedesca, nel prendere in considerazione, nell'attuazione del metodo alternativo, la possibilità di percepire una pensione di vecchiaia anticipata in forza di un *handicap*, contrasta con la direttiva n. 2000/78/Ce per il fatto che l'importo dell'indennità di licenziamento versato ad un lavoratore gravemente disabile risulta inferiore a quello percepito da un lavoratore non disabile. La disparità di trattamento tra i lavoratori gravemente disabili e i lavoratori non disabili non può essere giustificata dal fatto di consentire ai primi di percepire la pensione di vecchiaia anticipatamente (tre anni prima) rispetto ai lavoratori non disabili. L'oggettiva difficoltà di reinserimento nel mondo del lavoro non può essere ignorata poiché arreca un eccessivo pregiudizio al legittimo interesse dei lavoratori disabili.

LA CORTE DI GIUSTIZIA FISSA LA PORTATA E I LIMITI DI UNA DOMANDA DI INGIUNZIONE DI PAGAMENTO IN CONFORMITÀ AL REGOLAMENTO (CE) N. 1896/2006

Corte di giustizia

Sentenza del 13 dicembre 2012 in causa n. C-215/11

Iwona Szyrocka c. SiGer Technologie GmbH

Art. 267 TFUE - Questione pregiudiziale - Regolamento (Ce) n. 1896/2006 - Procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento - Semplificazione, accelerazione e riduzione dei costi dei procedimenti per le controversie transfrontaliere in materia di crediti pecuniari non contestati - Mancato rispetto dei requisiti formali della domanda d'ingiunzione previsti dalla legislazione nazionale - Completezza dei requisiti che la domanda deve rispettare - Possibilità di richiedere gli interessi maturati fino alla data del pagamento del capitale - Computo degli interessi - Requisiti formali della domanda - Periodo di tempo per il quale possono essere richiesti interessi sul credito.

L'art. 7 del Regolamento (Ce) n. 1896/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio del 12 dicembre 2006, che istituisce un procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento, dev'essere interpretato nel senso che disciplina in modo esauriente i requisiti che la domanda d'ingiunzione di pagamento europea deve rispettare.

In forza dell'art. 25 di tale Regolamento e nel rispetto dei requisiti in esso contenuti, il giudice nazionale può liberamente determinare l'importo delle spese di giudizio in base alle modalità previste dalla sua legislazione nazionale, purché tali modalità non siano meno favorevoli rispetto a quelle relative a situazioni analoghe assoggettate al diritto interno e non rendano in pratica impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dal diritto dell'Unione¹.

Gli artt. 4 e 7, par. 2, lett. c., del Regolamento n. 1896/2006 devono essere interpretati nel senso che non ostano a che il ricorrente richieda, nell'ambito della domanda d'ingiunzione di pagamento europea, gli interessi per il periodo di tempo intercorrente tra il giorno della loro esigibilità e la data del pagamento del capitale².

Qualora sia ingiunto al convenuto il pagamento al ricorrente degli interessi maturati fino alla data del pagamento del capitale, il giudice nazionale può liberamente determinare le modalità concrete per la compilazione del modulo d'ingiunzione di pagamento europea, di cui all'allegato V del Regolamento n. 1896/2006, purché il modulo in tal modo compilato consenta al convenuto, da un lato, di distinguere senza dubbio alcuno la decisione a tenore della quale egli deve corrispondere gli interessi maturati fino alla data del pagamento del capitale e, dall'altro, d'identificare chiaramente il tasso d'interesse nonché la data a partire dalla quale tali interessi sono richiesti³.

¹⁻³ La Corte di giustizia ha enunciato alcuni importanti principi relativamente al procedimento europeo d'ingiunzione di pagamento di cui all'art. 7 del Regolamento (Ce) n. 1896/2006 (in *Gu-Üe* n. L 399 del 2006, p. 1) che fissa, in particolar modo, i requisiti che una domanda di ingiunzione deve contenere (per esempio: il nome e l'indirizzo delle parti, l'importo del credito, il fondamento dell'azione, etc.). Nella causa decisa dalla Corte di giustizia la disciplina polacca contenuta nel codice di procedura civile, esaminata nella sentenza qui annotata, stabilisce che nei procedimenti relativi a diritti patrimoniali, la domanda deve conte-

nere il valore della controversia, a meno che esso corrisponda all'importo pecuniario indicato. In mancanza di tale indicazione, il giudice invita il ricorrente alla rettifica, al completamento o al pagamento dei diritti relativi al medesimo entro il termine di una settimana.

La controversia dalla quale è scaturita la questione pregiudiziale ha visto contrapposti, da un lato, la signora Szyrocka, cittadina polacca, e, dall'altro lato, la società tedesca SiGer Technologie GmbH. La ricorrente presentava davanti al giudice polacco del rinvio una domanda diretta ad ottenere un'ingiunzione di pagamento europeo contro la convenuta. Il giudice del rinvio, nel verificare i requisiti formali prescritti dal codice di procedura civile, constatava che non era espresso il valore dell'oggetto della controversia in valuta polacca necessario per consentire il calcolo delle spese di giudizio, in quanto l'importo principale era stato indicato in euro. La ricorrente chiedeva, altresì, il pagamento degli interessi.

Il giudice polacco del rinvio ha sospeso il procedimento e si è rivolto alla Corte di giustizia al fine di chiarire se il Regolamento (Ce) n. 1896/2006 disciplini esaurientemente i requisiti che la domanda di ingiunzione deve rispettare o se tale Regolamento definisca solamente i requisiti minimi della domanda lasciando alla legislazione nazionale la regolamentazione di tutti gli altri elementi formali non prescritti dal Regolamento stesso.

A parere della Corte di giustizia, dall'art. 7 del Regolamento (Ce) n. 1896/2006 si evince che gli Stati membri non sono liberi di imporre requisiti ulteriori. Inoltre, la Corte ha osservato che l'obiettivo fondamentale del succitato Regolamento – che è quello di semplificare, accelerare e ridurre i costi dei procedimenti per le controversie transfrontaliere in materia di crediti pecuniari non contestati – sarebbe compromesso qualora gli Stati potessero prevedere, nella loro legislazione nazionale, l'aggiunta di alcuni requisiti essenziali. Ne consegue che l'art. 7 di tale Regolamento disciplina in maniera esauriente i requisiti da rispettare per la domanda di ingiunzione di pagamento. La Corte di giustizia ha precisato, altresì, che le modalità procedurali di determinazione dell'importo delle spese di giudizio rientrano nell'ordinamento giuridico interno degli Stati membri, purché esse rispettino il principio di equivalenza e di effettività.

Con riferimento alla possibilità, per il ricorrente di richiedere anche gli interessi per il periodo di tempo intercorrente tra il giorno della loro esigibilità e la data del pagamento del capitale, la Corte di giustizia ha precisato che il Regolamento (Ce) n. 1896/2006 non richiede che venga indicato espressamente l'importo esatto degli interessi nella domanda di ingiunzione e non richiede nemmeno l'indicazione della data fino alla quale gli interessi vengono richiesti. Qualora tale possibilità venisse negata, si rischierebbe, a parere della Corte, di aggravare la durata e la complessità del procedimento di ingiunzione e di aumentarne gli oneri violando così l'obiettivo del Regolamento in oggetto che è quello di istituire un meccanismo snello riducendo i costi dello stesso procedimento. Ne consegue che le questioni di carattere sostanziale, come quella relativa agli interessi che possono essere richiesti nell'ambito del procedimento, restano disciplinati dal diritto nazionale applicabile al rapporto tra le parti dal quale è scaturito il credito che deve essere recuperato con la procedura che è stata attivata.

Infine, con riferimento al modulo d'ingiunzione di pagamento (le cui modalità di compilazione sono contenute nell'allegato V al Regolamento) che non prevede la possibilità di indicare che il convenuto/debitore è tenuto a corrispondere al ricorrente gli interessi maturati fino alla data del pagamento del capitale, la Corte di giustizia ha statuito che il modulo deve essere adattato alle circostanze particolari della fattispecie in esame affinché il giudice possa essere in grado di adottare una decisione e che le modalità concrete relative alla compilazione possano essere determinate dal giudice nazionale (valuta, tasso di interesse nonché la precisazione che il convenuto/debitore è tenuto al pagamento degli interessi a partire da un giorno determinato fino alla data del pagamento del capitale).

Il creditore ha, quindi, la possibilità di richiedere la totalità degli interessi maturati fino alla data del pagamento dell'importo principale del credito, in modo da non penalizzare lo strumento comunitario rispetto a quelli nazionali magari a lui più favorevoli.

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA E CORTE EDU A CONFRONTO SULLA PORTATA E I LIMITI DEL PRINCIPIO DI RETROATTIVITÀ DELLA LEGGE PENALE PIÙ FAVOREVOLE

I

Corte costituzionale
Sentenza del 19-22 luglio 2011 n. 236*

Presidente Quaranta - Relatore Lattanzi

Corte di cassazione, Corte d'appello di Venezia e Corte d'appello di Bari

Giudizio di legittimità costituzionale - Art. 10, comma 3, della legge 5 dicembre 2005, n. 251 - Art. 117, primo comma Cost. - Art. 7 CEDU - Inapplicabilità dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi, ai processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione - Denunciata violazione del principio di retroattività della legge penale più favorevole al reo garantito dall'art. 7 della CEDU, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo - Carente descrizione della fattispecie concreta e carente motivazione sulla rilevanza - Omessa motivazione

* Il testo integrale della sentenza è pubblicato in *Guri* del 27 luglio 2011 n. 32, 1^a serie speciale, p. 97 ss. In argomento v. *infra*, p. 729 ss., il commento di ANNA IERMANO.

sulle ragioni dell'asserita violazione del parametro evocato - Inammissibilità della questione.

L'art. 10 della legge n. 251 del 2005 (ex Cirielli), nella parte in cui esclude l'applicazione dei nuovi e più brevi termini di prescrizione nei procedimenti già pendenti in fase di appello, non contrasta con l'art. 117 della Costituzione e l'art. 7 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo.

II

**Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera
Sentenza del 17 settembre 2009 - Ricorso n. 10249/03****

Scoppola c. Italia

Art. 7 CEDU - Principio di irretroattività della legge penale - Principio di retroattività della legge penale più mite - Principio *nullum crimen, nulla poena sine lege* - Nozione di «pena» - Prevedibilità della legge penale.

L'articolo 7, par. 1, della Convenzione sancisce non solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma altresì e, implicitamente, il principio della retroattività della legge penale più mite. Tale principio si traduce nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato.

I

(Omissis) In diritto

10. *(Omissis)* Questa Corte ha reiteratamente affermato che il principio di retroattività della disposizione penale più favorevole al reo – previsto a livello di legge ordinaria dall'art. 2, secondo, terzo e quarto comma, cod. pen. – non è stato costituzionalizzato dall'art. 25, secondo comma, Cost., che si è limitato a sancire l'irretroattività delle norme incriminatrici e, in generale, delle norme penali più severe. Esso, dunque, ben può subire deroghe per via di legislazione ordinaria, quando ne ricorra

** Il testo integrale, nelle lingue ufficiali, è reperibile sul sito internet <http://hudoc.echr.coe.int>. Si riporta la traduzione a cura del Ministero della Giustizia, Direzione generale del contenzioso e dei diritti umani, effettuata dagli esperti linguistici Martina Scantamburlo, Rita Carnevali e Ombretta Palumbo, reperibile sul sito internet www.giustizia.it.

una sufficiente ragione giustificativa (*ex plurimis*: sentenze n. 215 del 2008, n. 393 del 2006, n. 80 del 1995, n. 74 del 1980, n. 6 del 1978; ordinanza n. 330 del 1995).

Secondo la giurisprudenza costituzionale, infatti, «il principio di retroattività della *lex mitior* ha una valenza ben diversa, rispetto al principio di irretroattività della norma penale sfavorevole. Quest'ultimo si pone come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell'esigenza della "calcolabilità" delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale. (...) In questa prospettiva, è dunque incontrovertibile che il principio *de quo* trovi diretto riconoscimento nell'art. 25, secondo comma, Cost. in tutte le sue espressioni: e, cioè, non soltanto con riferimento all'ipotesi della nuova incriminazione, sulla quale pure la formula costituzionale risulta all'apparenza calibrata; ma anche con riferimento a quella della modifica peggiorativa del trattamento sanzionatorio di un fatto già in precedenza penalmente represso. In questi termini, il principio in parola si connota, altresì, come valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali. (...) Invece, il principio di retroattività della norma più favorevole non ha alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale, per l'ovvia ragione che, nel caso considerato, la *lex mitior* sopravviene alla commissione del fatto, al quale l'autore si era liberamente autodeterminato sulla base del pregresso (e per lui meno favorevole) panorama normativo. In quest'ottica, la Corte ha quindi costantemente escluso che il principio di retroattività *in mitius* trovi copertura nell'art. 25, secondo comma, Cost.» (sentenza n. 394 del 2006).

L'ambito di operatività del principio di retroattività *in mitius* non deve essere limitato alle sole disposizioni concernenti la misura della pena, ma va esteso a tutte le norme sostanziali che, pur riguardando profili diversi dalla sanzione in senso stretto, incidono sul complessivo trattamento riservato al reo. Come chiarito dalla sentenza n. 393 del 2006, infatti, «la norma del codice penale [che sancisce la regola generale della retroattività della *lex mitior*] deve essere interpretata, ed è stata costantemente interpretata dalla giurisprudenza di questa Corte (e da quella di legittimità), nel senso che la locuzione "disposizioni più favorevoli al reo" si riferisce a tutte quelle norme che apportino modifiche *in melius* alla disciplina di una fattispecie criminosa, ivi comprese quelle che incidono sulla prescrizione del reato».

(*Omissis*) secondo questa Corte «la regola della retroattività della *lex mitior*, pur avendo rango diverso dal principio d'irretroattività della norma incriminatrice, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., non è priva di un fondamento costituzionale» (sentenza n. 215 del 2008). Questo fondamento è stato individuato nel «principio di eguaglianza, che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'abolitio criminis o la modifica mitigatrice» (sentenza n. 394 del 2006).

(*Omissis*) Il principio di eguaglianza costituisce, però, come è stato chiarito da questa Corte, non solo il fondamento, ma anche il limite dell'applicabilità retroattiva della *lex mitior*. Mentre il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, infatti, costituisce un valore assoluto e inderogabile, quello della retroattività *in mitius* è suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli e, in particolare, dalla necessità di

preservare interessi, ad esso contrapposti, di analogo rilievo (*ex multis*: sentenze n. 215 del 2008, n. 394 del 2006, n. 74 del 1980 e n. 6 del 1978). (*Omissis*)

12. (*Omissis*) La Corte di Strasburgo ha costantemente escluso che l'art. 7 della Convenzione sancisse anche «il diritto di beneficiare dell'applicazione di una pena meno severa prevista da una legge posteriore al reato» (decisione della Commissione 6 marzo 1978, X. contro Germania; decisione 5 dicembre 2000, Le Petit contro Regno Unito; decisione 6 marzo 2003, Zaprianov contro Bulgaria, tutte relative a ipotesi di successiva depenalizzazione del reato per il quale il ricorrente era stato condannato), pur ammettendo la non contrarietà alla citata norma convenzionale dell'applicazione retroattiva della disposizione penale più favorevole da parte delle giurisdizioni interne (sentenza 27 settembre 1995, G. contro Francia; decisione del 9 febbraio 2006, Karmo contro Bulgaria). Di recente, però, con la sentenza del 17 settembre 2009 (Scoppola contro Italia) la Grande Camera, mutando il proprio precedente e consolidato orientamento, ha ammesso che «l'art. 7 § 1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa», traducendosi «nella norma secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della commissione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato». (*Omissis*)

14. (*Omissis*) Il principio di retroattività della *lex mitior*, come in generale «le norme in materia di retroattività contenute nell'art. 7 della Convenzione», concerne secondo la Corte le sole «disposizioni che definiscono i reati e le pene che li reprimono» (decisione 27 aprile 2010, Morabito contro Italia; nello stesso senso, sentenza 17 settembre 2009, Scoppola contro Italia).

Il principio riconosciuto dalla CEDU, quindi, non coincide con quello che vive nel nostro ordinamento ed è regolato dall'art. 2, quarto comma, cod. pen. Quest'ultimo infatti riguarda ogni disposizione penale successiva alla commissione del fatto, che apporti modifiche *in melius* di qualunque genere alla disciplina di una fattispecie criminosa, incidendo sul complessivo trattamento riservato al reo, mentre il primo ha una portata più circoscritta, concernendo le sole norme che prevedono i reati e le relative sanzioni.

La diversa, e più ristretta, portata del principio convenzionale è confermata dal riferimento che la giurisprudenza europea fa alle fonti internazionali e comunitarie, e alle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea. Sia l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, sia l'art. 49 della Carta di Nizza, infatti, non si riferiscono a qualsiasi disposizione penale, ma solo alla «legge [che] prevede l'applicazione di una pena più lieve».

Del resto la sentenza Scoppola riguardava proprio una questione relativa alla pena, e non è senza significato che, nel richiamare la precedente e consolidata giurisprudenza sull'art. 7 della CEDU e sulla sua portata, la Corte europea abbia avvertito l'esigenza di chiarire la nozione di pena cui fa riferimento la citata norma convenzionale, specificando che si tratta della misura che viene «imposta a seguito di una condanna per un reato», e non di qualsiasi elemento incidente sul trattamento penale. Perciò è da ritenere che il principio di retroattività della *lex mitior* riconosciuto dalla Corte di Strasburgo riguardi esclusivamente la fattispecie incriminatrice e la pena, mentre sono estranee all'ambito di operatività di tale principio, così delineato, le ipo-

tesi in cui non si verifica un mutamento, favorevole al reo, nella valutazione sociale del fatto, che porti a ritenerlo penalmente lecito o comunque di minore gravità.

15. Una volta individuati i limiti oggettivi del principio di retroattività *in mitius*, riconosciuto dalla Corte europea sulla base dell'art. 7 della CEDU, è agevole la conclusione che esso non può riguardare le norme sopravvenute che modificano, in senso favorevole al reo, la disciplina della prescrizione, con la riduzione del tempo occorrente perché si produca l'effetto estintivo del reato. (*Omissis*)

16. In conclusione deve ritenersi che l'art. 10, comma 3, della legge n. 251 del 2005 – nella parte in cui esclude l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi, nei processi pendenti in appello o avanti alla Corte di cassazione – non si ponga in contrasto con l'art. 7 della CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo, e quindi non violi l'art. 117, primo comma, Cost.

(*Omissis*)

II

(*Omissis*) **In diritto**

103. Nel 1978 la Commissione europea dei diritti dell'uomo ha ritenuto che, a differenza dell'articolo 15 § 1 in fine del Patto delle Nazioni Unite relativo ai diritti civili e politici, l'articolo 7 della Convenzione non sanciva il diritto di beneficiare dell'applicazione di una pena meno severa prevista da una legge posteriore al reato (*X c. Germania*, n. 7900/77, decisione della Commissione del 6 marzo 1978, *Décisions et Rapports* (DR) 13, pp. 70-72). (*Omissis*)

104. (*Omissis*) poiché la Convenzione è anzitutto un meccanismo di tutela dei diritti dell'uomo, la Corte deve tenere conto dell'evoluzione della situazione nello Stato convenuto e negli Stati contraenti in generale e reagire, ad esempio, al consenso che potrebbe emergere per quanto riguarda il livello di protezione da raggiungere (v., tra le altre, *Cossey c. Regno Unito*, 27 settembre 1990, § 35, serie A n. 184, e *Stafford c. Regno Unito* [GC], n. 46295/99, §§ 67-68, CEDU-2002-IV). È di fondamentale importanza che la Convenzione venga interpretata e applicata in modo tale da renderne le garanzie concrete e effettive, e non teoriche e illusorie. Se la Corte non adottasse un approccio dinamico ed evolutivo, un tale atteggiamento rischierebbe di ostacolare qualsiasi riforma o miglioramento (*Stafford*, già cit., § 68, e *Christine Goodwin c. Regno Unito* [GC], n. 28957/95, § 74, CEDU 2002-VI).

105. La Corte considera che è trascorso molto tempo da quando è stata pronunciata la decisione *X c. Germania* sopra citata e che, durante questo tempo, sono intervenuti importanti sviluppi a livello internazionale. In particolare, oltre all'entrata in vigore della Convenzione americana relativa ai diritti dell'uomo, il cui articolo 9 sancisce la retroattività della legge prevedendo l'applicazione di una pena meno severa eventualmente decretata dopo la perpetrazione del reato (paragrafo 36 supra), è opportuno segnalare la proclamazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Il testo dell'articolo 49 § 1 di quest'ultima si discosta – e ciò non può che essere deliberato (v., *mutatis mutandis*, *Christine Goodwin*, già cit., § 100 in fine) – da quello dell'articolo 7 della Convenzione in quanto precisa che «se, posteriormente a tale reato, la legge

prevede una pena più lieve, quest'ultima dovrà essere applicata» (paragrafo 37 supra). Nella causa *Berlusconi e altri*, la Corte di giustizia delle Comunità europee, la cui giurisprudenza è stata confermata dalla Corte di cassazione francese (paragrafo 39 supra), ha ritenuto che questo principio facesse parte delle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri (paragrafo 38 supra). Infine, l'applicabilità della legge penale meno severa è stata iscritta nello statuto della Corte penale internazionale e affermata nella giurisprudenza del TPIY (paragrafi 40 e 41 supra).

106. La Corte ne deduce che, dalla decisione *X c. Germania*, si è progressivamente formato un consenso a livello europeo e internazionale per considerare che l'applicazione della legge penale che prevede una pena meno severa, anche posteriormente alla perpetrazione del reato, è divenuta un principio fondamentale del diritto penale. È altresì significativo che la legislazione dello Stato interessato riconosca questo principio dal 1930 (v. l'articolo 2 § 3 del CP, citato al paragrafo 32 supra).

107. Certo, l'articolo 7 della Convenzione non fa espressamente menzione dell'obbligo, per gli Stati contraenti, di far beneficiare l'imputato di un cambiamento legislativo intervenuto dopo la perpetrazione del reato. (*Omissis*) Tuttavia, tenuto conto degli sviluppi sopra menzionati, la Corte (...) osserva che vietando di infliggere una «pena più severa di quella che era applicabile nel momento in cui è stato commesso il reato», il paragrafo 1 *in fine* dell'articolo 7 non esclude che l'imputato possa beneficiare di una pena meno grave, prevista dalla legislazione posteriore al reato. (*Omissis*)

109. Alla luce di quanto precede, la Corte ritiene che sia necessario ritornare sulla giurisprudenza stabilita dalla Commissione nella causa *X c. Germania* e considerare che l'articolo 7 § 1 della Convenzione non sancisce solo il principio della irretroattività delle leggi penali più severe, ma anche, e implicitamente, il principio della retroattività della legge penale meno severa. Questo principio si traduce nella norma [*rectius*: norma *n.d.r.*] secondo cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato.

(*Omissis*)

"DIALOGO" TRA LA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO E LA CORTE COSTITUZIONALE ITALIANA: IL PRINCIPIO DI RETROATTIVITÀ DELLA LEGGE PENALE PIÙ FAVOREVOLE

Sommario: 1. Premessa: le ragioni del "dialogo" tra Corti - 2. Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nel caso Scoppola c. Italia - 3. La nozione di «materia penale» rilevante ex art. 7 CEDU e la sua incidenza nell'ordinamento italiano - 3.1. Il concetto di «law» nel sistema della Convenzione europea - 4. Il principio di retroattività della legge più favorevole secondo la Corte costituzionale italiana - 5. Considerazione conclusive.

1. Premessa: le ragioni del "dialogo" tra Corti

Il "dialogo" tra la Corte costituzionale italiana e la Corte europea dei diritti dell'uomo trae origine dalla coesistenza di strumenti internazionali e nazionali che, se da un lato garantisce un più elevato grado di tutela, dall'altro comporta il rischio di contrasti giurisprudenziali¹.

Oggi, l'impianto processuale italiano, specie in ambito penale, apparso per lungo tempo refrattario alle sollecitazioni del giudice europeo² inizia a pa-

¹ Al riguardo, A. CARDONE, *Diritti fondamentali (tutela multilivello)*, in *Enciclopedia del diritto*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 335 ss. L'espressione «tutela multilivello» dei diritti fondamentali, risalente alla dottrina del *multilevel constitutionalism* di I. Pernice, nasce e si sviluppa nell'ambito del dibattito politico-dottrinario relativo al processo di integrazione "costituzionale" europea. Essa designa il complesso di istituti di origine normativa e giurisprudenziale attraverso cui si articolano le competenze e le relazioni tra le varie istanze giurisdizionali degli ordinamenti nazionali e sovranazionali a tutela dei diritti fondamentali. Al riguardo, A. DI STASI, *Diritti umani e sicurezza regionale. Il "sistema" europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, ristampa con aggiornamento alla II edizione, 2011, p. 125 ss. L'A. sottolinea come «la predisposizione di garanzie in ambito costituzionale coesiste con nuove o perfezionate forme di garanzia, soprattutto sotto il profilo processuale, sviluppate in ordinamenti sovratutuali. Ne discende una tutela multilivello, non tanto in ambito universale (o tendenzialmente tale), vista la programmaticità e la gradualità degli obblighi per la promozione e il rispetto dei diritti umani posti a carico degli Stati (...), ma piuttosto in ambito regionale, dove le affinità storiche, culturali e politiche tra gruppi di Stati costituiscono il substrato della creazione di ordinamenti particolari, con sistemi normativi contrassegnati da variabili livelli di effettività».

² Sugli effetti delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo, *ex multis*, cfr.: A. DRZEMCZEWSKI, *L'exécution des décisions dans le cadre de la Convention Européenne des droits de l'homme*, in *Société française pour le droit international (cur.)*, *La protection des droits de*

lesarsi convenzionalmente orientato, come traspare, in particolare, da recenti pronunce della Corte costituzionale³.

Casi concreti, pragmatici scandiscono la portata di tale dialogo⁴, facendo emergere appieno i punti di contatto e quelli di attrito, nonché il grado di integrazione realizzatosi negli anni tra le diverse autorità giurisdizionali⁵. Del resto, il progressivo assorbimento di principi sanciti a livello europeo, ritenuti parte fondante dei sistemi normativi statali, passa inevitabilmente attraverso il controllo della Corte costituzionale nel rispetto dei valori fondamentali interni. Le stesse norme della CEDU devono sì essere applicate nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo⁶, ma il giudice costituzionale può «valutare come ed in qual misura il prodotto dell'interpretazione della Corte eu-

l'homme et l'évolution du droit international, 1998, p. 243 ss.; ID., Art. 46. *Forza vincolante ed esecuzione delle sentenze*, in S. BARTOLE - B. CONFORTI e G. RAIMONDI (a cura di), *Commentario alla Convenzione per la tutela dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2001, p. 685 ss.; W. GANSHOF VAN DER MEERSCH, *Considerations on the European Court of human rights methods and interpretation, the authority of its judgements and their execution*, in *Council of Europe, The European Courts of human rights*, 1983, p. 19 ss.; M. L. PADELLETTI, *L'esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti umani tra obblighi internazionali e rispetto delle norme costituzionali*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, p. 349 ss.; V. RAIMONDI, *Effetti del diritto della Convenzione e delle pronunce della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Riv. int. dir. uomo*, 1998, p. 442 ss.; B. RANDAZZO, *Nuovi sviluppi in tema di esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Dir. Un. Eur.*, 2006, p. 11 ss.; A. SACCUCCI, *Obblighi di riparazione e revisione dei processi nella Convenzione Europea dei diritti umani*, in *Riv. dir. int.*, 2002, p. 644 ss.; C. ZANGHI, *Evoluzione e innovazione nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi integr. eur.*, 2008, p. 29 ss.

³ Sentenza della Corte costituzionale del 4 aprile 2011, n. 113, in *Guri* del 13 aprile 2011: «Nel caso di accertamento, da parte della Corte di Strasburgo, della violazione dell'art. 6 della CEDU (...) si tratta, in tal caso, di porre rimedio, oltre i limiti del giudicato (considerati tradizionalmente comunque insuperabili con riguardo agli *errores in procedendo*), ad un "vizio interno al processo", tramite una riapertura del medesimo che ponga l'interessato nelle condizioni in cui si sarebbe trovato in assenza della lesione. Rimediare al difetto di "equità" di un processo, d'altro canto, non significa giungere necessariamente ad un giudizio assolutorio». Al riguardo, M. DE STEFANO, *Dopo la Corte di Strasburgo, la revisione del processo penale in Italia: una sentenza epocale della Corte Costituzionale*, in www.dirittouomo.it. Cfr., inoltre, sentenza della Corte costituzionale del 16 aprile 2008, n. 129, in *Guri* del 7 maggio 2008. *Ivi*, la Corte, è stata chiamata a giudicare della legittimità dell'art. 630 c.p.p., nella parte in cui si esclude dai casi di revisione, l'impossibilità che i fatti stabiliti a fondamento della sentenza o del decreto di condanna si concilino con la sentenza della Corte EDU che accerti l'assenza di equità del procedimento ai sensi art. 6 CEDU. Pur rigettando la questione, la Corte esorta il legislatore ad intervenire adeguando l'ordinamento alle sentenze della Corte EDU che abbiano riscontrato violazioni dell'art. 6, par. 1, CEDU. Al riguardo, A. ATTERITANO, *Esecuzione delle sentenze della Corte europea dei diritti e riapertura del processo: la giurisprudenza italiana non colma la lacuna normativa e garantisce l'impunità del condannato*, in *Studi integr. eur.*, 2008, n. 3, p. 665 ss.; G. CAMPANELLI, *La sentenza 129/2008 della Corte costituzionale e il valore delle decisioni della Corte Edu: dalla ragionevole durata alla ragionevole revisione del processo*, in www.giurcost.it.

⁴ R. CAPONI, *Giusto processo e retroattività di norme sostanziali nel dialogo tra le Corti*, in *Giur. cost.*, 2011, fasc. 5, p. 3753 ss. L'A. sottolinea come il dialogo tra le Corti, nazionali, europee e internazionali sia uno dei grandi temi del diritto contemporaneo. Egli rinviene i motivi di questo successo in parte negli sviluppi interni del diritto contemporaneo, in parte nell'evoluzione del rapporto tra diritto e realtà sociale.

⁵ G. DE VERGOTTINI, *Il dialogo transnazionale fra le Corti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011; ID., *Oltre il dialogo tra le Corti. Giudici, diritto straniero, comparazione*, Bologna, Il Mulino, 2010.

⁶ Sentenze della Corte costituzionale n. 113 e n. 1 del 2011, n. 93 del 2010, n. 311 e n. 239 del 2009, n. 39 del 2008, n. 349 e n. 348 del 2007.

ropea si inserisca nell'ordinamento costituzionale italiano. La norma CEDU, nel momento in cui va ad integrare il primo comma dell'art. 117 Cost., da questo ripete il suo rango nel sistema delle fonti, con tutto ciò che ne segue, in termini di interpretazione e bilanciamento, che sono le ordinarie operazioni cui questa Corte è chiamata in tutti i giudizi di sua competenza»⁷.

In particolare, nella sentenza della Corte costituzionale del 22 luglio 2011, n. 236 posta a confronto con il noto caso *Scoppola*⁸ si osserva come, in tema di retroattività della legge penale più favorevole, vi sia una dinamica interazione tra giudice costituzionale e Corte EDU in materia di retroattività della *lex mitior*, che dà conto del carattere "circolare" e, dunque, della reciproca influenza degli orientamenti giurisprudenziali delle due Corti.

2. Il principio di retroattività della legge penale più favorevole nel caso *Scoppola c. Italia*

Nel sistema regionale di protezione dei diritti umani del Consiglio d'Europa, il principio di irretroattività della legge penale ex art. 7 CEDU rinvia la sua compiuta configurazione ad opera della Corte di Strasburgo nella nota sentenza *Scoppola c. Italia*⁹; *ivi*, il giudice europeo supera la propria costante giurisprudenza in materia¹⁰, affermando che l'ambito applicativo di tale

⁷ Sentenza della Corte costituzionale del 9 dicembre 2009, n. 317, in *Guri* del 9 dicembre 2009.

⁸ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 17 settembre 2009, ricorso n. 10249/03, *Scoppola c. Italia*.

⁹ Nella fattispecie, il ricorrente Franco Scoppola si lamenta del fatto che, pur avendo optato per una procedura semplificata, il giudizio abbreviato, è stato privato del vantaggio più importante che, secondo la legge in vigore all'epoca in cui ha fatto la propria scelta, lo caratterizzava, ossia la sostituzione della pena dell'ergastolo con quella della reclusione di anni trenta. Era, infatti, intervenuto lo stesso giorno il d.l. n. 341 del 2000 secondo il quale, quando il giudice riteneva che la pena da infliggere fosse quella dell'ergastolo con isolamento diurno, si doveva applicare la pena dell'ergastolo senza isolamento. A partire dall'entrata in vigore di tale testo (il 24 novembre 2000), è stato chiaro che incorrevano in tale pena anche gli imputati giudicati secondo il rito abbreviato. Questo cambiamento delle norme di fissazione della pena, tuttavia, è stato applicato non solo ai nuovi richiedenti la procedura abbreviata, ma anche alle persone che, come il ricorrente, avevano formulato la domanda di adozione della procedura semplificata ed erano stati giudicati in primo grado prima della pubblicazione sulla *Gazzetta Ufficiale* del precitato d.l. L'applicazione delle sue disposizioni dopo la fine del processo di primo grado ha privato il ricorrente di un beneficio fondamentale sancito dalla legge e che era all'origine della sua scelta di essere giudicato secondo il rito abbreviato. La Grande Camera della Corte europea dei diritti dell'uomo, in seguito al ricorso presentato da Franco Scoppola, decide, con sentenza emessa l'11 settembre 2009, che lo Stato italiano ponga fine alla violazione degli artt. 6 e 7 della Convenzione e assicuri che la pena dell'ergastolo inflitta al ricorrente sia sostituita con una pena non superiore a quella della reclusione di anni trenta. Al riguardo, M. GAMBARDILLA, *Il "caso Scoppola": per la Corte europea l'art. 7 Cedu garantisce anche il principio di retroattività della legge penale più favorevole*, in *Cass. pen.*, 2010, n. 5, p. 2020 ss.

¹⁰ Nel senso di escludere il diritto di beneficiare della legge sopravvenuta più favorevole, decisione della Commissione del 6 marzo 1978, ricorso n. 7900/77, *X c. Germania* in cui non veniva ritenuta contraria alla Convenzione l'inflizione di una sanzione pecuniaria ad un soggetto che aveva commesso un illecito fiscale successivamente abrogato; decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo, 5 dicembre 2000, ricorso n. 35574/97, *Le Petit c. Regno Unito*; decisione della Com-

principio si estende fino a ricomprendere il diritto dell'accusato a beneficiare della legge sopravvenuta più favorevole¹¹.

A tal fine, la Corte utilizza il metodo comparativo, la c.d. «dottrina del consenso»¹² richiamando la Convenzione americana dei diritti dell'uomo (art. 9)¹³, la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 49)¹⁴, lo Statuto della Corte Penale Internazionale (art. 24, par. 2)¹⁵ nonché la giurisprudenza della stessa Corte¹⁶, e, infine, il Patto internazionale relativo ai diritti civili

missione del 6 marzo 2003, n. 41171/98, *Zaprianov c. Bulgaria*, che dichiarava irricevibile il motivo di ricorso in cui si lamentava la violazione dell'art. 7 CEDU in relazione ad una condanna subita per fatti che erano stati considerati privi di rilevanza penale nella giurisprudenza successiva.

¹¹ D. FALCINELLI, *L'"evoluzione" del principio di retroattività della legge penale più favorevole: un nuovo diritto fondamentale*, in www.diritti-cedu.unipg.it. L'A. sottolinea che tale sentenza è il punto di svolta epocale di un cammino esegetico prudentemente avanzato nella ricerca di un equilibrio tra la ricognizione letterale dell'art. 7, par. 1, CEDU da un canto, e la rimeditazione sui margini di espansione concettuale del disposto, abile a dare spazio ai nuovi volti della legalità (*alias* garanzia) penale, dall'altro.

¹² R. CONTI, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo. Il ruolo del giudice*, Roma, Aracne, 2011, p. 378 ss. L'A. evidenzia come il giudice europeo utilizza la dottrina del consenso, dimostrando che l'ormai sedimentato quadro normativo nel diritto internazionale (Statuto della Corte penale internazionale), nei Paesi membri (art. 2 c.p. italiano; Cassazione francese) ed anche nel diritto dell'Unione europea, compresa la Carta di Nizza-Strasburgo ed addirittura nel diritto nordamericano (Convenzione americana sui diritti dell'uomo) e delle Nazioni Unite (Patto delle Nazioni Unite relativo ai diritti civili e politici), induce a ritenere opportuna una certa interpretazione dell'art. 7 CEDU che va oltre il significato semantico delle espressioni ivi utilizzate. Al riguardo, S. VAN DROOGHENBROECK, *Les bornes du texte et les limites de la créativité prétorienne. Cour européenne des droits de l'homme, Scoppola c. Italie (n° 2), 17 septembre 2009*, in *Rev. trim. dr. homme*, 2010, p. 866 ss.: l'A. chiarisce come a partire dal caso *Demir et Baykara* (2008), la Corte si avvale del richiamo a Trattati di ogni provenienza, europea, extraeuropea, o delle Nazioni Unite, per arricchire ed anche per rovesciare l'interpretazione del testo, purché scorga in tali strumenti l'espressione anche embrionale di un consenso intorno alla soluzione da fornire alla questione sottoposta. In generale, sul punto, K. DZEHTSIAROU, *European Consensus and the Evolutive Interpretation of the European Convention on Human Rights*, in *German Law Journal*, 2011, p. 1730 ss.

¹³ Art. 9 CIDH: «Nessuno può essere condannato per un'azione o omissione che al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo la legge applicabile. Non può essere applicata una pena più grave di quella applicabile al tempo in cui il reato è stato commesso. Se successivamente alla commissione del reato la legge dispone che venga imposta una pena più lieve, il colpevole dovrà beneficiarne».

¹⁴ Art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea: «1. Nessuno può essere condannato per un'azione o un'omissione che, al momento in cui è stata commessa, non costituiva reato secondo il diritto interno o il diritto internazionale. Parimenti, non può essere inflitta una pena più grave di quella applicabile al momento in cui il reato è stato commesso. Se, successivamente alla commissione del reato, la legge prevede l'applicazione di una pena più lieve, occorre applicare questa ultima (...).» Tale articolo sancisce non un principio, ma un diritto fondamentale; ha un'efficacia diretta, suscettibile di far sorgere immediatamente situazioni giuridiche soggettive rilevanti, con conseguente possibilità per il giudice nazionale di disapplicare la norma interna contrastante.

¹⁵ Art. 24, par. 2, dello Statuto della Corte penale internazionale: «Se il diritto applicabile ad un caso è modificato prima della sentenza definitiva, alla persona che è oggetto di una inchiesta, di un procedimento giudiziario o di una condanna si applica il diritto più favorevole».

¹⁶ Sentenza del Tribunale penale internazionale per il perseguimento delle persone responsabili di gravi violazioni del diritto umanitario internazionale commesse sul territorio dell'ex-Jugoslavia dal 1991 («il TPIY»). Con una sentenza del 4 febbraio 2005, emessa nel caso *Dragan Nikolic* (no IT-94-2-A), la Camera d'appello del TPIY ha ritenuto di dover applicare al suo statuto il principio dell'applicabilità della legge penale più mite (*lex mitior*). Le parti pertinenti di questa sentenza (par. 79-86) sono le seguenti: «79. La Camera di prima istanza ha dapprima esaminato se il principio della *lex mitior* fosse applicabile nella ex-Jugoslavia, se facesse parte del diritto del Tribunale internazionale e se potesse essere applicato alla fattispecie. 80. Nella sentenza di condanna, la con-

e politici (art. 15)¹⁷.

Oltre alle fonti legislative, richiama, altresì, l'orientamento della Corte di giustizia dell'Unione europea che, nella causa *Berlusconi e altri*¹⁸, ritiene che

troverebbe sulla seguente conclusione: il principio della *lex mitior* si applica soltanto alle cause nelle quali il reato è stato commesso e la pena è stata inflitta nell'ambito di uno stesso sistema di diritto, e non si applica al Tribunale internazionale dal momento che questo si iscrive in un altro sistema di diritto diverso da quello in cui il crimine è stato commesso. La Camera d'appello fa notare che la questione dell'applicabilità di questo principio non è una questione di sistema di diritto, ma è legata a quella di sapere se, in materia di pena, leggi penali diverse possono essere applicate al Tribunale internazionale. 81. Sembra che il principio della *lex mitior* significhi che se la norma di diritto applicabile al reato commesso dall'accusato è stata modificata, si applica la legge meno severa. La norma di diritto applicabile deve imperativamente avere forza vincolante; è questo un elemento inerente a questo principio. Gli accusati possono beneficiare di una pena più mite soltanto se la norma di diritto ha forza vincolante in quanto hanno un interesse giuridico protetto soltanto se la forbice delle pene deve essere applicata a loro. Pertanto, il principio della *lex mitior* è applicabile soltanto se la norma di diritto che vincola il Tribunale internazionale è sostituita successivamente da un'altra norma avente anch'essa forza vincolante. 82. Il Tribunale internazionale è manifestamente vincolato dal suo Statuto e dal suo Regolamento e può quindi pronunciare una pena detentiva che può andare fino all'ergastolo, come è detto nell'articolo 101 A) del Regolamento e nell'articolo 24 1) dello Statuto. La Camera d'appello fa notare che non è stata apportata alcuna modifica alle norme che governano la determinazione delle pene da parte del Tribunale internazionale. 83. Nella ex-Jugoslavia, l'appellante sarebbe stato condannato soltanto ad una pena detentiva di una durata determinata. La Camera d'appello ricorda che dalla creazione del Tribunale internazionale, un accusato tradotto dinanzi a lui incorre in una pena che può andare fino all'ergastolo. 84. La Camera d'appello ricorda di aver precedentemente concluso nella supremazia del Tribunale internazionale e di aver ritenuto che quest'ultimo non fosse vincolato dalle regole di diritto o dalla tabella delle pene applicate nella ex-Jugoslavia. È tenuto soltanto a prenderle in considerazione. Autorizzare l'applicazione del principio della *lex mitior* al Tribunale internazionale a seguito di una revisione delle leggi della ex-Jugoslavia implicherebbe che gli Stati della ex-Jugoslavia potrebbero rimettere in discussione il potere discrezionale riconosciuto ai giudici del Tribunale internazionale in materia di pena. Adottando una nuova legge nazionale che riduca le pene massime previste per i crimini di cui agli articoli da 2 a 5 dello Statuto, alcuni Stati potrebbero impedire al Tribunale di infliggere ai propri cittadini le pene che si impongono, fatto questo che non quadrerebbe con la supremazia del Tribunale internazionale sancita dall'articolo 9 2) dello Statuto e con la missione generale a lui affidata. 85. In breve, il principio della *lex mitior*, se è correttamente interpretato, si applica allo Statuto del Tribunale internazionale. Di conseguenza, se i poteri conferiti dallo Statuto in materia di pena fossero modificati, il Tribunale internazionale sarebbe allora tenuto ad applicare la pena meno severa. Per quanto riguarda l'articolo 24 1) dello Statuto che dispone che "la Camera di prima istanza ha fatto ricorso alla tabella generale delle pene detentive applicata dai tribunali della ex-Jugoslavia", questo deve essere interpretato secondo gli stessi principi del resto dello Statuto di cui fa parte integrante. Così interpretato, questo articolo rinvia a tutte le leggi applicabili nella ex-Jugoslavia all'epoca di fatti, a prescindere dai cambiamenti intervenuti successivamente. 86. Per questi motivi, il quinto mezzo d'appello è respinto».

¹⁷ Relativamente alla Dichiarazione Universale, l'art. 11, comma 2, prevede: «Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui, au moment où elles ont été commises, ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'acte délictueux a été commis». Nel sancire il principio di legalità, la Dichiarazione si limita ad esplicitare il solo corollario del divieto di retroattività della legge penale sfavorevole. Tuttavia, viene in rilievo, al riguardo, il Patto internazionale sui diritti civili e politici adottato a New York il 16 dicembre del 1966 dall'Assemblea Generale dell'ONU che è specificazione del primo, rispetto al quale si pone in una linea di continuità. Esso stabilisce all'art. 15, comma 1: «Nul ne sera condamné pour des actions ou omissions qui ne constituaient pas un acte délictueux d'après le droit national ou international au moment où elles ont été commises. De même, il ne sera infligé aucune peine plus forte que celle qui était applicable au moment où l'infraction a été commise. Si, postérieurement à cette infraction, la loi prévoit l'application d'une peine plus légère, le délinquant doit en bénéficier».

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 3 maggio 2005 in cause riunite n. C-387/02, n. C-391/02 e n. C-403/02, *Berlusconi e a.*, in *Raccolta*, 2005, I, p. 3565 e in *Cass. pen.*, 2005, p. 2764 ss., con nota di G. INSOLERA - V. MANES, *La sentenza della Corte di giustizia*

il principio di applicazione retroattiva della pena più mite rientra fra le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri¹⁹, pertanto esso va considerato come parte integrante dei principi generali del diritto comunitario che il giudice nazionale deve osservare quando attua l'ordinamento UE²⁰. Tale orientamento è stato poi ripreso e confermato dalla Corte di cassazione francese nella sentenza del 19 settembre 2007²¹.

La Corte europea, dunque, tenuto conto degli importanti sviluppi intervenuti a livello internazionale²², osserva che, l'art. 7, par. 1, nel vietare di inflig-

sul "falso in bilancio": un epilogo deludente? In alcuni casi la Corte tende a considerare il problema dell'applicabilità retroattiva della legge penale più favorevole come una questione esclusivamente di diritto nazionale che deve essere decisa dai rispettivi giudici del rinvio. V. ordinanza della Corte di giustizia delle Comunità europee del 15 gennaio 2004 in causa n. C-235/02, *Saetti e Frediani*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 1005 ss., in cui la Corte si dichiara incompetente ad interpretare o applicare il diritto nazionale al fine di determinare le conseguenze dell'intervento posteriore di norme nazionali in forza delle quali determinati fatti non costituiscono più reati; sentenza del 26 settembre 1996 in causa n. C-341/94, *Allain*, in *Raccolta*, 1996, I, p. 4631 ss., in cui stabilisce che un comportamento originariamente contrastante con il diritto comunitario e, quindi, punibile secondo il diritto nazionale, può essere riqualificato a fini penali dal giudice nazionale, in applicazione di principi procedurali nazionali (in particolare, il principio dell'applicazione retroattiva della legge penale più favorevole), qualora vi siano cambiamenti successivi delle circostanze di fatto o di diritto. In altri casi, *Tombesi* (sentenza del 25 giugno 1997 in cause riunite n. C-304/94, n. C-330/94, n. C-342/94 e n. C-224/95, in *Raccolta*, 1997, I, p. 3561 ss. e annotata in questa *Rivista*, 1997, p. 731) e *Niselli* (sentenza dell'11 novembre 2004 in causa n. C-457/02, in *Raccolta*, 1997, I, p. 10853 ss. e annotata in questa *Rivista*, 2005, p. 91) trovandosi a dover valutare quali effetti possa avere sui procedimenti penali di rinvio una sua pronuncia che rilevi un contrasto tra la normativa nazionale successiva più favorevole e le direttive comunitarie, assume una posizione decisamente defilata sulla questione, limitandosi ad interpretare le direttive rilevanti nel caso di specie.

¹⁹ Sentenza della Corte di giustizia del 3 maggio 2005, *Berlusconi e a.*, cit. *supra*, nota 18: «A prescindere dall'applicabilità dell'art. 6 della prima direttiva sul diritto societario alla mancata pubblicazione dei conti annuali, va osservato che, in virtù dell'art. 2 del codice penale, che enuncia il principio dell'applicazione retroattiva della pena più mite, i nuovi artt. 2621 e 2622 del codice civile italiano dovrebbero essere applicati anche se sono entrati in vigore solo successivamente alla commissione dei fatti che sono all'origine delle azioni penali avviate nelle cause principali. A tal riguardo va ricordato che, secondo una giurisprudenza costante, i diritti fondamentali costituiscono parte integrante dei principi generali del diritto di cui la Corte garantisce l'osservanza. A tal fine, quest'ultima s'ispira alle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e alle indicazioni fornite dai trattati internazionali in materia di tutela dei diritti dell'uomo cui gli Stati membri hanno cooperato o aderito (vedere, in particolare, sentenze del 12 giugno 2003 in causa n. C-112/00, *Schmidberger*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 5659, punto 71 e giurisprudenza citata, e del 10 luglio 2003, in causa n. C-20/00 e n. C-64/00, *Booker Aquaculture e Hydro Seafood*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 7411, punto 65)». La sentenza *Schmidberger* è annotata in questa *Rivista*, 2003, p. 558.

²⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 3 maggio 2005, *Berlusconi e a.*, cit. *supra*, nota 18; tale principio è stato successivamente ribadito dalle sentenze 11 marzo 2008 in causa n. C-420/06, *Jager*, in *Raccolta*, 2008, I, p. 1315 ss. e 28 aprile 2011 in causa n. C-61/11, *El Dridi*, in *Raccolta*, 2011, I, p. 3015 ss. Criticano il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni, M. A. CABIDDU, *L'orologio, la bilancia e la spada*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI, *Ai confini del "favor rei. Il falso in bilancio davanti alle Corti costituzionale e di giustizia"*, Torino, Giappichelli, 2005, p. 132 ss.; P. DAVIGO, *I reati concernenti le false comunicazioni sociali. Tra prospettive comunitarie e legittimità costituzionale*, in U. DRAETTA - N. PARISI - D. RINOLDI (a cura di), *Lo spazio di Libertà, Sicurezza e Giustizia dell'Unione europea. Principi fondamentali e tutela dei diritti*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2007, p. 188 ss.; L. FOFFANI, *La trasparenza dell'informazione societaria come bene giuridico comunitario*, in R. BIN - G. BRUNELLI - A. PUGIOTTO - P. VERONESI, *Ai confini del "favor rei"*, cit. *supra*, nota 20, p. 186 ss.

²¹ Sentenza della Corte di cassazione francese del 19 settembre 2007, rigetto di ricorso n. 06-85899.

²² Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Scoppola*, cit. *supra*, nota 8, par. 104:

gere una «pena più severa di quella che era applicabile nel momento in cui è stato commesso il reato», non esclude che l'imputato possa beneficiare di una pena meno grave, prevista dalla legislazione posteriore²³.

Secondo il giudice europeo, è coerente con il principio della preminenza del diritto, del quale l'art. 7 costituisce un elemento essenziale, aspettarsi che l'autorità giudiziaria di merito applichi, ad ogni atto punibile, la pena che il legislatore ritiene proporzionata²⁴. Infliggere una pena più severa solo perché essa è prevista al momento della perpetrazione del reato comporta un'applicazione, a svantaggio dell'imputato, delle norme che regolano la successione delle leggi penali nel tempo²⁵. Ciò equivale, inoltre, ad ignorare i cambiamen-

«Senza che la Corte sia formalmente tenuta a seguire le proprie decisioni anteriori, è nell'interesse della sicurezza giuridica, della prevedibilità e dell'eguaglianza davanti alla legge che essa non si discosti senza un valido motivo dai propri precedenti (v., ad esempio, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, ricorso n. 27238/95, *Chapman c. Regno Unito*, par. 70). Tuttavia, poiché la Convenzione è anzitutto un meccanismo di tutela dei diritti dell'uomo, la Corte deve tenere conto dell'evoluzione della situazione nello Stato convenuto e negli Stati contraenti in generale e reagire, ad esempio, al consenso che potrebbe emergere per quanto riguarda il livello di protezione da raggiungere (v., tra le altre, 27 settembre 1990, ricorso n. 10843/84, *Cossey c. Regno Unito*, par. 35 e Grande Camera, ricorso n. 46295/99, *Stafford c. Regno Unito*, par. 67-68). È di fondamentale importanza che la Convenzione venga interpretata ed applicata in modo tale da renderne le garanzie concrete e effettive, e non teoriche e illusorie. Se la Corte non adottasse un approccio dinamico ed evolutivo, un tale atteggiamento rischierebbe di ostacolare qualsiasi riforma o miglioramento (*Stafford, cit. supra*, nota 21, par. 68, e Grande Camera, ricorso n. 28957/95, *Christine Goodwin c. Regno Unito*, par. 74)».

²³ C. MUSIO, *Il rimedio per la revoca della sentenza definitiva ritenuta iniqua dalla Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 1, p. 208 ss. L'A. sottolinea come le conclusioni dei giudici della Corte europea siano condivisibili nella misura in cui attuano un principio di giustizia sostanziale in merito al caso concreto.

²⁴ L'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea par. 3 («Le pene inflitte non devono essere sproporzionate rispetto al reato»), come si evince dalla relativa Spiegazione, è la consacrazione normativa del principio generale della proporzionalità dei reati e delle pene sancito dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e dalla giurisprudenza della Corte di giustizia. Esso, conformemente ad una costante giurisprudenza implica che, qualora una normativa dell'UE non contenga una specifica sanzione in caso di trasgressione o faccia rinvio alle disposizioni nazionali, l'art. 4 TUE impone agli Stati membri di adottare tutte le misure idonee a garantire la portata e l'efficacia del diritto dell'Unione. A tal fine, pur conservando un potere discrezionale in merito alla scelta delle sanzioni, essi devono far sì che le violazioni del diritto europeo siano sanzionate sotto il profilo sostanziale e procedurale in termini analoghi a quelli previsti per le violazioni di diritto interno simili per natura e rilevanza, con una sanzione avente carattere di effettività, proporzionalità e capacità dissuasiva (*ex multis*, sentenze della Corte di giustizia del 21 settembre 1989 in causa n. C-68/88, *Commissione c. Grecia*, in *Raccolta*, 1989, I, p. 2965 e annotata in questa *Rivista*, 1990, p. 395; del 26 ottobre 1995 in causa n. C-36/94, *Siesse*, in *Raccolta*, 1995, I, p. 3573; dell'8 luglio 1999 in causa n. C-186/98, *Nunes e de Matos*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 4883).

²⁵ La sentenza *Scoppola* è stata adottata a maggioranza. Opinione divergente (*dissenting opinion*) è stata espressa dal giudice Nicolaou e condivisa dai giudici Bratza, Lorenzen, Jočiene, Villiger e Sajó. Essi contestano la possibilità di ricavare dall'art. 7, par. 1, CEDU l'interpretazione approvata dalla maggioranza, dal momento che sussisterebbe una differenza fondamentale tra il principio di legalità, sancito in via assoluta ed inderogabile dall'art. 7 e il principio delle leggi più favorevoli. Secondo questi giudici, il principio di legalità opera ad un livello più elevato del secondo ed esprime quell'esigenza, propria di uno Stato di diritto, di garantire la libertà del cittadino non condannandolo o punendolo per un fatto che al tempo in cui fu commesso non costituiva reato. Il principio della legge più favorevole, invece, non fa parte di questa esigenza, e non ne rappresenta un corollario: si tratta di un diverso tipo di norma, che esprime una scelta dello Stato di non punire o punire meno severamente un fatto che al tempo in cui fu commesso costituiva reato o comunque era punito con una pena più severa. In assenza di disposizioni specifiche, questo principio dipende

ti legislativi favorevoli all'imputato intervenuti prima della sentenza e, a continuare ad infliggere pene che lo Stato e la collettività considerano ormai eccessive. La Corte osserva che l'obbligo di applicare, tra varie leggi penali, quella le cui disposizioni sono più favorevoli all'imputato, si traduce in una chiarificazione delle norme in materia di successione delle leggi penali, il che soddisfa un altro elemento fondamentale dell'art. 7, ossia quello della prevedibilità delle sanzioni²⁶.

La Corte, tra l'altro, non si limita ad estenderne la portata nel senso chiarito, ma, nel caso concreto, afferma la violazione del principio di retroattività della legge penale favorevole, in presenza, altresì, di una *lex intermedia*, sopravvenuta al fatto e non più in vigore al momento del giudizio²⁷.

3. La nozione di «materia penale» rilevante ex art. 7 CEDU e la sua incidenza nell'ordinamento italiano

La garanzia sancita dall'art. 7 CEDU costituisce non già un mero principio generale del diritto, bensì «*an essential element of the rule of law*» che occupa «*a prominent place in the Convention system of protection*»²⁸. Essa rientra tra gli *inviolable core rights*, all'interno di quel nucleo duro che non ammette alcuna deroga, neppure in caso di guerra o di altro pericolo pubblico (art. 15, par. 2, CEDU)²⁹; e, come deriva dal suo oggetto e dal suo scopo, de-

dalla politica o dalla scelta che può esercitare lo Stato in materia penale nell'ambito della sua competenza discrezionale. I giudici dissenzienti fanno, inoltre, notare che quando l'art. 7, par. 1, CEDU è stato adottato, il principio della *lex mitior* non ne faceva parte e nulla ha lasciato intendere che si potesse pensare all'epoca ad una sua incorporazione nel principio di legalità. Del resto nel corso dei lavori preparatori dell'art. 7, par. 1, la possibilità di aggiungervi il principio della legge penale più favorevole era stata prevista e poi abbandonata. Precisano, poi, che è vero che la Convenzione è uno strumento vivo che richiede un approccio dinamico ed evolutivo allo scopo di rendere i diritti pratici ed effettivi e che, pertanto, è giusto che la Corte riveda la propria giurisprudenza per adeguarsi ai cambiamenti e reagire all'emergere di uno nuovo consenso, tuttavia, nessuna interpretazione giudiziaria, per quanto creativa possa essere, può oltrepassare i limiti fissati dalla Convenzione.

²⁶ La sentenza europea imponendo allo Stato di rivalutare il contenuto della decisione pronunciata dalla Corte nazionale senza svolgere ulteriore attività processuale, pone non pochi problemi sotto il profilo della sua esecuzione, tanto più se si considera l'assenza, nel nostro ordinamento, di uno specifico rimedio straordinario, che consenta di riformare la sentenza nel suo contenuto sanzionatorio dopo il passaggio in giudicato della stessa. La sentenza della Cassazione 11 febbraio 2010, n. 16507 dà esecuzione alla sentenza europea, rideterminando la pena in trenta anni di reclusione, annullando senza rinvio la sentenza della Corte di assise di appello che aveva irrogato l'illegittimo trattamento sanzionatorio, previa la revoca in *parte qua* della sentenza della stessa Corte di cassazione che aveva fatto passare in giudicato la condanna all'ergastolo.

²⁷ C. PECORELLA, *Il caso Scoppola davanti alla Corte di Strasburgo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2010, n. 1, p. 397 ss.

²⁸ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 giugno 2009, ricorso n. 12157/05, *Liivik c. Estonia*, par. 92.

²⁹ Al riguardo, M. DE SALVIA, *Droit communautaire, droits pénale et Convention européenne des droits de l'homme: quelques observation liminaires*, in *Droit communautaire et droit pénal*, Milano, Giuffrè, 1981, p. 109 ss.

ve essere interpretata ed applicata in modo da garantire una protezione effettiva contro le azioni penali, le condanne e le sanzioni arbitrarie³⁰. Tale disposizione non si limita, d'altronde, a vietare l'applicazione retroattiva del diritto penale a svantaggio dell'imputato, ma sancisce, più in generale, il principio di legalità dei delitti e delle pene (*nullum crimen, nulla poena sine lege*)³¹. Se, in particolare, è vietato estendere il campo di applicazione dei reati esistenti a fatti che, precedentemente, non costituivano reati, tale principio impone, inoltre, di non applicare la legge penale in maniera estensiva a svantaggio dell'imputato, ad esempio per analogia³². Ne consegue che la legge deve definire chiaramente i reati e le pene. Questa condizione è soddisfatta quando la persona sottoposta a giudizio può conoscere *ex ante*, a partire dal testo della disposizione pertinente e, se necessario, con l'aiuto dell'interpretazione dei tribunali, quali atti ed omissioni implicano la sua responsabilità penale³³. La Corte ha, dunque, il compito di assicurarsi che, nel momento in cui un imputato commette l'atto che dà luogo all'azione penale e alla condanna, esista una disposizione di legge che renda l'atto punibile e che la pena imposta non superi i limiti fissati da tale disposizione³⁴.

Quanto all'ambito applicativo, l'art. 7 si estende all'intera materia penale³⁵, ossia a tutte le infrazioni e sanzioni che, al di là della nomenclatura for-

³⁰ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 22 novembre 1995, *S.W. e C.R. c. Regno Unito*, par. 34 e par. 32 rispettivamente, serie A nn. 335-B e 335-C e del 12 febbraio 2008, ricorso n. 21906/04, *Kafkaris c. Cipro*, par. 137.

³¹ Circa l'art. 49 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea cfr. sentenza della Corte di giustizia, Grande Sezione, del 29 marzo 2011: «si deve rammentare che il principio della legalità dei reati e delle pene (*nullum crimen, nulla poena sine lege*), sancito, segnatamente, dall'art. 49, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, esige che la legge definisca chiaramente le infrazioni e le relative sanzioni (v., in tal senso, sentenza della Corte di giustizia CE del 3 maggio 2007 in causa n. C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, in *Raccolta*, I, p. 3633, punti 49 e 50)».

³² Tra le altre, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 22 giugno 2000, ricorsi n. 32492/96, n. 32547/96, n. 32548/96, n. 33209/96 e n. 33210/96, *Coëme e altri c. Belgio*, par. 145.

³³ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 25 maggio 1993, ricorso n. 14307/88, *Kokkinakis c. Grecia*, par. 52; 20 gennaio 2009, ricorso n. 75909/01, *Sud Fondi Srl e altri c. Italia*, par. 107.

³⁴ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 22 giugno 2000, *Coëme e altri*, loc. cit., par. 145.

³⁵ S. BARTOLE - P. DE SENA - V. ZAGREBELSKY, *Commentario breve alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Padova, Cedam, 2012, p. 258 ss. Il concetto di «materia penale» descrive il perimetro di operatività non solo del principio di legalità, ma di diverse disposizioni: art. 6 CEDU che impone il rispetto delle garanzie dell'equo processo allorché un tribunale debba decidere, tra l'altro, della fondatezza di ogni accusa penale; l'art. 2, Prot. 7 che sancisce il diritto di revisione della condanna da parte di un'istanza giurisdizionale superiore per chiunque sia condannato per un illecito penale; l'art. 4, Prot. 7 che stabilisce il principio del *ne bis in idem* nel processo penale. La Convenzione e i relativi Protocolli non offrono una definizione esplicita del concetto di materia penale; il progressivo chiarimento della nozione è frutto di una copiosa elaborazione giurisprudenziale, di approccio spiccatamente pragmatico ed attento alle circostanze del caso concreto, che ha via via ampliato il campo di applicazione ed i margini di operatività delle garanzie alla nozione stessa riconnesse, consentendo al contempo di smascherare vere e proprie ipotesi di "truffa delle etichette" (V. MANES, *La confisca "punitiva" tra Corte costituzionale e Cedu: sipario sulla "truffa delle etichette"*, in *Cass. pen.*, 2011, n. 2, p. 534 ss.).

male utilizzata negli Stati membri (illecito, sanzione amministrativa, disciplinare, etc.) abbiano contenuto sostanzialmente punitivo ed una dimensione intrinsecamente afflittiva³⁶. La nozione di pena possiede, infatti, come quella di «diritti e obblighi di natura civile» e di «accusa in materia penale» di cui all'art. 6, par. 1, una portata autonoma³⁷, derivante dall'interpretazione fornita dalla Corte europea dei diritti dell'uomo. Questa trova applicazione al di là delle pene formalmente intese nel diritto interno, avendo riguardo a tutte le misure di fatto penali in base alla concezione autonomista della giurisprudenza CEDU. La Corte, dunque, non è vincolata alle qualificazioni del diritto nazionale, ma è libera di andare oltre le apparenze e di valutare essa stessa se una particolare misura costituisca una «pena» ai sensi di tale disposizione.

Il testo dell'art. 7, par. 1, seconda frase, indica che il punto di partenza di qualsiasi valutazione dell'esistenza di una pena consiste nel determinare se la misura in questione venga imposta a seguito di una condanna per un «reato»³⁸.

La valutazione volta a chiarire se un dato illecito o una certa sanzione rilevi ex art. 7 CEDU viene poi condotta alla stregua dei c.d. «criteri Engel»³⁹, applicati per lo più congiuntamente: la qualificazione dell'infrazione nel diritto interno, avente carattere meramente indicativo; la natura dell'infrazione o dell'illecito, dedotta dal carattere e dalla struttura della norma violata, in termini di generalità del precetto e dei destinatari, o dalla significatività della trasgressione; la natura della sanzione, vagliata alla luce dello scopo perseguito (prevenzione generale, repressione)⁴⁰ e la sua gravità⁴¹.

³⁶ V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il principio di legalità nella materia penale*, in V. MANES - V. ZAGREBELSKY, *La Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Milano, Giuffrè, 2011, p. 74 ss.

³⁷ Vedi, in particolare, per quanto riguarda i «diritti di natura civile», sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 31 marzo 1992, ricorso n. 18020/91, *X c. Francia*, par. 28 e, per quanto riguarda le «accuse in materia penale», sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, 27 agosto 1991, ricorso n. 13057/87, *Demicoli c. Malta*, par. 31.

³⁸ Nella loro giurisprudenza la Commissione e la Corte hanno stabilito una distinzione tra una misura che costituisce in sostanza una «pena» e una misura relativa all'«esecuzione» o all'«applicazione» della pena. In virtù di tale distinzione, una misura emessa allo scopo di rinviare una pena o di disporre un cambiamento nel sistema di liberazione condizionale non fa parte integrante della «pena» ai sensi dell'art. 7 (sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, *Kafkaris*, cit. *supra*, nota 30, par. 142).

³⁹ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo dell'8 giugno 1976, ricorsi n. 5100/71, n. 5101/71, n. 5102/71, n. 5354/72 e n. 5370/72, *Engel c. Paesi Bassi*, par. 88 ss. Si tratta di un ricorso di alcuni militari olandesi ai quali erano state inflitte sanzioni extrapenali incidenti sulla libertà personale. Ivi la Corte, disattendendo l'opposta tesi lungamente sostenuta dalla Commissione, ebbe a riconoscere l'applicabilità dell'art. 6 CEDU ad un processo qualificato come disciplinare nell'ordinamento interno, ma che, ad una valutazione sostanzialistica condotta sulla base di criteri quali la natura dell'illecito e soprattutto la gravità della sanzione, andava considerato di carattere penale.

⁴⁰ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 9 febbraio 1995, ricorso n. 17440/90, *Welch c. Regno Unito*, par. 27. Nel caso *Welch* la Corte ha esaminato la vicenda di una confisca disposta ai sensi del britannico *Drug Trafficking Offences Act* del 1986, che prevedeva un'ablazione molto estesa dei beni di chi fosse condannato per traffico di stupefacenti ed a questi applicata in chiave retroattiva. La Corte ha ritenuto che nel tipo di confisca considerata (*value confiscation*)

In Italia, ad esempio, si è posto il problema della compatibilità con l'art. 7 CEDU della confisca urbanistica dei terreni abusivamente lottizzati e delle opere illegittimamente costruite. La giurisprudenza nazionale qualifica tale confisca come una mera sanzione amministrativa⁴² che il giudice penale deve disporre quando accerta la sussistenza della lottizzazione abusiva, nonostante l'art. 44 dpr n. 380/2001 sia rubricato «sanzione penale» e abbia carattere afflittivo nei confronti del proprietario del terreno⁴³. Con le sentenze del 30 agosto 2007 e del 20 gennaio 2009, relative al caso di *Punta Perotti*, la Corte europea dei diritti umani prende posizione sulla natura della confisca urbanistica disposta, nel caso di specie, all'esito del proscioglimento di tutti gli imputati⁴⁴. Nel qualificarla «sanzione penale» la Corte condanna all'unanimità

convivessero scopi preventivi ed esigenze propriamente punitive e che entrambi ben «possono essere considerati elementi costitutivi della stessa nozione di penalty» (par. 30 della motivazione). In particolare, i giudici hanno ribadito come questo concetto convenzionale prescinda dalla qualificazione del diritto interno, risultando, invece, determinanti, ai fini della sua integrazione: *a.* la connessione con un reato; *b.* la natura e lo scopo della misura in questione; *c.* la sua caratterizzazione ai sensi del diritto nazionale; *d.* le procedure coinvolte nella formazione e l'attuazione della misura; *e.* la sua gravità.

⁴¹ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 febbraio 1984, ricorso n. 8544/79, *Öztürk c. Repubblica federale tedesca*. La Corte applica i criteri *Engel* nel campo delle sanzioni amministrative, giungendo a ritenere violato l'art. 6, par. 3, CEDU, con riferimento ad un procedimento qualificato amministrativo nell'ordinamento tedesco, all'esito del quale era stata inflitta per un illecito depenalizzato previsto in materia di circolazione stradale una sanzione amministrativa pecuniaria peraltro di modesto valore. La Corte, valorizzando il criterio della natura della sanzione, afferma che il carattere generale della norma (che ha come destinatari la generalità dei cittadini nella loro qualità di utenti della strada) e lo scopo della sanzione (ravvisato, in particolare, nella repressione e prevenzione generale) a volte preventivo e repressivo sono sufficienti a stabilire, nell'ottica dell'art. 6 CEDU, la natura penale dell'infrazione. Diversamente, Commissione europea dei diritti dell'uomo, 7 dicembre 1990, *Duhs c. Svezia*, dove la Commissione nega in ragione della diversa natura dell'illecito e della minore gravità in concreto della sanzione la riconducibilità alla materia penale di sanzioni pecuniarie conseguenti sempre ad illecito stradale per il divieto di sosta, dichiarando il ricorso irricevibile.

⁴² Così anche Corte costituzionale, con ordinanza del 26 maggio 1998, in *Guri* del 3 giugno 1998.

⁴³ L'indirizzo tradizionale della giurisprudenza di legittimità era nel senso di ritenere che la confisca urbanistica fosse una sanzione amministrativa, che doveva obbligatoriamente essere applicata dal giudice penale, anche nei confronti dei terzi estranei al reato e acquirenti in buona fede del bene, una volta che egli avesse accertato la sussistenza di una lottizzazione abusiva, indipendentemente da una pronuncia di condanna, ad eccezione soltanto dell'ipotesi di assoluzione con la formula «perché il fatto non sussiste». *Ex multis*, Cassazione penale, sez. III, 12 novembre 1990, *Licastro*; Cassazione penale, sez. III, 16 novembre 1995, *Besana*; Cassazione penale, sez. III, 31 gennaio 1997, n. 331; Cassazione penale, sez. III, 8 novembre 2000, *Petracchi*; Cassazione penale, sez. III, 7 luglio 2004, n. 37086; Cassazione penale, sez. III, 26 ottobre 2007, n. 6080; Cassazione penale, sez. III, 11 giugno 2008, n. 37274; Cassazione penale, sez. III, 26 giugno 2008, n. 37472, pur confermando la natura di sanzione amministrativa ne riconosce il carattere sanzionatorio ritenendo ancorché che la sanzione amministrativa non può essere applicata nei confronti di soggetti in buona fede che non abbiano commesso alcuna violazione.

⁴⁴ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 maggio 2012, ricorso n. 75909/01, *Sud Fondi s.r.l. e a. c. Italia*. A seguito della sentenza del 20 gennaio 2009 che ha riconosciuto come arbitraria la confisca dei beni dei ricorrenti alla luce dell'art. 7 della CEDU e dell'art. 1 del Protocollo I alla Convenzione, le aziende interessate dalla confisca hanno ritenuto di richiedere alla Corte, a norma dell'art. 41 CEDU, il riconoscimento ad un'equa soddisfazione per i danni materiali e morali subiti e per le spese sostenute. Nella fattispecie in oggetto la Corte ha ritenuto di poter valutare solo i danni economici subiti dalle ricorrenti condannando lo Stato italiano al pagamento di

l'Italia per violazione dell'art. 7 (*nulla poena sine lege*) della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dell'art. 1 (Protezione della proprietà) del primo Protocollo addizionale alla stessa Convenzione⁴⁵, per aver comminato una pena in assenza di responsabilità penale. La Corte europea afferma, infatti, che l'interpretazione dell'art. 7 CEDU, benché ciò non sia previsto letteralmente dal testo della norma, esige necessariamente che l'esercizio della potestà punitiva si fondi sulla responsabilità dell'autore materiale dell'infrazione, senza la quale la pena non è giustificata⁴⁶.

Inoltre, come è noto, l'ingerenza dell'autorità pubblica nel diritto di proprietà deve rispettare il principio di legalità e non risultare arbitraria; e, considerato che la Corte europea ritiene che la sanzione inflitta ai ricorrenti sia arbitraria perché in violazione dell'art. 7 della Convenzione, l'ingerenza nel diritto al rispetto dei loro beni viola, di conseguenza, l'art. 1 del Protocollo I⁴⁷.

una somma totale pari a 49 milioni di euro a titolo di risarcimento del danno materiale, rigettando l'equa ripartizione nel resto. La Corte ha, inoltre, stabilito che lo Stato italiano «deve astenersi dal chiedere alle ricorrenti il rimborso delle spese di demolizione dei fabbricati confiscati e delle spese di riqualificazione».

⁴⁵ Il caso trae origine dal ricorso presentato nel settembre 2001 alla Corte europea da tre società di costruzioni di Bari, le quali avevano subito la confisca dei terreni di loro proprietà e delle costruzioni su di essi operate. L'articolata vicenda ha inizio nel 1992, quando le tre società stipulavano un piano di lottizzazione con il Comune di Bari, che, in seguito, rilasciava il permesso di costruire sui terreni lottizzati. In un solo anno venivano eretti trecentomila metri cubi di cemento distribuiti su tre palazzoni sulla costa. Dopo l'intervento della Procura della Repubblica di Bari e due gradi di giudizio altalenanti, la Corte di cassazione, con sentenza del 26 marzo 2001 – *Matarrese e altri*, n. 11716 – rilevava che l'intero piano di lottizzazione autorizzato era illegale perché i terreni interessati erano soggetti a vincolo paesaggistico, ai sensi della legge n. 431 del 1985, art. 1, che tutela le zone costiere situate a meno di trecento metri dal mare. Nel biasimare il comportamento dell'amministrazione comunale per aver rilasciato le concessioni edilizie e l'intervento tardivo dell'amministrazione nazionale competente, la Suprema Corte assolveva gli imputati perché non riscontrava né colpa, né volontà di commettere i fatti delittuosi, bensì «un errore inevitabile e scusabile» nell'interpretazione delle disposizioni legislative regionali «oscuri e mal formulate», che interferivano con quelle nazionali. La Cassazione ordinava la confisca delle costruzioni e dell'intero lotto, trasferendone la proprietà al Comune di Bari, conformemente alla propria consolidata giurisprudenza sull'applicazione della legge n. 47 del 1985, art. 19, la quale prevede che la confisca consegua obbligatoriamente alla sentenza definitiva che accerti vi sia stata lottizzazione abusiva, prescindendo da una condanna penale (cfr. *ex multis*, Corte di cassazione, sezione III penale, 18 dicembre 1990, *Licastro*, n. 16483). Nel mese di gennaio del 2006, le società citavano in giudizio, dinanzi al Tribunale civile di Bari, il Ministero dei beni culturali, la Regione Puglia e il Comune di Bari, chiedendo il risarcimento del danno patrimoniale subito stimato in cinquecentosettanta milioni di euro. Nell'aprile del 2006 le ruspe demolivano gli ecomostri di "Punta Perotti", perché sfreggiavano la costa.

⁴⁶ La Corte europea ribadisce considerazioni svolte in precedenti pronunce (cfr. ad esempio la sentenza del 9 febbraio 1995, *Welch c. Regno Unito*, par. 35, *cit. supra*, nota 40).

⁴⁷ A. DI PERNA, *Il caso di "Punta Perotti" di fronte alla Corte europea dei diritti umani*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2009, vol. 3, n. 2, p. 436 ss. A questo punto, i giudici europei avrebbero potuto, a parere di chi scrive, anche fermarsi in quanto, una volta dedotta l'illegalità dell'ingerenza statale e accertata la violazione per detto motivo, non è più necessario verificare e sindacare se c'è stata la rottura del giusto equilibrio tra le esigenze di interesse generale della comunità e gli imperativi della salvaguardia dei diritti fondamentali dell'individuo, così come prevede la prima parte della disposizione convenzionale in oggetto (cfr. sentenza del 20 maggio 2000, *Carbognani e Ventura c. Italia*, ricorso n. 24638/94, par. 62). La Corte europea ha invece stimato opportuno, tenuto conto della gravità dei fatti denunciati dai ricorrenti («*compte tenu de la gravité des faits dénoncés dans la présente affaire*», par. 138), svolgere delle considerazioni in merito. La giurisprudenza di Strasburgo ha sempre posto come condizione dell'equilibrio tra l'interesse generale

Diversa è l'ipotesi di una sentenza di condanna nel caso di intervenuta prescrizione dei reati: *ivi*, la confisca di natura punitiva si ritiene costituzionalmente legittima ex art. 117 Cost. e conforme all'art. 7 CEDU⁴⁸ sia perché è correlata ad un reato estinto ma storicamente esistente, sia perché è stata applicata da un organo che esercita la giurisdizione penale⁴⁹.

Di rilievo è, altresì, la confisca dell'autoveicolo del conducente responsabile del reato di guida in stato di ebbrezza ex art. 186, comma 2, lett. c., del dlgs 30 aprile 1992, n. 285 (Nuovo codice della Strada), come modificato dall'art. 4, comma 1, lett. b. del dlgs 23 maggio 2008, n. 125. La Corte costituzionale con la sentenza n. 196 del 2010 dichiara in parte costituzionalmente illegittimo per violazione dell'art. 117 Cost. in relazione all'art. 7 CEDU, il sussesposto art. 4 nella misura in cui sottopone la confisca *de qua* al regime del *tempus regit actum* proprio delle misure di sicurezza⁵⁰. Essa, infatti, ritiene che tale tipo di confisca vada sottoposta al principio penalistico della irretroattività, in ragione della sua natura sostanzialmente punitiva⁵¹. In particolare, ravvisa la natura repressiva e non meramente preventiva nel fatto che

della comunità e la protezione del diritto individuale di proprietà la proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito, improntando il controllo così esercitato al criterio della ragionevolezza, quale svolgimento del principio di uguaglianza. La Corte europea osserva che, nel caso di specie, non solo non è stata riscontrata alcuna colpa nella condotta dei ricorrenti, ma anche che la confisca ha interessato la parte non edificata del lotto e che non vi è stato indennizzo per il danno subito. La Corte, quindi, ha concluso nel senso di escludere che vi sia proporzionalità tra i mezzi impiegati e lo scopo perseguito.

⁴⁸ Sentenza della Cassazione del 20 maggio 2009, n. 21188.

⁴⁹ Sulla confisca per equivalente e i reati tributari, cfr. Cassazione, sez. III, n. 39172/08, che prende atto della natura sostanzialmente punitiva della confisca per equivalente, sottraendola al regime di operatività temporale tipico delle misure di sicurezza (il regime codicistico del *tempus regit actum* fissato all'art. 200 c.p.p.) e vincolandola alla garanzia della irretroattività. Tale pronuncia è stata confermata da Corte costituzionale, con ordinanza n. 97/09. Il giudice *a quo* rimette la questione alla Corte costituzionale ritenendo che l'applicazione retroattiva della confisca per equivalente ai reati tributari è in contrasto con l'art. 7 CEDU e, dunque, con l'art. 117 Cost., giacché detta confisca ha carattere sanzionatorio, è sostanzialmente una pena, anche secondo la Corte di Strasburgo (nel 1995 ha ritenuto in contrasto con l'art. 7 la confisca per equivalente regno Unito). La Corte dichiara manifestamente infondata la questione, perché l'interpretazione fornita dal giudice *a quo* è erronea. La Corte ritiene che alla confisca per equivalente, in quanto misura prevalentemente afflittiva di natura sanzionatoria, non si applichi l'art. 200 c.p. che, invece, prevede l'applicazione retroattiva con riguardo alle misure di sicurezza.

⁵⁰ Il sistema penale italiano è fondato sul doppio binario (due sanzioni): le pene sono indirizzate a punire il fatto e sono soggette al principio di irretroattività; le misure di sicurezza a prevenire comportamenti illeciti del reo e si basano su un giudizio di pericolosità sociale della personalità dello stesso. Ai sensi dell'art. 200 c.p.p. le misure di sicurezza sono regolate dal principio del *tempus regit actum*, ovvero dalla legge in vigore al tempo della loro applicazione. Ciò significa che, mentre non può applicarsi una misura di sicurezza per un fatto che al momento della sua commissione non costituiva reato (principio di irretroattività), invece ben si può applicare una misura di sicurezza per un reato (o quasi reato) per il quale al momento della commissione del fatto non era prevista alcuna misura od era prevista una misura diversa. Infatti il momento di valutazione dell'applicazione della misura non è quello della commissione del fatto, bensì quello della valutazione della pericolosità del soggetto, fatta proprio al momento applicativo della misura. Sicché non vi è alcuna violazione del principio di irretroattività della legge penale (cfr. Corte costituzionale n. 19/1974 e n. 392/1987).

⁵¹ Sentenza della Corte costituzionale del 26 maggio-4 giugno 2010, n. 196, in *Guri* del 9 giugno 2010.

la confisca può essere disposta anche nel caso in cui il veicolo risulti incidentato o temporalmente inutilizzabile e nel fatto che la stessa misura è di per sé inidonea a neutralizzare il rischio di recidiva, non impedendo l'utilizzo di altri mezzi da parte del condannato⁵². Circostanze, queste, capaci di disvelare connotati indubbiamente afflittivi/puntivi incompatibili con un'applicazione retroattiva⁵³.

Ne emerge, dunque, come lo Stato italiano sia tenuto a conformarsi all'interpretazione della Corte per non incorrere in condanne per violazione dell'art. 7 CEDU, subendo, così, un incisivo condizionamento da parte del giudice europeo.

3.1 Il concetto di «*law*» nel sistema della Convenzione europea

La nozione di «*law*» utilizzata nell'art. 7 CEDU comprende il diritto di origine sia legislativa che giurisprudenziale avente il carattere dell'accessibilità e della prevedibilità⁵⁴. Al riguardo, la giurisprudenza della Corte EDU ha enucleato, dal sistema della Convenzione, un concetto di «legalità materiale», in forza del quale possono raggiungersi livelli garantistici, per certi aspetti, più elevati di quelli offerti dall'art. 25 della Costituzione italiana; infatti, in considerazione delle differenze che intercorrono, sul piano del sistema delle fonti del diritto, tra gli ordinamenti di *common law* e quelli di *civil law*, il principio convenzionale di legalità è inteso in senso "allargato". Dovendo contemperare gli ordinamenti di *civil law* con quelli di *common law*, la Corte EDU valorizza l'esplicito riferimento al «diritto» (*law*), distinguendolo dalla semplice legge, ed ingloba nel concetto di legalità sia il diritto di produzione legislativa (*statutory law*) che quello di derivazione giurisprudenziale (*judicial law*)⁵⁵. Si riconosce, dunque, al giudice un ruolo fondamentale nell'individuazione dell'esatta portata della norma penale, il cui significato è reso esplicito dalla combinazione di due dati, quello legislativo e quello interpreta-

⁵² A seguito della legge n. 120 del 2010 e, in particolare, del richiamo all'art. 224-ter cod. str., introdotto nell'art. 186, comma 2, lett. c., la confisca del veicolo prevista per il più grave reato di guida in stato di ebbrezza è stata trasformata da sanzione penale accessoria a sanzione amministrativa accessoria.

⁵³ V. MANES, *La confisca "punitiva" tra Corte Costituzionale e CEDU*, cit. supra, nota 35, p. 534 ss.

⁵⁴ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 15 novembre 1996, ricorso n. 17862/91, *Cantoni c. Francia*, par. 29; 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, par. 35, cit. supra, nota 30; 25 maggio 1993, ricorso n. 14307/88, *Kokkinakis c. Grecia*, par. 40-41.

⁵⁵ Sentenza della Corte costituzionale del 12 ottobre 2012, n. 230, in *Guri* del 17 ottobre 2012: «La nozione di "diritto" ("law"), utilizzata nell'art. 7, par. 1, della CEDU, è comprensiva tanto del diritto di produzione legislativa che del diritto di formazione giurisprudenziale: è quanto vale anche in rapporto agli ordinamenti di *civil law*, alla luce del rilevante apporto che pure in essi la giurisprudenza fornisce all'individuazione dell'esatta portata e all'evoluzione del diritto penale».

tivo⁵⁶. Ne consegue che anche il diritto giurisprudenziale deve soggiacere alla garanzia dell'irretroattività, sia che si tratti di una nuova interpretazione su una normativa oscura, sia che venga in rilievo un mutamento giurisprudenziale sfavorevole ed imprevedibile (il c.d. *overruling* con effetti *in malam partem*)⁵⁷; entrambe le ipotesi risultano, infatti, equiparabili all'introduzione di un nuovo precetto normativo⁵⁸.

Al riguardo, si segnala l'interessante ordinanza del Tribunale di Torino⁵⁹ che affronta la problematica questione della rilevanza del «diritto vivente» e, in particolare, dei mutamenti giurisprudenziali in senso favorevole al reo, in rapporto alla possibilità di revisionare il giudicato penale di condanna⁶⁰. Nel-

⁵⁶ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 24 aprile 1990, ricorso n. 11801/85, *Kruslin c. Francia*; 12 febbraio 2008, ricorso n. 21906/04, *Kafkaris c. Cipro*; 15 novembre 1996, ricorso n. 17862/91, *Cantoni c. Francia*; 25 maggio 1993, ricorso n. 14307/88, *Kokkinakis c. Grecia*. Inoltre, con le sentenze 17 settembre 2009 (caso *Scoppola c. Italia*) e 8 dicembre 2009 (caso *Previti c. Italia*), la Corte europea, dopo aver ribadito i principi consolidati in merito alla nozione di diritto, ha affermato che «a causa del carattere generale delle leggi, il testo di queste (...) non può presentare una precisione assoluta», posto che si serve di «formule più o meno vaghe la cui interpretazione e applicazione dipendono dalla pratica; pertanto, in qualsiasi ordinamento giuridico, per quanto chiaro possa essere il testo di una disposizione di legge, ivi compresa una disposizione di diritto penale, esiste inevitabilmente un elemento di interpretazione giudiziaria (...); del resto, è solidamente stabilito nella tradizione giuridica degli Stati parte della Convenzione che la giurisprudenza (...) contribuisce necessariamente alla evoluzione progressiva del diritto penale (*Kruslin c. Francia*, 24 aprile 1990, 11801/85, par. 29, serie A no 176 A)».

⁵⁷ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 22 novembre 1995, *S.W. c. Regno Unito*, cit. *supra*, nota 30, concernente il ricorso di un cittadino inglese che era stato condannato per violenza sessuale in danno della moglie (*marital rape*), in spregio ad un precedente caso giurisprudenziale che aveva escluso il reato ritenendo configurabile una causa di non punibilità sottesa al rapporto coniugale; la pronuncia, tuttavia, negò in concreto la violazione dell'art. 7 CEDU considerando l'evoluzione giurisprudenziale ormai una tappa ragionevolmente prevedibile, in ragione dell'evidente anacronismo della causa di non punibilità precedentemente affermata in favore del coniuge, e del suo superamento frutto della mutata coscienza sociale; Corte europea dei diritti dell'uomo del 10 ottobre 2006, ricorso n. 40403/02, *Pessino c. Francia*, ha ribadito che in mancanza di un'interpretazione giurisprudenziale accessibile e ragionevolmente prevedibile, le esigenze dell'art. 7 non potrebbero essere considerate rispettate; per la prima volta riconosce la violazione della norma convenzionale invocata, argomentando la ravvisata imprevedibilità della nuova interpretazione anche alla luce del fatto che il ricorrente non sarebbe stato in grado di avvertire l'illiceità penale del proprio agire neppure con l'ausilio di consulenze legali.

⁵⁸ Invece, la sentenza della Corte di giustizia dell'8 febbraio 2007 in causa n. C-3/06 P, *Groupe Danone c. Commissione*, in *Raccolta*, 2007, I, p. 1331 ss., punti 87-90 (annotata in questa *Rivista*, 2007, p. 115) ha delineato una dimensione innovativa del principio di irretroattività, ritenendolo applicabile anche alla nuova interpretazione in senso sfavorevole di una norma, interpretazione non ragionevolmente prevedibile nel momento della commissione dell'infrazione. Al riguardo, A. BALSAMO, *Applicazione del principio di retroattività alla nuova interpretazione giurisprudenziale imprevedibile al momento della commissione del fatto*, in *Cass. pen.*, 2007, n. 5, p. 320 ss.

⁵⁹ Ordinanza del Tribunale di Torino del 27 giugno 2011. È rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p. nella parte in cui non prevede l'ipotesi di revoca della sentenza di condanna (o di decreto penale di condanna o di sentenza di applicazione della pena su concorde richiesta delle parti) in caso di mutamento giurisprudenziale intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, in base al quale il fatto giudicato non è previsto dalla legge penale come reato, per contrasto con l'art. 117 Costituzione, in relazione all'art. 7 CEDU (come interpretato dalla Corte EDU) e agli artt. 5 e 6 CEDU; con l'art. 3 della Costituzione, anche in relazione agli artt. 610, comma 2, 618 c.p.p., 172 disp. att. c.p.p. ed all'art. 65 r.d. 30 gennaio 1941, n. 12 (ordinamento giudiziario); con l'art. 13 della Costituzione; con l'art. 25 della Costituzione; con l'art. 27, comma 3, della Costituzione.

⁶⁰ S. DE FLAMMINEIS, *Sull'applicazione retroattiva di un'interpretazione giurisprudenziale in*

l'ordinanza 27 giugno 2011, il Tribunale di Torino ritiene rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 673 c.p.p., nella parte in cui non prevede la revoca della sentenza di condanna in caso di mutamento giurisprudenziale intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Corte di cassazione, la quale ha stabilito che il fatto per il quale è intervenuta sentenza di condanna irrevocabile non è più previsto dalla legge come reato. Il caso di specie concerne una sentenza di condanna per la fattispecie di cui all'art. 6, comma 3, dlgs n. 286/98 (Mancata esibizione agli ufficiali ed agenti di pubblica sicurezza di un proprio documento d'identificazione o del titolo di soggiorno) pronunciata nei confronti di uno straniero presente irregolarmente sul territorio nazionale; questa è divenuta irrevocabile prima che le Sezioni Unite si pronunciasse nel senso di escludere tale reato nei riguardi dello straniero il cui soggiorno è irregolare, in seguito alle modifiche apportate dalla l. n. 94/2009⁶¹. Rilevato che l'art. 673 c.p.p. prevede la revoca della sentenza di condanna nel caso di *abolitio criminis*⁶² ovvero di declaratoria di illegittimità costituzionale della norma incriminatrice⁶³, e non

favore del reo, in *Diritto penale e processo*, 2012, n. 6, p. 743-752. Secondo l'A. tale ordinanza è indubbiamente di notevole interesse, poiché contiene una proiezione: quella del diritto penale verso la modernità e verso un ordinamento integrato con le fonti del diritto europeo.

⁶¹ Sentenza della Cassazione penale, sez. un., del 24 febbraio 2011, n. 16453: «Il reato di inottemperanza all'ordine di esibizione del passaporto o di altro documento di identificazione e del permesso di soggiorno o dell'attestazione della regolare presenza nel territorio dello Stato è configurabile soltanto nei confronti degli stranieri regolarmente soggiornanti nel territorio dello Stato, e non anche degli stranieri in posizione irregolare, a seguito della modifica dell'art. 6, comma terzo, dlgs 25 luglio 1998, n. 286, recata dall'art. 1, comma ventiduesimo, lett. h., l. 15 luglio 2009, n. 94, che ha comportato una "*abolitio criminis*", ai sensi dell'art. 2, comma secondo, c.p., della preesistente fattispecie per la parte relativa agli stranieri in posizione irregolare». La Corte supera così il suo precedente orientamento. Cassazione penale, sez. III, 3 dicembre 2010, n. 1857: «La fattispecie criminosa di ingresso e soggiorno illegale dello straniero nel territorio dello Stato, introdotta dalla legge 15 luglio 2009, n. 94, non ha abrogato, né esplicitamente, né implicitamente, il reato di omessa esibizione, senza giustificato motivo, dei documenti identificativi, previsto dall'art. 6, comma terzo, dlgs n. 286 del 1998»; Cassazione penale, sez. I, 23 settembre 2009, n. 44157: «È esigibile nei confronti dello straniero, che pure abbia fatto ingresso irregolare nel territorio dello Stato, salvo che ricorra un giustificato motivo, l'obbligo di esibizione dei documenti di identificazione o dei documenti di soggiorno e ciò pur dopo la novella della disposizione incriminatrice ad opera dell'art. 1, comma 22 lett. b., l. n. 94 del 2009».

⁶² Sentenza della Cassazione penale, sez. I, del 28 aprile 2011-1 giugno 2011, n. 22105 (c.d. sentenza *Tourghi*). La Cassazione ritiene che la sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea del 28 aprile 2011 in causa n. C-61/11, *El Dridi*, cit. *supra*, nota 20, nella sua funzione "autoritativa" circa l'interpretazione delle norme dell'Unione, espliciti una «portata abolitrice della norma incriminatrice». Dunque «il fatto non è più previsto dalla legge come reato». Si ritiene che la pronuncia della Corte di giustizia che accerti l'incompatibilità "comunitaria" di una norma incriminatrice "si incorpora nella norma stessa e ne integra il precetto con efficacia immediata (...) così producendo "una sorta di *abolitio criminis*" che impone, in forza di interpretazione costituzionalmente necessitata, di estendere a siffatte situazioni di sopravvenuta inapplicabilità della norma incriminatrice nazionale la previsione dell'art. 673 cod. proc. pen.». Orientamento ribadito in Cassazione penale, sez. I, del 28 aprile 2011-15 giugno 2011.

⁶³ Sentenza del Tribunale di Milano, sez. XI, del 26 gennaio 2011. La procedura di cui all'art. 673 c.p.p., relativa all'ipotesi di revoca delle sentenze di condanna passate in giudicato quando sia stata abrogata o dichiarata incostituzionale la norma incriminatrice, si applica in via estensiva anche alle ipotesi in cui sia stata dichiarata incostituzionale una circostanza aggravante, come nel ca-

già nel caso di mutamento giurisprudenziale più favorevole al reo, il Tribunale ritiene che tale lacuna normativa determini un contrasto con la Carta fondamentale, con gli artt. 3, 13, 25, 27 comma 3, 117 comma 1, della Costituzione in relazione all'art. 7 CEDU e solleva, pertanto, questione di legittimità⁶⁴.

L'ordinanza *de qua* si rifà, tra l'altro, alla pronuncia della Cassazione a Sezioni Unite n. 18288 del 2010, che, chiamata a decidere se il mutamento di giurisprudenza intervenuto *medio tempore* con decisione delle Sezioni Unite renda ammissibile la riproposizione, in sede esecutiva, della richiesta di indulto in precedenza rigettata, ha risposto positivamente⁶⁵.

so della c.d. aggravante della clandestinità, art. 61 n. 11 *bis*, dichiarata costituzionalmente illegittima da Corte costituzionale n. 249/2012; con la conseguenza che, quando l'aggravante non sia risultata soccombente o equivalente con le concorrenti attenuanti ed abbia, dunque, comportato un aumento della sanzione in concreto applicata dal giudice, la frazione di pena riconducibile all'effetto dell'aggravante deve essere dichiarata non eseguibile dal giudice dell'esecuzione.

⁶⁴ Sentenza della Corte costituzionale del 12 ottobre 2012, n. 230 che disattende, tuttavia, l'ordinanza del Tribunale di Torino. La Corte costituzionale innanzitutto osserva che il principio convenzionale di legalità penale risulti meno comprensivo di quello accolto nella Costituzione italiana (e, in generale, negli ordinamenti continentali). Ad esso resta, infatti, estraneo il principio di centrale rilevanza, per converso, nell'assetto interno della riserva di legge, nell'accezione recepita dall'art. 25, secondo comma, Cost.; principio che, secondo quanto reiteratamente puntualizzato da questa Corte, demanda il potere di normazione in materia penale, in quanto incidente sui diritti fondamentali dell'individuo, e segnatamente sulla libertà personale, all'istituzione che costituisce la massima espressione della rappresentanza politica: vale a dire al Parlamento, eletto a suffragio universale dall'intera collettività nazionale (sentenze n. 394 del 2006 e n. 487 del 1989), il quale esprime, altresì, le sue determinazioni all'esito di un procedimento, quello legislativo, che implica un preventivo confronto dialettico tra tutte le forze politiche, incluse quelle di minoranza, e, sia pure indirettamente, con la pubblica opinione. Inoltre ritiene che la Corte europea non ha mai sostenuto che, in base all'art. 7, par. 1, CEDU, un mutamento di giurisprudenza in senso favorevole al reo imponga la rimozione delle sentenze di condanna passate in giudicato contrastanti col nuovo indirizzo. La Corte europea si è occupata dei mutamenti giurisprudenziali oltre che nella generale prospettiva della verifica dei requisiti di «accessibilità» e «prevedibilità» della legge penale, ritenuti insiti nella previsione dell'art. 7, par. 1, CEDU, solo con riferimento al diverso principio dell'irretroattività della norma sfavorevole, ritenendo, in particolare, contraria alla norma convenzionale l'applicazione a fatti anteriormente commessi di un indirizzo giurisprudenziale estensivo della sfera operativa di una fattispecie criminosa, ove la nuova interpretazione non rappresenti un'evoluzione ragionevolmente prevedibile della giurisprudenza anteriore. La Corte di Strasburgo non soltanto non ha inequivocamente escluso la possibilità che, in presenza di particolari situazioni, il principio di retroattività favorevole subisca delle deroghe, ma ha posto, anzi, un espresso limite alla sua operatività, sostenendo che lo stesso si traduce nella norma per cui, se la legge penale in vigore al momento della perpetrazione del reato e le leggi penali posteriori «adottate prima della pronuncia definitiva» sono diverse, il giudice deve applicare quella le cui disposizioni sono più favorevoli. Facendo riferimento alle (sole) «leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia definitiva», la Corte europea ha escluso che il principio in questione sia destinato ad operare oltre il limite del giudicato, diversamente da quanto prevede, nel nostro ordinamento, l'art. 2, commi 2 e 3, c.p.

⁶⁵ Sentenza della Cassazione penale, sez. un., del 21 gennaio 2010, n. 18288. La Corte ha concluso che «l'obbligo di interpretazione conforme alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, impone di includere nel concetto di "elemento di diritto" idoneo a superare la preclusione di cui al comma 2 dell'art. 666 c.p.p. anche il mutamento giurisprudenziale che assume, specie a seguito di un intervento delle Sezioni Unite, carattere di stabilità e integra il diritto vivente». Ha, però, specificato che alla luce dei principi generali che ispirano il processo penale, non qualsiasi mutamento giurisprudenziale, che attribuisce carattere di novità ad una determinata *quaestio iuris*, legittima il superamento della preclusione di cui al comma 2 dell'art. 666 c.p.p. Non lo consente certamente una diversa e nuova interpretazione *contra rerum* di norme sostanziali. Al riguardo, A. MACCHIA, *La modifica interpretativa cambia il "diritto vivente" e impone di rivalutare la posizione del condannato*, in *Guida al diritto*, 2010, n. 27, pp. 78-81.

In senso analogo, in materia di giudicato cautelare si afferma che il mutamento di giurisprudenza intervenuto con decisione delle Sezioni Unite della Cassazione, integra un nuovo elemento idoneo a legittimare la riproposizione della richiesta di revoca di sequestro preventivo già rigettata con provvedimento non più suscettibile di gravame⁶⁶.

Da siffatta disamina emerge, dunque, come parte della giurisprudenza italiana appaia particolarmente sensibile al più ampio concetto di legalità sostanziale elaborato dalla Corte europea. Quest'ultima, tra l'altro, nel caso *Agrati ed altri c. Italia*⁶⁷ opera una sorta di ribaltamento della gerarchia positiva (che vuole il giudice soggetto alla legge) a fronte di una "gerarchia culturale", che vede il diritto vivente pre-legislativo assurgere a parametro di riferimento⁶⁸. Il caso è relativo al ricorso presentato da taluni cittadini, risultati soccombenti in una causa civile contro un'amministrazione pubblica. Essi fondano le proprie pretese su un orientamento giurisprudenziale consolidato; il legislatore italiano, invece, interviene con una legge di interpretazione autentica indirizzando in senso sfavorevole ai ricorrenti l'esito della controversia. La Corte EDU da un lato ritiene che, con la legge di interpretazione autentica, l'Italia dà luogo ad un'*interpretatio* contraria a quella costante della Corte di cassazione e, dall'altro, osserva che detto intervento legislativo, con chiari effetti sul merito di una controversia pendente dinanzi ad un giudice, «non è giustificato da ragioni imperative di interesse generale». Sulla base di tali considerazioni, la Corte di Strasburgo ritiene non equo il processo conclusosi in senso sfavorevole ai ricorrenti, accordando indiscusso rilievo alle «fonti giurisprudenziali».

4. Il principio di retroattività della legge più favorevole secondo la Corte costituzionale italiana

Relativamente all'applicazione del principio di retroattività della legge più favorevole, la Corte costituzionale risente fortemente delle linee guida fissate dal giudice europeo, restando però ancorata all'ordinamento interno.

⁶⁶ Sentenza della Cassazione penale, sez. II, del 6 maggio 2010, n. 19716.

⁶⁷ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 7 giugno 2011, ricorso n. 43549/08, *Agrati ed altri c. Italia*: «Se, in linea di principio, il legislatore può regolamentare in materia civile, mediante nuove disposizioni retroattive, i diritti derivanti da leggi già vigenti, il principio della preminenza del diritto e la nozione di equo processo sancito dall'art. 6 ostano, salvo che per ragioni imperative di interesse generale, all'ingerenza del legislatore nell'amministrazione della giustizia allo scopo di influenzare la risoluzione di una controversia (sentenza *Raffinerie greche Stran e Stratis Andreadis; Zielinski e Pradal & Gonzales e altri*)».

⁶⁸ Corte europea dei diritti dell'uomo, *Agrati ed altri c. Italia*, cit. supra, nota 67. Al riguardo, cfr. A. RUGGERI, *Ieri il giudicato penale, oggi le leggi retroattive d'interpretazione autentica, e domani? (a margine di Corte EDU 7 giugno 2011, Agrati ed altri c. Italia)*, in www.forumcostituzionale.it/site/images/stories/pdf/documenti_forum/giurisprudenza/corte_europea_diritti_uomo/0016_ruggeri.pdf. In argomento v. anche E. LÜPO, *Relazione del Primo Presidente della Corte di cassazione in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario*, infra, p. 805 ss., spec. pp. 813-818.

È quanto emerge dalla pronuncia del 22 luglio 2011, n. 236⁶⁹ in cui il giudice italiano è chiamato a pronunciarsi sulla legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 3, della legge n. 251 del 5 dicembre 2005 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), nella parte in cui esclude l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione⁷⁰, se più brevi, ai processi già pendenti in grado di appello o dinanzi alla Corte di cassazione⁷¹. Siffatta questione di legittimità chiama in causa il parametro espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., assumendo, quale norma interposta, l'art. 7 CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo⁷² nella sentenza della Grande Camera del 17 settem-

⁶⁹ Sentenza della Corte costituzionale del 22 luglio 2011, n. 236. Al riguardo, A. MARI, *Osservazioni a Corte Cost.*, 19 luglio 2011, n. 236, in *Cass. pen.*, 2011, n. 12, p. 4152 ss.; C. PINELLI, *Retroattività della legge penale più favorevole fra CEDU e diritto nazionale*, in *Giur. cost.*, 2011, n. 4, p. 3047 ss.

⁷⁰ L'art. 10, comma 3, della legge n. 251 del 2005 originariamente era così formulato: «Se, per effetto delle nuove disposizioni, i termini di prescrizione risultano più brevi, le stesse si applicano ai procedimenti e ai processi pendenti alla data di entrata in vigore della presente legge, ad esclusione dei processi già pendenti in primo grado ove vi sia stata la dichiarazione di apertura del dibattimento, nonché dei processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione». Con la sentenza n. 393 del 2006, la Corte costituzionale ha dichiarato l'illegittimità costituzionale della disposizione, nella parte in cui individuava nella dichiarazione di apertura del dibattimento di primo grado il discrimine temporale per l'applicazione della nuova disciplina della prescrizione, se più favorevole al reo, ritenendo che questa scelta legislativa non fosse «assistita da ragionevolezza» e quindi violasse l'art. 3 Cost. Per effetto della pronuncia i nuovi termini più favorevoli di prescrizione sono rimasti inapplicabili nei soli processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione. Sotto tale profilo la norma è stata nuovamente investita da una questione di legittimità costituzionale, che la Corte costituzionale, con la sentenza n. 72 del 2008, ha giudicato priva di fondamento, ritenendo ragionevole il residuo limite posto alla retroattività del più favorevole regime di prescrizione (D. PULITANO, *Retroattività favorevole e scrutinio di ragionevolezza*, oss. a *Corte cost.* n. 72 del 2008, in *Giur. cost.*, 2008, p. 948 ss.).

⁷¹ La Corte di cassazione penale con ordinanza n. 22357, emessa l'11 giugno 2010, ha sollevato, per violazione dell'art. 117, primo comma, della Costituzione, in relazione all'art. 7 della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, come interpretato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, questione di legittimità costituzionale dell'art. 10, comma 3, della legge 5 dicembre 2005, n. 251 (Modifiche al codice penale e alla legge 26 luglio 1975, n. 354, in materia di attenuanti generiche, di recidiva, di giudizio di comparazione delle circostanze di reato per i recidivi, di usura e di prescrizione), nella parte in cui esclude l'applicazione dei nuovi termini di prescrizione, se più brevi, ai «processi già pendenti in grado di appello o avanti alla Corte di cassazione».

⁷² A partire dalle sentenze n. 348 e n. 349 del 2007, la giurisprudenza costituzionale è costante nel ritenere che «le norme della CEDU nel significato loro attribuito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo, specificamente istituita per dare ad esse interpretazione ed applicazione (art. 32, par. 1 CEDU) integrano, quali norme interposte, il parametro costituzionale espresso dall'art. 117, primo comma, Cost., nella parte in cui impone la conformazione della legislazione interna ai vincoli derivanti dagli obblighi internazionali» (sentenze n. 113 e n. 1 del 2011, n. 196, n. 187 e n. 138 del 2010, n. 317 e n. 311 del 2009, n. 39 del 2008; sulla perdurante validità di questa ricostruzione dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona del 13 dicembre 2007, sentenza n. 80 del 2011). In ultimo, la Corte di giustizia, con la sentenza della Grande sezione 24 aprile 2012, in causa n. C-571/10, *Kamberaj*, su rinvio pregiudiziale disposto dal Tribunale di Bolzano ha affermato che «il rinvio operato dall'art. 6, par. 3, TUE alla CEDU non impone al giudice nazionale, in caso di conflitto tra una norma di diritto nazionale e detta Convenzione, di applicare direttamente le disposizioni di quest'ultima, disapplicando la norma di diritto nazionale in contrasto con essa». Al riguardo, L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente dei giudici di Strasburgo*, Napoli, Jovene, 2012. Inoltre, ex multis, F. ANGELINI, *L'incidenza della CEDU nell'ordinamento ita-*

bre 2009 (*Scoppola c. Italia*).

La Corte costituzionale, nel tempo, ha reiteratamente affermato che il principio di retroattività della disposizione penale più favorevole al reo, previsto a livello di legge ordinaria dall'art. 2, secondo, terzo e quarto comma, c.p. non è stato costituzionalizzato dall'art. 25, secondo comma, Cost., il quale si limita a sancire l'irretroattività delle norme incriminatrici e, in generale, delle norme penali più severe. Esso, dunque, a suo parere ben può subire deroghe per via di legislazione ordinaria, quando ne ricorra una sufficiente ragione giustificativa⁷³.

Secondo la giurisprudenza costituzionale, infatti, il principio di retroattività della *lex mitior* ha una valenza ben diversa, rispetto al principio di irretroattività della norma penale sfavorevole. Quest'ultimo si pone come essenziale strumento di garanzia del cittadino contro gli arbitri del legislatore, espressivo dell'esigenza della "calcolabilità" delle conseguenze giuridico-penali della propria condotta, quale condizione necessaria per la libera autodeterminazione individuale. In tale prospettiva è, dunque, incontrovertito che il principio *de quo* trovi diretto riconoscimento nell'art. 25, secondo comma, Cost. in tutte le sue espressioni, ovvero non soltanto nelle ipotesi di nuova incriminazione, bensì anche con riferimento a modifiche peggiorative del trattamento sanzionatorio di un fatto già in precedenza penalmente represso. In questi termini, il principio in parola si connota come valore assoluto, non suscettibile di bilanciamento con altri valori costituzionali.

Invece, il principio di retroattività della norma più favorevole non ha alcun collegamento con la libertà di autodeterminazione individuale, per l'ovvia ragione che, nel caso considerato, la *lex mitior* sopravviene alla commis-

liano alla luce di due recenti pronunce della Corte costituzionale, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 487 ss.; A. BULTRINI, *Le sentenze 348 e 349/2007 della Corte costituzionale: l'inizio di una svolta?*, in *Riv. dir. pubbl. comp.*, 2008, n. 1, p. 171 ss.; L. CONDORELLI, *La Corte costituzionale e l'adattamento dell'ordinamento italiano alla CEDU o a qualsiasi obbligo internazionale?*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2008, n. 2, p. 301 ss.; R. CONTI, *Corte Costituzionale e Cedu: qualcosa di nuovo all'orizzonte*, in *Corr. giur.*, 2010, p. 624 ss.; L. MONTANARI, *La difficile definizione dei rapporti con la CEDU alla luce del nuovo art. 117 della Costituzione 2008*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2008, n. 1, p. 204 ss.; C. NAPOLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la nuova collocazione della CEDU e le conseguenti prospettive di dialogo tra le Corti*, in *Quad. cost.*, 2008, n. 1, p. 137 ss.; N. PIGNATELLI, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la dilatazione della tecnica della "interposizione" e del giudizio costituzionale*, in *Quad. cost.*, 2008, n. 1, p. 140 ss.; O. POLLICINO, *Corti europee e allargamento dell'Europa: evoluzioni giurisprudenziali e riflessi ordinamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, pp. 1-45; R. RANDAZZO, *Brevi note a margine della sentenza n. 80 del 2011 della Corte costituzionale*, in www.giurcost.org; L. S. ROSSI, *Recent Pro-European trends of the Italian Constitutional Court*, *CMLR*, 2009, p. 319 ss.; D. TEGA, *Le sentenze della Corte costituzionale nn. 348 e 349 del 2007: la CEDU da fonte ordinaria a fonte "sub-costituzionale" del diritto*, in *Quad. cost.*, 2008, n. 1, p. 133 ss.; U. VILLANI, *I rapporti tra la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Costituzione nelle sentenze della Corte costituzionale del 24 ottobre 2007*, in *I diritti dell'uomo. Cronache e battaglie*, 2007, n. 3, p. 46 ss.; C. ZANGHÌ, *La Corte costituzionale risolve un primo contrasto con la Corte europea dei diritti dell'uomo ed interpreta l'art. 117 della Costituzione: le sentenze n. 348 e 349 del 2007*, in <http://www.giurcost.org/studi/zanghi.htm>.

⁷³ *Ex multis*: sentenze della Corte costituzionale, n. 215 del 2008, n. 393 del 2006, n. 80 del 1995; n. 74 del 20 maggio 1980; n. 6 del 27 luglio 1978; ordinanza n. 330 del 17 luglio 1995.

sione del fatto, al quale l'autore si è liberamente autodeterminato sulla base del pregresso e meno favorevole panorama normativo. In quest'ottica, la Corte esclude, quindi, che il principio di retroattività in *mitius* trovi copertura nell'art. 25, secondo comma, Cost.⁷⁴.

Ad ogni modo, però, secondo la Corte, «la regola della retroattività della *lex mitior*, pur avendo rango diverso dal principio d'irretroattività della norma incriminatrice, di cui all'art. 25, secondo comma, Cost., non è priva di un fondamento costituzionale»⁷⁵. Quest'ultimo è stato individuato nel «principio di eguaglianza»⁷⁶, che impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice»⁷⁷. Non sarebbe ragionevole punire o continuare a punire più gravemente una persona per un fatto che, secondo la legge posteriore, chiunque altro può commettere impunemente o ad una pena più lieve.

⁷⁴ Sentenza della Corte costituzionale dell'8 novembre 2006, n. 394, in *Guri* del 29 novembre 2006.

⁷⁵ Sentenza della Corte costituzionale del 18 giugno 2008, n. 215, in *Guri* del 25 giugno 2008.

⁷⁶ Sentenza della Corte costituzionale del 23 ottobre 2006, n. 393, *cit. supra*, nota 70. La Corte pur non attribuendo valenza costituzionale al principio di retroattività della legge *mitior*, lo aveva riconosciuto esistente nelle fonti sovranazionali. Richiamando la sentenza della Corte di giustizia nella causa *Berlusconi*, *cit. supra*, nota 18, e l'art. 49 della Carta di Nizza, fino al punto da farne parametro valevole ai fini del *test* di ragionevolezza ex art. 3 della norma sul regime transitorio in tema di prescrizione. Al riguardo, V. MAIELLO, *Il rango della retroattività della lex mitior nella recente giurisprudenza comunitaria e costituzionale italiana*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2008, n. 4, p. 1614 ss. Il *quid novi* della decisione risiede nell'affermazione secondo cui «lo scrutinio di costituzionalità ex art. 3 Cost., sulla scelta di derogare alla retroattività di una norma penale più favorevole al reo deve superare un vaglio positivo di ragionevolezza (...)».

⁷⁷ Sentenza della Corte costituzionale dell'8 novembre 2006, n. 394, *cit. supra*, nota 74. La pronuncia n. 394, depositata lo stesso giorno della sentenza n. 393, sarà ricordata, anche, per aver portato a compimento il processo di formale costituzionalizzazione del principio in esame. Anche in questo caso, l'evento è coinciso con una decisione del tutto innovativa. Per la prima volta, infatti, la Consulta ha dichiarato l'illegittimità costituzionale di norme penali c.d. di favore, ritenendo che la sperequazione in *bonam partem* ravvisabile nel trattamento sanzionatorio dei reati elettorali di falso (nella formulazione di cui all'art. 1 della legge n. 61/2004) fosse manifestamente irragionevole rispetto alle comminatorie edittali di analoghe fattispecie codicistiche. Spinta da queste ragioni ad affrontare l'argomento, la Corte si pronunzia, per la prima volta in termini espliciti, in favore del fondamento costituzionale del principio di retroattività della legge penale in *bonam partem*, ricavandolo non dal registro dell'art. 25, secondo comma, Cost., bensì dal canone supremo espresso dall'art. 3. Scrivono i giudici che «il principio di eguaglianza (...) impone, in linea di massima, di equiparare il trattamento sanzionatorio dei medesimi fatti, a prescindere dalla circostanza che essi siano stati commessi prima o dopo l'entrata in vigore della norma che ha disposto l'*abolitio criminis* o la modifica mitigatrice». La Corte nel dichiararne l'incostituzionalità chiarisce che il principio di legalità non preclude lo scrutinio di costituzionalità, anche in *malam partem*, delle c.d. norme penali di favore: ossia delle norme che stabiliscano, per determinati soggetti o ipotesi, un trattamento penalistico più favorevole di quello che risulterebbe dall'applicazione di norme generali o comuni. Esso si connette all'ineludibile esigenza di evitare la creazione di «zone franche» dell'ordinamento (così la sentenza n. 148 del 1983), sottratte al controllo di costituzionalità, entro le quali il legislatore potrebbe di fatto operare svincolato da ogni regola, stante l'assenza d'uno strumento che permetta alla Corte di riaffermare il primato della Costituzione sulla legislazione ordinaria.

Il principio di eguaglianza costituisce, tra l'altro, non solo il fondamento, ma anche il limite dell'applicabilità retroattiva della *lex mitior*. Mentre il principio di irretroattività della norma penale sfavorevole, infatti, costituisce un valore assoluto ed inderogabile, quello della retroattività in *mitius* è suscettibile di limitazioni e deroghe legittime sul piano costituzionale⁷⁸, ove sorrette da giustificazioni oggettivamente ragionevoli e in particolare, dalla necessità di preservare interessi, ad esso contrapposti, di analogo rilievo⁷⁹.

Ebbene, la Corte prende atto che il panorama europeo ed internazionale è oggi orientato nel senso di ritenere che il principio di retroattività della legge più favorevole costituisce un principio fondamentale della persona umana: con il corollario che tale posizione potrebbe ricevere tutela attraverso l'art. 2 Cost. secondo cui «la Repubblica riconosce e garantisce i diritti inviolabili»⁸⁰. Esso, infatti, come emerge dal caso *Scoppola* ha mutato il suo volto, transitando da principio generale fondato sull'eguaglianza, al rango di diritto fondamentale, con evidenti conseguenze in punto di legittimità di eventuali limiti o deroghe⁸¹.

Ciò posto, la Corte costituzionale, tuttavia, filtra la posizione europea attraverso la "lente ordinamentale interna" laddove si interroga sull'ambito di operatività del principio di retroattività in *mitius* ex art. 2, quarto comma, c.p. Esso va esteso, secondo la Corte, a tutte le norme sostanziali che incidono sul complessivo trattamento riservato al reo, ancorché riguardino profili diversi

⁷⁸ Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 28 giugno 2007, ricorso n. 32978/03, *Perez Arias c. Spagna*: «intendere il principio di eguaglianza nell'applicazione della legge nel senso che ciò che risulta dalle decisioni posteriori implica la revisione di tutte le decisioni definitive anteriori che risultino contraddittorie con quelle più recenti sarebbe contrario al principio di sicurezza giuridica».

⁷⁹ *Ex multis*: sentenze della Corte costituzionale del 18 giugno 2008, n. 215; 8 novembre 2006, n. 394; n. 74 del 1980 e n. 6 del 1978.

⁸⁰ L. DELLI PRISCOLI - F. FIORENTINO, *La Corte costituzionale e il principio di retroattività della legge più favorevole al reo*, in *Riv. it. dir. e proc. pen.*, 2009, fasc. 3, p. 1180 ss. Osservano gli Autori: «sembra (...) che non possa più negarsi un effettivo rilievo costituzionale al principio di retroattività della legge penale più favorevole, ciò che consentirebbe, oltretutto, alla Corte, di svincolarsi, nella valutazione della costituzionalità di norme transitorie in deroga a tale principio, dal ricorso agli incerti criteri ermeneutici afferenti al principio di uguaglianza e a quello di ragionevolezza della scelta legislativa».

⁸¹ F. PALAZZO, *Correnti superficiali e correnti profonde delle attualità penalistiche (a proposito della retroattività favorevole)*, in *Diritto penale e processo*, 2012, n. 10, p. 1173-1176. L'A. considera emblematica delle correnti profonde di trasformazione del sistema, la vicenda della retroattività della legge penale più favorevole. Per lungo tempo tale principio è rimasto attestato sul tranquillizzante fondamento dell'eguaglianza di trattamento, lasciando così aperta la possibilità di limiti e deroghe alla retroattività favorevole. Oggi quale diritto fondamentale è tendenzialmente assoluto; implica una pretesa nuova, che non abbia a subire limitazione e pregiudizi senza ragione. Venute meno le ragioni del trattamento più severo, la libertà e la personalità del soggetto non possono che riespandersi con la conseguenza che la permanenza del trattamento peggiore sarebbe senza giustificazione e, dunque, in violazione della libertà e personalità dell'individuo, dei suoi diritti fondamentali. Egli osserva, dunque, come le grandi correnti di trasformazione del sistema e dei suoi principi sono appannaggio ormai degli organi giurisdizionali sovranazionali, come le Corti europee e in special modo la Corte di Strasburgo.

dalla sanzione in senso stretto⁸². Diversa e più ristretta considera, invece, la portata del principio convenzionale, circoscritta alle sole disposizioni che prevedono i reati e le relative pene, come ribadito nella decisione 27 aprile 2010, *Morabito c. Italia*, e non già estesa a qualunque altra disposizione che incida sul trattamento penale, come in particolare le disposizioni sulla prescrizione. Ciò è confermato dal riferimento che la giurisprudenza europea fa alle fonti internazionali e comunitarie ed alle pronunce della Corte di giustizia dell'Unione europea: sia l'art. 15 del Patto internazionale sui diritti civili e politici, sia l'art. 49 della Carta di Nizza⁸³, infatti, non si riferiscono a qualsiasi disposizione penale, ma solo alla «legge [che] prevede l'applicazione di una pena più lieve»⁸⁴.

Una volta individuati i limiti oggettivi del principio di retroattività in *mitius*, riconosciuto dalla Corte europea sulla base dell'art. 7 CEDU, il giudice costituzionale perviene alla conclusione che esso non può riguardare le norme processuali sopravvenute che modificano, in senso favorevole al reo, la disciplina della prescrizione⁸⁵; inoltre, osserva che nella sentenza del 17 settembre 2009 la Corte europea nulla ha detto per escludere la possibilità che, in presenza di particolari situazioni, il principio di retroattività in *mitius* subisca deroghe o limitazioni. È però significativo che il giudice di Strasburgo abbia espressamente posto un limite, escludendo che il principio in questione possa

⁸² Sentenza della Corte costituzionale del 23 novembre 2006, n. 393, *cit. supra*, nota 70: «La norma del codice penale [che sancisce la regola generale della retroattività della *lex mitior*] deve essere interpretata, ed è stata costantemente interpretata dalla giurisprudenza di questa Corte (e da quella di legittimità), nel senso che la locuzione "disposizioni più favorevoli al reo" si riferisce a tutte quelle norme che apportino modifiche in *melius* alla disciplina di una fattispecie criminosa, ivi comprese quelle che incidono sulla prescrizione del reato».

⁸³ Sentenza della Corte costituzionale n. 28 del 2010 nell'ambito di un sindacato di costituzionalità su norma extrapenale di favore, ha riconosciuto come la regola della retroattività favorevole trovi ora copertura europea nell'art. 49 della Carta.

⁸⁴ La Corte costituzionale nella sentenza del 22 luglio 2011, n. 236, *cit. supra*, nota 69 sottolinea come la sentenza *Scoppola* riguardava proprio una questione relativa alla pena, e non è senza significato che, nel richiamare la precedente e consolidata giurisprudenza sull'art. 7 della CEDU e sulla sua portata, la Corte europea abbia avvertito l'esigenza di chiarire la nozione di pena cui fa riferimento la citata norma convenzionale, specificando che si tratta della misura che viene «imposta a seguito di una condanna per un reato», e non di qualsiasi elemento incidente sul trattamento penale. Perciò è da ritenere che il principio di retroattività della *lex mitior* riconosciuto dalla Corte di Strasburgo riguardi esclusivamente la fattispecie incriminatrice e la pena, mentre sono estranee all'ambito di operatività di tale principio, così delineato, le ipotesi in cui non si verifica un mutamento, favorevole al reo, nella valutazione sociale del fatto, che porti a ritenerlo penalmente lecito o comunque di minore gravità.

⁸⁵ Decisione della Corte europea dei diritti dell'uomo del 22 giugno 2000, *Coëme c. Belgio*, *cit. supra*, nota 32, ha rilevato che, pur essendo comune agli Stati sottoscrittori la previsione di un termine di prescrizione (previsione a propria volta idonea a salvaguardare la certezza del diritto e l'efficienza della difesa), l'allungamento dello stesso in un momento successivo alla commissione del fatto e con effetto retroattivo non costituisce, di per sé, elemento idoneo a violare il disposto dell'art. 7 CEDU. Nella sentenza si precisa che «indipendentemente dalla natura sostanziale o processuale che gli attribuiscono i diversi orientamenti nazionali, non forma oggetto della tutela apprestata dall'art. 7 della Convenzione». La Corte di Strasburgo ha ritenuto, pertanto, che non fosse in contrasto con la citata norma convenzionale una legge belga che prolungava, con efficacia retroattiva, i tempi di prescrizione dei reati.

travolgere il giudicato (nella sentenza si fa esclusivo riferimento a «leggi penali posteriori adottate prima della pronuncia di una sentenza definitiva»), diversamente da quanto prevede, nel nostro ordinamento, l'art. 2, secondo e terzo comma, c.p.

Pertanto, nella sentenza in esame, la Corte rileva sì che il principio di retroattività della legge penale più favorevole ora, attraverso l'art. 117, primo comma, Cost., ha acquistato un nuovo fondamento con l'interposizione dell'art. 7 della CEDU, come interpretato dalla Corte di Strasburgo⁸⁶, tuttavia, osserva che se la retroattività non può essere esclusa "solo" perché la pena più mite non era prevista al momento della commissione del reato, è legittimo concludere che la soluzione può essere diversa quando le ragioni per escluderla siano altre e consistenti. Qualora, dunque, vi sia una ragione diversa, il giudice costituzionale ritiene che la Corte europea non escluda possibili deroghe al principio di retroattività in *mitius* quando siano sorrette da una valida giustificazione⁸⁷. Inoltre, sottolinea che il principio di retroattività della *lex mitior* presuppone un'omogeneità tra i contesti fattuali o normativi in cui operano le disposizioni che si succedono nel tempo; ed è proprio la diversità di contesto, ad esempio, che giustifica la deroga posta dal quinto comma dell'art. 2 c. p. stabilendo che «se si tratta di leggi eccezionali o temporanee, non si applicano le disposizioni dei capoversi precedenti»; ciò, infatti, significa che deve continuare ad applicarsi la disposizione che vigeva al momento della commissione del fatto, anche se successivamente è entrato in vigore un trattamento penale più favorevole o addirittura il fatto ha cessato di costituire reato⁸⁸.

⁸⁶ Diversamente, nella sentenza della Corte costituzionale n. 393 del 2006, *cit. supra*, nota 70, le fonti internazionali non sono invocate come norme interposte nel giudizio di costituzionalità, ma solo come dati normativi da cui desumere la rilevanza dell'interesse tutelato dal principio di retroattività della *lex mitior*.

⁸⁷ Analogamente alla sentenza della Corte costituzionale del 22 luglio 2011, n. 236, *cit. supra*, nota 69, cfr. anche ordinanza della Corte costituzionale n. 43 del 20 febbraio 2012-7 marzo 2012.

⁸⁸ Nel caso di specie, la norma censurata, nell'escludere l'applicazione retroattiva dei nuovi termini di prescrizione, se più favorevoli al reo, ai processi già pendenti in grado di appello e dinanzi alla Corte di cassazione, fa riferimento a due contesti processuali diversi: quello dei processi pendenti in primo grado, ove non è ancora stata pronunciata una sentenza, che, mediante una riorganizzazione dei tempi e delle attività processuali, è suscettibile di essere definito prima che decorra il nuovo e più breve termine di prescrizione; quello dei processi pendenti in appello o dinanzi alla Corte di cassazione, in cui ciò è meno agevole o addirittura non è più possibile, con la conseguenza che il giudice, in seguito all'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, dovrebbe dichiarare l'estinzione del reato per prescrizione. La ragionevolezza di questa soluzione, come già rilevato nella sentenza n. 72 del 2008 (sentenza della Corte costituzionale del 28 marzo 2008, n. 72, in *Guri* del 2 aprile 2008: «non sono fondate le q.l.c. dell'art. 10, comma 3, l. 5 dicembre 2005 n. 251, censurato, in riferimento agli art. 3, 10, comma 2, e 11 Cost., nella parte in cui esclude l'applicazione dei più brevi termini di prescrizione ai processi già pendenti in grado di appello alla data di entrata in vigore della legge. In relazione ai giudizi di appello, la scelta del legislatore di escludere l'applicazione dei nuovi termini è ragionevole, anche perché mira ad evitare la dispersione delle attività processuali già compiute all'entrata in vigore della l. n. 251 del 2005, secondo scadenze calcolate in base ai tempi di prescrizione più lunghi vigenti al momento del loro compimento»), «è ulteriormente comprovata dal rilievo che essa, poiché nei giudizi in esame il materiale probatorio,

Del resto dalla stessa giurisprudenza della Corte europea emerge che l'istituto della prescrizione, indipendentemente dalla natura sostanziale o processuale attribuitagli dai diversi ordinamenti nazionali, non forma oggetto della tutela apprestata dall'art. 7 della Convenzione, come si desume dalla sentenza 22 giugno 2000 (*Coëme e altri c. Belgio*) con cui la Corte di Strasburgo ha ritenuto che non fosse in contrasto con la citata norma convenzionale una legge belga che prolungava, con efficacia retroattiva, i tempi di prescrizione dei reati.

Alla luce delle considerazioni che precedono, si osserva, dunque, come sia delicato e "ragionato" l'*iter* motivazionale della Corte costituzionale qualora si approcci al dato giurisprudenziale europeo, calandolo nell'ordinamento nazionale; ciò accade specie in campo penalistico, in ragione, tra l'altro, della natura degli interessi in gioco, il che rende non sempre facile il "dialogo" tra le Corti.

5. Considerazioni conclusive

Come emerge da siffatta disamina, l'"irruzione" della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento italiano ha ricadute di estremo interesse sul fronte delle garanzie penalistiche. L'interazione tra i due sistemi si deve al costante dinamismo della Corte europea e alla progressiva, crescente attenzione della Corte costituzionale alla CEDU. Si assiste, pertanto, ad una co-tutela rafforzata dei diritti fondamentali in sede processual-procedurale proiettata nell'ottica di una tutela *multilevel*. L'influenza del sistema CEDU oggi assume, tra l'altro, maggiore risonanza in ragione del nuovo art. 6, par. 2, TUE: «l'Unione aderisce alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali», nonché ex art. 59 CEDU, come modificato dal Protocollo XIV «[l']Unione europea può aderire alla presente Convenzione»⁸⁹. Ad ogni modo, la "circolazione" tra giurisprudenze in-

in linea di massima, è ormai stato acquisito, mira ad evitare la dispersione delle attività processuali già compiute all'entrata in vigore della legge n. 251 del 2005, secondo scadenze calcolate in base ai tempi di prescrizione più lunghi vigenti all'atto del loro compimento, e così tutela interessi di rilievo costituzionale sottesi al processo come la sua efficienza e la salvaguardia dei diritti dei destinatari della funzione giurisdizionale oltre, si può aggiungere, al principio di effettività del diritto penale».

⁸⁹ Il Consiglio d'Europa ha attivato una sezione dedicata al processo di adesione dell'UE alla CEDU, nella seguente pagina web, www.coe.int/t/portal/web/coe-portal/what-we-do/human-rights/eu-accession-to-the-convention?dynLink=true&layoutId=22&dlgroupId=10226&fromArticleId= nella quale sono riportati tutti i *report* degli incontri, le versioni aggiornate di accordi di adesione, le reazioni da parte degli Stati e delle ONG. Nel mese di luglio 2011, sono stati pubblicati i risultati raggiunti nel negoziato fra il Comitato direttivo per i diritti dell'uomo del Consiglio d'Europa e la Commissione europea (bozza di accordo (CDDH-UE(2011)16 final). Nell'ottobre 2011, il Comitato direttivo per i diritti dell'uomo (CDDH) ha esaminato gli strumenti provvisori e, viste le implicazioni politiche di alcuni problemi ancora presenti, è convenuto sull'invio del rapporto e degli strumenti provvisori al Comitato dei Ministri per una valutazione e ulteriori indicazioni. Il 13 giu-

ternazionali ed interne costituisce ormai un fenomeno ricorrente, come testimonia il rapporto di mutua recezione "selettiva" di valori normativi e giurisprudenziali che intercorre tra le pronunce della Corte europea e le sentenze delle Corti costituzionali dei vari Stati europei⁹⁰: il tutto nella salvaguardia dell'autonomia funzionale ed organica di tali istanze giurisdizionali⁹¹.

Lo si evince, in particolare, in tema di «equo processo»⁹² ed un esempio emblematico è offerto appunto, come sopra riscontrato, dalla garanzia del *nullum crimen sine praevia lege poenali*. Alla conclusione di includere il principio di retroattività della legge penale più favorevole nell'art. 7 CEDU, si è osservato come la Corte europea sia pervenuta tenendo conto dell'«evoluzione della situazione nello Stato convenuto (Italia) e negli Stati contraenti in generale» e dando atto della necessità di adottare un «approccio dinamico ed evolutivo» nell'interpretazione della Convenzione, che renda «le garanzie concrete ed effettive, e non teoriche ed illusorie»: ha così registrato un consenso a livello europeo ed internazionale nell'affermare che la retroattività *in mitius* è divenuta un principio fondante del diritto penale⁹³, che si eleva a ran-

gno 2012, il Comitato dei Ministri ha esortato il Comitato direttivo per i diritti dell'uomo (CDDH) a proseguire i negoziati con l'Unione europea in un gruppo ad hoc "47+1", con lo scopo di finalizzare senza ulteriori indugi gli strumenti di adesione. Al riguardo, G. FIENGO, *Verso l'adesione dell'Unione europea alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo: prime riflessioni sugli aspetti problematici dell'attuale fase del negoziato*, in *Dir. pubbl. comp. eur.*, 2011, n. 1, p. 108 ss.; A. POTTEAU, *Quelle adhésion de l'Union européenne à la CEDH pour quel niveau de protection des droits et de l'autonomie de l'ordre juridique de l'UE?*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 2011, n. 1, p. 77 ss.; A. TIZZANO, *Les Cours européennes et l'adhésion de l'Union à la CEDH*, in *Dir. Un. Eur.*, 2011, p. 29 ss.

⁹⁰ A. DI STASI (a cura di), *Il diritto all'equo processo nella Cedu e nella Convenzione americana sui diritti umani. Analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 12-13.

⁹¹ U. VILLANI, *La cooperazione tra i giudici nazionali, la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. FRAGOLA (a cura di), *La cooperazione tra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*. Convegno interinale SIDI-Università della Calabria Arcavacata di Rende (Cosenza), 12 aprile 2010, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 1-23.

⁹² Sentenze della Corte costituzionale del 16 aprile 2008, n. 129 e del 7 aprile 2011 n. 113, entrambe *cit. supra*, nota 3. Relativamente alla giurisprudenza di legittimità: Cassazione penale, 3 ottobre 2006, n. 32678, *Somogy*, la Cassazione sostiene che il giudice è tenuto a rispettare la decisione della Corte europea che ha accertato il carattere non equo del processo celebrato in *absentia* e, dunque, a dar luogo ad un nuovo processo, anche se ciò comporta la necessità di mettere in discussione il giudicato, attraverso il riesame o la riapertura del procedimento penale; Cassazione penale, 25 gennaio 2007, n. 2800, *Dorigo*, ritiene che, non essendo possibile la *restitutio in integrum* nella forma della revisione del processo, il giudice dell'esecuzione è tenuto a dichiarare a norma dell'art. 670 c.p.p., l'ineseguibilità della sentenza di condanna e l'inefficacia dell'ordine di esecuzione.

⁹³ Ordinanza della Cassazione penale, sez. un., del 19 aprile 2012-10 settembre 2012), n. 34472. Le Sezioni Unite, investite del ricorso promosso da un condannato che, trovandosi in condizione identica a quella esaminata dalla Corte di Strasburgo nella sentenza *Scoppola c. Italia* (n. 2), del 17 settembre 2009, chiedeva la rideterminazione della pena dell'ergastolo inflittagli in quella di trent'anni di reclusione, sollevano questione di legittimità costituzionale degli artt. 7 e 8 del d.l. 24 novembre 2000, n. 341 (conv. in l. 19 gennaio 2001, n. 4) in riferimento agli artt. 3 e 117 comma 1 Cost., quest'ultimo in relazione all'art. 7 CEDU. Le Sezioni Unite sottolineano che se, dunque, alla pronuncia *Scoppola* deve attribuirsi una «valenza generale e, conseguentemente, un effetto vincolante per la soluzione di casi identici», ne deriva che il ricorrente nel caso di specie è stato anch'egli vittima di una violazione dell'art. 7 CEDU nel momento in cui è stato condannato alla pena dell'ergastolo, e che tale violazione deve oggi essere rimossa dalla giurisdizione italiana

go di diritto fondamentale ex art. 7 CEDU, operando, dunque, quale norma interposta ai sensi dell'art. 117 della nostra Costituzione.

In tal modo, la Corte di Strasburgo partendo dal dato esistente, mira all'affermazione di canoni condivisi. Essa, in particolare, recepisce i dati normativi e giurisprudenziali propri degli ordinamenti e ricava soluzioni interpretative dal bilanciamento di principi contrapposti, svolgendo una soluzione *la-to sensu* politica o meglio identificativa di valori fondamentali. Tale tecnica del bilanciamento che ottimizza il «dosaggio» dei canoni in contrasto, assicurando la combinazione complessiva più «giusta» o «ragionevole», costituisce inevitabilmente l'operazione chiave del processo interpretativo⁹⁴. Muovendo, dunque, dal testo della Convenzione, la Corte procede alla rilevazione, creazione e attualizzazione di valori fondanti, in un rapporto di reciproca interazione tra norme ed evoluzione della collettività⁹⁵. D'altro canto, alla Corte costituzionale compete, invece, apprezzare la giurisprudenza europea consolidata sulle norme convenzionali, in modo da rispettarne la sostanza, ma con un margine di apprezzamento e di adeguamento che le consenta di tener conto delle peculiarità dell'ordinamento giuridico in cui esse sono destinate ad inserirsi.

La realtà sociale eterogenea su cui si trova a pronunciarsi il giudice europeo rende però difficile coniugare le esigenze di uniformità con quelle di rispetto delle differenze e delle identità locali. Alla luce di ciò, è quindi, auspicabile che il "dialogo" tra le Corti resti costante e si traduca in un sistema integrato di garanzie, chiaro e definito, che assicuri tutela costituzionale ai diritti e alle libertà fondamentali al di là delle differenti tradizioni culturali e delle svariate opzioni etico-politiche dei singoli Stati.

Anna Iermano*

«anche a costo di porre in crisi il "dogma" del giudicato», non essendo tollerabile l'esecuzione di una pena ritenuta illegittima dall'interprete autentico della CEDU. Al riguardo, F. VIGANÒ, *Le Sezioni Unite rimettono alla Corte costituzionale l'adeguamento del nostro ordinamento ai principi sanciti dalla Corte EDU nella sentenza Scoppola*, in <http://www.penalecontemporaneo.it>.

⁹⁴ C. FOCARELLI, *Equo processo e Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, Padova, Cedam, 2001, in particolare p. 397 ss. Al riguardo si osserva come la nozione di «ordine pubblico europeo» sovente utilizzata dalla Corte di Strasburgo indichi proprio il nucleo di valori fondamentali di cui la Convenzione costituisce il riferimento normativo "costituzionale" in senso funzionale, nel senso appunto identificativo dei valori fondamentali o costitutivi delle collettività degli Stati contraenti.

⁹⁵ C. FOCARELLI, *Equo processo*, cit. *supra*, nota 94, p. 405.

* Dottore di ricerca in «Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia»; assegnista di ricerca in «Tutela multilevel dei diritti fondamentali e processo di adesione dell'Unione Europea alla CEDU» / Università degli Studi di Salerno.

SINTESI

L'"irruzione" della Convenzione europea nell'ordinamento italiano desta estremo interesse sul fronte delle garanzie penalistiche. Casi concreti, pragmatici, scandiscono la portata del "dialogo" tra la Corte europea dei diritti dell'uomo e la Corte Costituzionale italiana, facendo emergere appieno i punti di contatto e quelli di attrito, nonché il grado di integrazione realizzatosi negli anni tra le autorità giurisdizionali. Emblematica in tal senso è l'applicazione del principio di retroattività della legge penale più favorevole, privo di un espresso fondamento costituzionale nell'ordinamento italiano e, tuttavia, riconosciuto dalla Corte di Strasburgo quale diritto rientrante fra le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, tra gli *inviolable core rights*.

ABSTRACT

The "irruption" of the European Convention in the Italian law implies a great interest in the criminal guarantees. Concrete, pragmatic cases show the "dialogue" between the European Court of Human Rights and Italian Constitutional Court, bringing out the points of contact and of friction and the degree of integration materialized in the years among the different Courts. Emblematic in this sense is the application of the principle of retroactivity of the more favorable criminal law, without an express constitutional basis in the Italian law and however recognized by the Strasbourg Court such as a right of the constitutional traditions common to the Member States, which is an inviolable core right.

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE

CONSIGLIO EUROPEO

Conclusioni del Consiglio europeo, 18-19 ottobre 2012*

Il Consiglio europeo ha ribadito oggi il suo fermo impegno a intervenire con decisione per far fronte alle tensioni dei mercati finanziari, ripristinare la fiducia e stimolare la crescita e l'occupazione.

Ha esaminato attentamente l'attuazione del patto per la crescita e l'occupazione. Si è compiaciuto dei progressi sinora compiuti, ma ha anche chiesto un'azione tempestiva, determinata e orientata ai risultati per garantire la piena e rapida attuazione del patto.

In seguito alla presentazione della relazione intermedia sull'UEM, il Consiglio europeo ha invitato a portare avanti in via prioritaria i lavori concernenti le proposte sul meccanismo di vigilanza unico, con l'obiettivo di trovare un accordo sul quadro legislativo entro il 1° gennaio 2013, e a tal fine ha approvato un certo numero di orientamenti. Ha inoltre rilevato che occorre esplorare ulteriormente le questioni concernenti il quadro di bilancio integrato e il quadro integrato di politica economica, la legittimità e la responsabilità democratiche. Ha convenuto che il processo verso un'unione economica e monetaria più approfondita dovrebbe basarsi sul quadro giuridico e istituzionale dell'UE ed essere caratterizzato da apertura e trasparenza nei confronti degli Stati membri che non fanno parte della zona euro e dal rispetto dell'integrità del mercato unico. Attende con interesse una tabella di marcia specifica e con scadenze precise che deve essere presentata nella sua riunione del dicembre 2012, in modo da poter compiere progressi riguardo a tutti gli elementi costitutivi essenziali sui quali costruire un'autentica UEM.

Il Consiglio europeo ha discusso le relazioni con i partner strategici dell'UE e ha adottato conclusioni sulla Siria, l'Iran e il Mali.

* Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo è reperibile sul sito internet <http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions.aspx?lang=it> (n.d.r.).

I. Politica economica

1. L'economia europea è confrontata a sfide impegnative. È quindi essenziale che l'Unione europea compia con rapidità ogni sforzo volto ad attuare le misure concordate negli ultimi mesi per rilanciare la crescita, gli investimenti e l'occupazione, ripristinare la fiducia e rendere l'Europa più competitiva come luogo di produzione e di investimento.

Patto per la crescita e l'occupazione

2. Il Consiglio europeo ribadisce la sua determinazione a stimolare la crescita e l'occupazione nel contesto della strategia Europa 2020. Il patto per la crescita e l'occupazione convenuto lo scorso giugno costituisce il quadro generale per l'adozione di misure a livello nazionale, della zona euro e dell'UE con mobilitazione di tutti gli strumenti, leve e politiche. Tutti gli impegni che vi sono delineati devono essere onorati pienamente e rapidamente. Sono già stati conseguiti progressi significativi, come evidenziato nella lettera del presidente del Consiglio europeo dell'8 ottobre 2012 e nelle relazioni della presidenza e della Commissione. È tuttavia necessario un maggiore impegno in alcuni settori, come specificato di seguito.

- a. *Investire nella crescita (Omissis)*
- b. *Rafforzare il mercato unico (Omissis)*
- c. *Collegare l'Europa (Omissis)*
- d. *Realizzare un mercato unico digitale pienamente funzionante entro il 2015 (Omissis)*
- e. *Promuovere la ricerca e l'innovazione (Omissis)*
- f. *Accrescere la competitività dell'industria (Omissis)*
- g. *Creare il quadro normativo idoneo per la crescita (Omissis)*
- h. *Sviluppare una politica fiscale che favorisca la crescita (Omissis)*
- i. *Promuovere l'occupazione e l'inclusione sociale (Omissis)*
- j. *Attuare la strategia Europa 2020 (Omissis)*
- k. *Sfruttare le potenzialità del commercio (Omissis)*

Completamento dell'UEM

3. Alla luce delle sfide fondamentali che si trova ad affrontare, l'Unione economica e monetaria dev'essere rafforzata per assicurare il benessere economico e sociale, nonché la stabilità e una prosperità duratura.

4. A seguito della relazione intermedia presentata dal presidente del Consiglio europeo in stretta collaborazione con i presidenti della Commissione, dell'Eurogruppo e della Banca centrale europea (BCE), proseguiranno le consultazioni informali con gli Stati membri e il Parlamento europeo sulle diverse questioni da esplorare. Il Consiglio europeo attende con interesse una tabella di marcia specifica e con scadenze precise che sarà presentata nella riunione del dicembre 2012, in modo da poter compiere progressi riguardo a tutti gli elementi costitutivi essenziali sui quali costruire un'autentica UEM.

5. Il processo di approfondimento dell'unione economica e monetaria dovrebbe essere basato sul quadro istituzionale e giuridico dell'UE e improntato all'apertura e

alla trasparenza nei confronti degli Stati membri che non utilizzano la moneta unica, nonché al rispetto dell'integrità del mercato unico. La relazione finale e la tabella di marcia dovrebbero includere proposte concrete su come conseguire tale risultato.

Quadro finanziario integrato

6. Dobbiamo procedere verso un quadro finanziario integrato, per quanto possibile aperto a tutti gli Stati membri che desiderano prendervi parte. In tale contesto, il Consiglio europeo invita i legislatori a proseguire i lavori concernenti le proposte legislative sul meccanismo di vigilanza unico in via prioritaria, con l'obiettivo di trovare un accordo sul quadro legislativo entro il 1° gennaio 2013. I lavori sull'attuazione operativa si svolgeranno nel corso del 2013. A questo riguardo, è essenziale rispettare pienamente l'integrità del mercato unico.

7. Occorre assicurare una netta separazione tra la politica monetaria e le funzioni di vigilanza della BCE, nonché un trattamento e una rappresentanza equi degli Stati membri che partecipano al meccanismo di vigilanza unico, facciano essi parte della zona euro o no. La responsabilità risiede al livello in cui sono adottate e attuate le decisioni. Il meccanismo di vigilanza unico sarà fondato sugli *standard* più elevati in materia di vigilanza bancaria e la BCE sarà in grado di effettuare, in modo differenziato, la vigilanza diretta, nonché di utilizzare i poteri effettivi conferitile dalla legislazione non appena questa entrerà in vigore. È inoltre della massima importanza stabilire un *corpus* unico di norme alla base della vigilanza centralizzata. (*Omissis*)

11. Il Consiglio europeo prende atto dell'intenzione della Commissione di proporre un unico meccanismo di risoluzione per gli Stati membri che partecipano al meccanismo di vigilanza unico dopo l'adozione della proposta di direttiva sul risanamento e la risoluzione delle crisi bancarie e della proposta di direttiva sul sistema di garanzia dei depositi.

12. L'Eurogruppo metterà a punto i criteri operativi precisi che orienteranno il meccanismo europeo di stabilità (MES) nella ricapitalizzazione diretta delle banche, nel pieno rispetto della dichiarazione del vertice della zona euro del 29 giugno. È imperativo spezzare il circolo vizioso tra banche e debito sovrano. Una volta istituito, per le banche della zona euro, un efficace meccanismo di vigilanza unico con il coinvolgimento della BCE, il MES potrà avere facoltà, sulla scorta di una decisione ordinaria, di ricapitalizzare direttamente gli istituti bancari.

Quadro di bilancio integrato e quadro integrato di politica economica, legittimità e responsabilità democratiche

13. Il Consiglio europeo invita i legislatori a trovare un accordo in vista dell'adozione del "*two-pack*" al più tardi entro la fine del 2012. Si tratta di atti normativi essenziali per il rafforzamento della nuova *governance* economica dell'UE, insieme con il patto di stabilità e crescita rafforzato, il trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* e il "*six-pack*". Invita le autorità nazionali e le istituzioni europee ad attuare appieno tutti questi strumenti conformemente alle funzioni attribuite loro dai trattati UE. In relazione all'attività normativa in corso nel settore bancario dell'UE, il Consiglio europeo prende atto delle proposte del gruppo di esperti ad alto livello sulla struttura di tale settore, che la Commissione sta attualmente esaminando, compreso il loro possibile contributo al raggiungimento dell'obiettivo di

creare un sistema bancario stabile ed efficiente.

14. Un quadro di bilancio integrato costituisce parte di un'unione economica e monetaria. In tale contesto, saranno vagliati ulteriori meccanismi per la zona euro, compresa un'adeguata capacità di bilancio. Il processo di analisi di tali meccanismi non sarà connesso alla preparazione del prossimo quadro finanziario pluriennale.

15. Il buon funzionamento dell'UEM richiede il rafforzamento e la sostenibilità della crescita economica, dell'occupazione e della coesione sociale e un incremento del coordinamento, della convergenza e del rispetto delle norme della politica economica. A questo proposito, si vaglierà l'idea che gli Stati membri della zona euro concludano intese individuali di carattere contrattuale con le istituzioni dell'UE sulle riforme che si impegnano a intraprendere e sulla relativa realizzazione. Tali intese potrebbero essere connesse alle riforme individuate nelle raccomandazioni specifiche per paese adottate dal Consiglio e basarsi su procedure dell'UE. (*Omissis*)

II. Partner strategici (*Omissis*)

III. Altri punti (*Omissis*)

Il Consiglio europeo è riconoscente per l'assegnazione all'Unione europea del Premio Nobel per la pace. Il Premio è un onore per tutti i cittadini europei e per tutti gli Stati membri e le istituzioni dell'UE. Il Comitato del Nobel rammenta a giusto titolo il fatto che "l'Unione e i suoi precursori hanno contribuito per oltre sei decenni al progresso della pace e della riconciliazione, della democrazia e dei diritti umani in Europa". In un periodo di incertezza, questo omaggio alle conquiste del passato costituisce un forte appello a salvaguardare e rafforzare l'Europa per la prossima generazione. Consapevoli del fatto che far progredire questa comunità di interessi pacifici richiede attenzione costante e una volontà incrollabile, i membri del Consiglio europeo considerano una loro responsabilità personale far sì che l'Europa rimanga un continente di progresso e prosperità.

Conclusioni del Consiglio europeo, 13-14 dicembre 2012**

Il Consiglio europeo ha approvato una tabella di marcia per il completamento dell'Unione economica e monetaria, basato su una maggiore integrazione e una solidarietà rafforzata. Tale processo sarà avviato con il completamento, il rafforzamento e l'attuazione della nuova governance economica rafforzata, nonché con l'adozione del meccanismo di vigilanza unico e delle nuove norme sul risanamento e la risoluzione delle crisi nel settore bancario e sulle garanzie dei depositi.

A completamento sarà istituito un meccanismo di risoluzione unico. Il Consiglio europeo di giugno 2013 esaminerà ulteriormente una serie di altri importanti aspetti concernenti il coordinamento delle riforme nazionali, la dimensione sociale dell'UEM, la fattibilità e le modalità di contratti reciprocamente concordati per la

** Il testo integrale delle Conclusioni del Consiglio europeo è reperibile sul sito internet <http://www.european-council.europa.eu/council-meetings/conclusions.aspx?lang=it> (n.d.r.).

competitività e la crescita e meccanismi di solidarietà e misure volte a promuovere l'approfondimento del mercato unico e a proteggerne l'integrità. In tutto il processo verranno assicurate la legittimità e la responsabilità democratiche.

Il Consiglio europeo ha avviato i lavori sul semestre europeo 2013 in base all'analisi annuale della crescita della Commissione. Ha deciso di avviare i lavori sull'ulteriore sviluppo della politica di sicurezza e di difesa comune dell'UE e ritornerà sulla questione nel dicembre del 2013.

I. Politica economica

Tabella di marcia per il completamento dell'UEM

1. Alla luce delle sfide fondamentali che si trova ad affrontare, l'Unione economica e monetaria dev'essere rafforzata per assicurare il benessere economico e sociale, nonché la stabilità e una prosperità duratura. Le politiche economiche devono essere completamente finalizzate a promuovere una crescita economica forte, sostenibile e inclusiva, garantire la disciplina di bilancio, rafforzare la competitività e potenziare l'occupazione, in particolare quella giovanile, affinché l'Europa resti un'economia sociale di mercato altamente competitiva e preservi il modello sociale europeo. (*Omissis*)

4. Il processo di completamento dell'UEM si baserà sul quadro istituzionale e giuridico dell'UE. Sarà aperto e trasparente nei confronti degli Stati membri che non usano la moneta unica. In tutto il processo sarà rispettata pienamente l'integrità del mercato unico, ivi compreso nelle varie proposte legislative che saranno presentate. È altresì importante garantire parità di condizioni tra gli Stati membri che partecipano e quelli che non partecipano al meccanismo di vigilanza unico.

5. È immediatamente prioritario completare ed attuare il quadro per una *governance* economica più forte, comprendente tra l'altro il *six-pack*, il trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* e il *two-pack*. A seguito dei decisivi progressi compiuti sugli elementi fondamentali del *two-pack*, il Consiglio europeo invita i legislatori ad adottarlo celermente.

6. È parimenti urgente compiere progressi verso un quadro finanziario maggiormente integrato, che contribuirà a ripristinare la normale erogazione di prestiti all'economia, migliorerà la competitività e contribuirà a introdurre i necessari aggiustamenti alle nostre economie.

7. Il meccanismo di vigilanza unico segna un passo qualitativamente importante verso un quadro finanziario più integrato. Il Consiglio europeo si compiace dell'accordo raggiunto in seno al Consiglio il 13 dicembre e invita i legislatori a raggiungere celermente un accordo in modo da consentirne l'attuazione quanto prima possibile. Ribadisce altresì l'importanza delle nuove norme relative ai requisiti patrimoniali delle banche (CRR/CRD), che costituiscono una priorità assoluta ai fini dell'elaborazione di un corpus unico di norme, e chiede a tutte le parti di adoperarsi per un accordo al riguardo e una rapida adozione.

8. Il Consiglio europeo esorta i legislatori ad approvare, prima di giugno 2013, le proposte di direttive sul risanamento e la risoluzione delle crisi nel settore bancario e sul sistema di garanzia dei depositi; da parte sua il Consiglio dovrebbe

raggiungere un accordo entro la fine di marzo 2013. Una volta adottate queste direttive dovranno essere recepite dagli Stati membri in via prioritaria. (*Omissis*)

Analisi annuale della crescita (*Omissis*)

II. Altri punti

Politica di sicurezza e di difesa comune (*Omissis*)

23. Il Consiglio europeo invita l'alto rappresentante, segnatamente attraverso il servizio europeo per l'azione esterna e l'Agenzia europea per la difesa, nonché la Commissione, ad elaborare - ognuno nella sfera di propria competenza e cooperando strettamente secondo necessità - ulteriori proposte e azioni di rafforzamento della PSDC e di miglioramento della disponibilità delle capacità civili e militari richieste, e a riferire su tali iniziative entro settembre 2013 in vista del Consiglio europeo di dicembre 2013. Gli Stati membri saranno strettamente coinvolti in questo processo.

24. A tal fine il Consiglio europeo mette in rilievo, tra gli altri, i seguenti aspetti:

Aumentare l'efficacia, la visibilità e l'impatto della PSDC (*Omissis*)

Potenziare lo sviluppo delle capacità di difesa (*Omissis*)

Rafforzare l'industria europea della difesa (*Omissis*)

Strategie regionali (*Omissis*)

Allargamento e processo di stabilizzazione e di associazione (*Omissis*)

Siria (*Omissis*)

DOCUMENTAZIONE

MEDIAZIONE, CONCILIAZIONE, ARBITRATO: SISTEMI ALTERNATIVI DI RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE CIVILI E COMMERCIALI PER MIGLIORARE L'EFFICIENZA E LA QUALITÀ DELLA GIUSTIZIA

I

Decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010 - Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali*

Il Presidente della Repubblica

visti gli artt. 76 e 87 della Costituzione;

visto l'art. 60 della legge 19 [*rectius*: 18 n.d.r.] giugno 2009, n. 69, recante delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali;

vista la direttiva n. 2008/52/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale;

vista la preliminare deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 28 ottobre 2009;

acquisiti i pareri delle competenti Commissioni della Camera dei deputati e del Senato della Repubblica;

vista la deliberazione del Consiglio dei Ministri, adottata nella riunione del 19 febbraio 2010;

sulla proposta del Ministro della giustizia;

Emana

il seguente decreto legislativo:

CAPO I - Disposizioni generali

Articolo 1 - Definizioni

1. Ai fini del presente decreto legislativo, si intende per:

* In *Guri* n. 53 del 5 marzo 2010. In argomento v. *infra*, p. 767 ss., il contributo di *LOREDANA MURA*.

a. mediazione: l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa;

b. mediatore: la persona o le persone fisiche che, individualmente o collegialmente, svolgono la mediazione rimanendo prive, in ogni caso, del potere di rendere giudizi o decisioni vincolanti per i destinatari del servizio medesimo;

c. conciliazione: la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione;

d. organismo: l'ente pubblico o privato, presso il quale può svolgersi il procedimento di mediazione ai sensi del presente decreto;

e. registro: il registro degli organismi istituito con decreto del Ministro della giustizia ai sensi dell'art. 16 del presente decreto, nonché, sino all'emanazione di tale decreto, il registro degli organismi istituito con il decreto del Ministro della giustizia 23 luglio 2004, n. 222.

Articolo 2 - Controversie oggetto di mediazione

1. Chiunque può accedere alla mediazione per la conciliazione di una controversia civile e commerciale vertente su diritti disponibili, secondo le disposizioni del presente decreto.

2. Il presente decreto non preclude le negoziazioni volontarie e paritetiche relative alle controversie civili e commerciali, né le procedure di reclamo previste dalle carte dei servizi.

(Omissis)

II

European judicial systems - Edition 2012 (2010 data) - Efficiency and quality of justice**

(Omissis)

Chapter 6. Alternative Dispute Resolution (ADR)

Since the importance of the use of ADR is growing in the various European states or entities, the CEPEJ has decided to present this topic in a separate chapter. The use of ADR can help improve judicial efficiency by providing citizens alternatives to regular judicial proceedings.

The Committee of Ministers of the Council of Europe has adopted several Recommendations on mediation. Recommendation Rec(98)1 concerns mediation in fami-

** Il testo integrale del rapporto sullo stato della giustizia nei Paesi del Consiglio d'Europa è reperibile sul sito internet http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2012/Rapport_en.pdf. Il Rapporto, realizzato dalla Commission européenne pour l'efficacité de la justice è pubblicato il 20 settembre 2012 in occasione della Conferenza dei Ministri della Giustizia a Vienna, si basa su dati raccolti a far data dal 2010 (*n.d.r.*).

ly matters, particularly in the area of divorce (and custody cases of children). The aim of this Recommendation is not only to reduce the workload of the courts, but also to create a more acceptable solution for the parties and (in the case of children) to better protect the welfare of children. Recommendation Rec(99)19 concerning mediation in criminal matters aims to enhance the active participation of the victim and the offender in criminal proceedings. The recommendation seeks, on the one hand, to recognise the legitimate interest of victims to have a stronger voice in dealing with the consequences of their victimisation and to communicate with the offender, and on the other hand, to encourage the offenders' sense of responsibility by offering possibilities of reintegration and rehabilitation. Mediation in civil matters is addressed in Recommendation Rec (2002)10, where a definition is given: "*a dispute resolution process whereby parties negotiate over the issues in dispute in order to reach an agreement with the assistance of one or more mediators*". This definition is used for the purposes of this report. Guidelines have been adopted by the CEPEJ in 2007 to facilitate the proper implementation of these recommendations in the member states⁴⁰.

6.1 DIFFERENT FORMS OF ADR

The use of ADR has gained widespread acceptance in various European countries both among the general public and the legal profession. It helps improve efficiency and effectiveness of the justice system by providing users alternatives to regular judicial proceedings.

Different kinds of ADR exist in the member states of the Council of Europe:

- *Mediation*: this is a voluntary, non-binding private dispute resolution process in which a neutral and independent person assists the parties in facilitating the discussion between the parties in order to help them resolve their difficulties and reach an agreement. It exists in civil, administrative and criminal matters.

- *Conciliation*: the conciliator's main goal is to conciliate, most of the time by seeking concessions. She/he can suggest to the parties proposals for the settlement of a dispute. Compared to a mediator, a conciliator has more power and is more proactive.

- *Arbitration*: parties select an impartial third party, known as an arbitrator, whose (final) decision is binding. Parties can present evidence and testimonies before the arbitrators. Sometimes there are several arbitrators selected who work as a court. Arbitration is most commonly used for the resolution of commercial disputes as it offers greater confidentiality.

Several member states reported offering also other forms of ADR.

The scope of the different forms of ADR may differ. For example, in France, the negotiations between a prosecutor and the defendant concerning the modality of the sanction is a form of mediation, while in other countries this is not the case (e.g. the Netherlands). Plus, the distinction between mediation and conciliation is not always evident.

(*Omissis*)

⁴⁰ See www.coe.int/cepej.

6.4 *TRENDS AND CONCLUSIONS*

ADR continue to be developed in Europe.

Italy, Montenegro, Romania, and "the former Yugoslav Republic of Macedonia" have recently launched projects to change the legislation in order to make ADR more effective. In Italy in 2010, a large reform on ADR (decreto 28/2010) was approved and, since March 2011, a number of matters in the civil sector requires that a mandatory mediation procedure is executed before the case can be treated in court. In March 2012, the mediation procedure became mandatory for additional subjects of the civil sector.

Interesting and attractive forms of ADR have been described by several countries and may inspire other member states or entities.

To ensure access to justice in mediation proceedings, 32 states or entities grant legal aid for mediation in judicial proceedings. Since 2006, 12 more member states provide legal aid for mediation procedures, and this trend seems to be on the increase (7 states in the last two years).

It is still difficult to obtain valuable information about the number of mediators and the number of performed mediations, as mediations are often organised and conducted outside the judicial system. However, a categorisation based on types of mediations seems to be an interesting means to start to analyse the actual situation and to make some careful comparisons.

(Omissis)

L'APPLICAZIONE DELLA DISCIPLINA DELLA MEDIAZIONE ALLA RISOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE CONNOTATE DA ESTRANEITÀ

Sommario: **1.** *La mediazione nelle controversie fra i privati: le problematiche sorte in ambito statale ed europeo relativamente ai caratteri fondamentali dell'istituto - 1.1* Segue: *I caratteri della mediazione nella normativa italiana: la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale - 1.2* Segue: *I caratteri della mediazione nella normativa europea: i ricorsi pendenti davanti alla Corte di giustizia - 2.* *La mediazione fra i rimedi "alternativi" alla giurisdizione statale: la distinzione della mediazione dagli altri mezzi di risoluzione delle controversie, quali la conciliazione e l'arbitrato - 3.* *La distinzione fra i diversi tipi di mediazione disciplinati dal diritto statale: la mediazione relativa alle «controversie connotate da estraneità» e quella relativa alle «controversie pienamente interne» - 4.* *La disciplina della mediazione fra i privati nell'azione delle organizzazioni internazionali a vocazione universale e regionale, fra norme di diritto comune e norme di diritto speciale - 5.* *La distinzione della mediazione statale dalla mediazione non statale: la questione dell'esistenza di una mediazione "internazionale" o "transfrontaliera" per la risoluzione delle controversie fra i privati - 6.* *La mediazione come mezzo di risoluzione delle «controversie connotate da estraneità» alla luce del diritto internazionale privato nei suoi rapporti con il diritto dell'Unione europea.*

1. La mediazione nelle controversie fra i privati: le problematiche sorte in ambito statale ed europeo relativamente ai caratteri fondamentali dell'istituto

Le numerose normative, fra cui quella italiana¹, di disciplina della mediazione nelle controversie privatistiche – e, in particolare, di quelle connotate da estraneità – hanno sollevato alcuni problemi di inquadramento giuridico del-

¹ Il riferimento è al dlgs n. 28 del 4 marzo 2010, Attuazione dell'articolo 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali, in *Guri* n. 53 del 5 marzo 2010, adottato in virtù della delega predisposta dall'art. 60 della l. 18 giugno 2009, n. 69, Disposizioni per lo sviluppo economico, la semplificazione, la competitività nonché in materia di processo civile, in *Guri* n. 140 del 19 giugno 2009, *suppl. ord.*, nonché in adattamento alla direttiva n. 2008/52/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 maggio 2008, relativa a determinati aspetti della mediazione in materia civile e commerciale, in *Giur. Uen* L 136 del 24 maggio 2008, p. 3 ss., sulla quale v. *infra*, par. 4.

l'istituto, ma anche del diritto internazionale privato (d.i.p., d'ora in avanti) nel suo complesso, che rendono necessaria una riflessione per metterne chiaramente in luce le caratteristiche fondamentali, nonché i principi che attualmente sono chiamati a regolarne il funzionamento. Non del tutto chiari, ad esempio, appaiono i caratteri della mediazione e, quindi, il ruolo specifico che essa svolge fra i mezzi statali di risoluzione alternativa delle controversie; tantomeno chiara risulta la specificità che questo istituto riveste allorché esso sia chiamato a dirimere controversie connotate da estraneità rispetto all'ordinamento statale di riferimento; e nemmeno poi così netta appare la distinzione fra la mediazione statale, di cui si tratta in questa sede (con particolare riferimento alle «controversie connotate da estraneità») e le altre forme di mediazione tuttora vigenti (quali quelle dirette a risolvere le «controversie internazionali»), specie quando essa risulti disciplinata a mezzo di fonti di un diritto diverso da quello nazionale, quale il diritto internazionale e, in speciale modo, il diritto dell'Unione europea: questioni quelle ora accennate, tutte molto attuali, che meritano in questa sede un approfondimento.

L'esigenza di chiarezza, testé lumeggiata – e i problemi di legittimità che essa sottende, sia con riguardo al diritto statale che a quello dell'Unione europea – è apparsa in tutta la sua emblematica portata, in seguito ai recenti ricorsi giurisdizionali (alcuni ancora pendenti)² sui quali sarà opportuno soffermarsi³ nel corso della presente indagine.

Per poter entrare adeguatamente nel merito della trattazione, appare propedeutico richiamare l'istituto della mediazione mettendone in luce i caratteri fondamentali che sono, in definitiva, quelli sui quali si annoda la discussione dottrinale. Va detto, innanzitutto, che la mediazione di cui si tratta rappresenta il mezzo di risoluzione delle controversie predisposto dall'ordinamento statale al fine di favorire la composizione volontaria di una lite fra due o più parti private attraverso il raggiungimento di un accordo negoziato con l'aiuto di un terzo imparziale. Le ragioni per cui la mediazione nasce e ne viene raccomandata, sempre di più, la diffusione vanno ricercate nella sua maggiore adeguatezza a risolvere le controversie in tempi più celeri e con minori costi economici e psicologici per le parti, rispetto ai più tradizionali rimedi giurisdizionali dello Stato. La disciplina di questo istituto a livello dell'ordinamento statale è un portato normativo molto recente⁴: essa è andata a colmare una lacuna protrattasi a lungo nel diritto interno di molti Stati, soprattutto europei.

² Si tratta dei ricorsi presentati alla nostra Corte costituzionale e alla Corte di giustizia, sui quali v. *infra*, par. 1.1 e 1.2. Essi dimostrano l'importanza assunta dall'istituto della mediazione e dalla sua disciplina in Europa e, specificatamente, nel nostro ordinamento: numerose sono in effetti le ordinanze con cui i nostri giudici di merito hanno rimesso gli atti alla Corte costituzionale e altrettanto numerose sono le ordinanze con le quali i nostri giudici nazionali hanno sospeso il proprio giudizio interno inoltrando domanda di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia.

³ V. *infra*, par. 1.1 e 1.2.

⁴ Con riguardo all'ordinamento italiano, i primi tentativi di approccio alla mediazione in vari settori tematici del nostro ordinamento statale risalgono intorno alla prima metà degli anni Ottanta:

La mediazione in oggetto, dunque, è un istituto del diritto statale: in quanto tale, è nell'ordinamento statale che essa affonda le sue radici e riceve il suo *fondamento normativo*; è, inoltre, nell'ambito di questo stesso ordinamento che essa opera come mezzo *alternativo* di risoluzione delle controversie sostituendosi, in tal senso, ai rimedi giurisdizionali previsti in ogni ordinamento statale; è, infine, nell'ambito di quest'ultimo che essa trova ricono-

in questa cornice, essa si configura un metodo stragiudiziale di risoluzione delle controversie, che assume in certi casi carattere obbligatorio (cosicché essa costituisce un rimedio da praticarsi *ante causam*, specie nelle controversie di lavoro), in altri casi, valenza facoltativa, in quanto strumento libero messo a disposizione delle parti per la risoluzione dei propri conflitti. La storia della conciliazione in Italia evidenzia come essa si sia venuta sviluppando intorno alle procedure *ad hoc* istituite presso le Camere di commercio presenti sul nostro territorio. Numerose sono, in tal senso, le iniziative legislative che si sono conformate a questo metodo. Il primo intervento è la l. n. 580 del 29 novembre 1993 sul riordino delle Camere di commercio, con la quale il legislatore ha inteso promuovere l'attivazione (all'art. 2), presso tali istituzioni, di camere arbitrali e di conciliazione in grado di agevolare la risoluzione stragiudiziale di controversie tra imprese e tra imprese e consumatori. Ad essa sono seguite numerose misure dirette a rafforzare il ruolo delle Camere di commercio in materia di ADR. Si ricordano, in ordine cronologico: la l. n. 146 del 22 febbraio 1994 (c.d. legge comunitaria 1993), che ha modificato l'art. 1469 *sexies* c.c. con la quale viene affidata alle Camere di commercio la competenza in materia di azione inibitoria di clausole abusive inserite in contratti con i consumatori; la l. n. 481 del 14 novembre 1995, istitutiva dell'Autorità per i servizi di pubblica utilità con la quale vengono designate le Camere di commercio come possibili soggetti competenti in materia di risoluzione delle controversie tra utenti e gestori dei servizi (arbitrato e conciliazione); la l. n. 192 del 18 giugno 1998, in materia di subfornitura nelle attività produttive il cui art. 10 prevede l'esperimento di un tentativo obbligatorio di conciliazione relativamente ai contratti di subfornitura presso le Camere di commercio, con l'ulteriore previsione della possibilità di rimettere la controversia, in caso di esito negativo del tentativo di conciliazione, ad una commissione arbitrale istituita presso le medesime Camere di commercio; il dlgo n. 80 del 31 marzo 1998 (c.d. Bassanini) in materia di lavoro che prevede l'obbligo del tentativo di conciliazione prima di ricorrere al giudizio ordinario; la l. n. 281 del 30 luglio 1998, con la quale il legislatore ha inteso disciplinare i diritti di consumatori ed utenti stabilendo, all'art. 3, comma 2, che le associazioni dei consumatori e degli utenti possono attivare, prima di adire le vie giudiziarie, la procedura di conciliazione dinanzi alle Camere di commercio; la l. n. 135 del 29 marzo 2001, di riforma della legislazione nazionale del turismo, che affida, ai sensi dell'art. 4, comma 3, alle commissioni arbitrali e conciliative delle Camere di commercio il compito di risolvere stragiudizialmente le controversie tra imprese e tra imprese e utenti inerenti alla fornitura di servizi turistici.

Dopo il fallimento del tentativo di riforma del processo civile da parte della c.d. Commissione Vaccarella (che aveva cercato di valorizzare la conciliazione in Italia in linea con i principi internazionali e comunitari), un secondo provvedimento normativo, significativo nella materia, è rappresentato dal dlgo n. 5 del 17 gennaio 2003, recante il c.d. rito societario, dove l'art. 12, comma 4, della legge delega n. 366 del 3 ottobre 2001 ha trovato completa attuazione nel Titolo VI, rubricato «*Della conciliazione stragiudiziale*». Di epoca successiva, sono i seguenti atti normativi che hanno cercato di delineare un quadro generale e sistematico della materia: il dm 23 luglio 2004, n. 222, Determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione nonché di tenuta del registro degli organismi di conciliazione di cui all'articolo 38 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5; il dm 23 luglio 2004, n. 223, Regolamento recante approvazione delle indennità spettanti agli organismi di conciliazione a norma dell'articolo 39 del decreto legislativo 17 gennaio 2003, n. 5. Essi non hanno colmato le lacune normative esistenti, tuttavia, hanno contribuito a definirne alcuni tratti fondamentali che sono stati meglio precisati dalle normative ad essi posteriori. Fra queste, il citato (*supra*, nota 1) dlgo n. 28 del 4 marzo 2010 di attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69 nonché della direttiva comunitaria n. 2008/52 (sulla quale v. *infra*, par.1.1 nota 14 e par. 4) sulla mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali; il dm n. 180 del 18 ottobre 2010, di attuazione dell'art. 16 dlgo n. 28 del 2010 sulla determinazione dei criteri e delle modalità di iscrizione e tenuta del registro degli organismi di mediazione e dell'elenco dei formatori per la mediazione, nonché l'approvazione delle indennità spettanti agli organismi; il decreto n. 145 del 6 luglio 2011 di modifica del citato dm n. 180 del 2010; il d.l. n. 212 del 22 dicembre 2011 (legge di conversione 17 febbraio 2012, n. 10) in tema di Disposizioni urgenti in materia di composizione delle crisi da sovraindebitamento e disciplina del processo civile.

scimento come strumento dell'*autonomia privata* che consente agli interessati di risolvere consensualmente le proprie controversie, alla presenza di un soggetto neutrale.

Sotto il primo dei profili menzionati, è noto che l'origine di questo metodo di risoluzione delle controversie sia avvenuta negli Stati Uniti intorno agli anni Settanta⁵, per poi diffondersi in molti altri Paesi del mondo. Quasi tutti gli ordinamenti statali conoscono, ormai, strumenti di risoluzione delle controversie alternativi al processo. In alcuni Stati, tra cui la Cina ed il Giappone, i modelli di mediazione, conciliazione e negoziazione rappresentano, per tradizione consolidata, il *modus* ordinario di risolvere i conflitti tra privati cittadini mentre è, viceversa, il processo giurisdizionale ad essere considerato l'alternativa, ossia l'estrema *ratio* per la composizione della lite⁶. Il modello di mediazione per la composizione libera e volontaria delle controversie che risulta accolto negli ordinamenti europei è, tuttavia, quello americano⁷: veicolato dallo strumento linguistico, dagli Stati Uniti e dal Canada esso è giunto in Gran Bretagna e in Francia e da qui si è diffuso nel resto dell'Europa⁸.

Negli ordinamenti degli Stati europei la mediazione si è affermata come forma *non giurisdizionale* di risoluzione delle controversie fra i privati, in quanto procedura diversa ed estranea a quella processuale istituita nei medesimi ordinamenti. Da qui la definizione della mediazione come mezzo di risoluzione delle controversie *alternativo* ai rimedi giurisdizionali e, cioè, sostitutivo (anche se non preclusivo) del ricorso a questi ultimi. I Paesi anglosassoni

⁵ Quando si parla delle origini del movimento ADR negli USA, si fa riferimento ai primi interventi legislativi volti a dare sistematica disciplina alla materia. Sull'origine e la storia delle ADR negli USA, tra i numerosissimi contributi, si segnalano: O. G. CHASE, *I metodi alternativi di risoluzione delle controversie e la cultura del processo: il caso degli Stati Uniti d'America*, in V. VARANO (a cura di), *L'altra giustizia. I metodi alternativi di soluzione delle controversie nel diritto comparato*, Milano, Giuffrè, 2007, p. 152 ss.; C. H. CROWNE, *The Alternative Dispute Resolution Act of 1998: implementing a new paradigm of justice*, in *New York Law Review*, 2001, p. 1768 ss.; F. CUOMO ULLOA, *Modelli di conciliazione nell'esperienza nordamericana*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, IV, 2000, p. 1283; G. DE PALO - G. GUIDI, *Risoluzione alternativa delle controversie nelle Corti Federali degli Stati Uniti*, Milano, Giuffrè, 1999, spec. p. 6 ss.; T. U. GUILL, *A framework for understanding and using ADR*, in *Tulane Law Review*, 1997, p. 1313 ss.; P. M. WALD, *ADR and the Courts: an Update*, in *Duke Law Journal*, 1997, p. 1445 ss.

⁶ Per un approfondimento della mediazione in Giappone e in Cina v. Y. TANIGUCHI - A. YAMADA, *I modi alternativi di soluzione delle controversie in Giappone*, in V. VARANO, *L'altra giustizia*, cit. supra, nota 5, p. 273 ss.; M. TIMOTEO, *Le controversie fuori dalle corti: il caso cinese*, in V. VARANO, *L'altra giustizia*, loc. cit., p. 301 ss.; A. PERA - G. M. RICCIO, *Mediazione e conciliazione - Diritto interno, comparato e internazionale*, Padova, Cedam, 2011.

⁷ Sull'origine e i caratteri della mediazione in Italia v. C. BESSO, *La mediazione italiana: definizioni e tipologie*, in *Revista Eletrônica de Direito Processual*, 2010, p. 248 ss.

⁸ Con riguardo all'esperienza statale europea in materia di mediazione v.: A. CASTAGNOLA - F. DELFINI - S. RUBIU, *Codice della mediazione, conciliazione, arbitrato*, Torino, Giappichelli, 2012; A. MASUCCI, *La "mediazione" in Francia, Germania e nel Regno Unito. Un valido rimedio alternativo alla sentenza nelle liti con la pubblica amministrazione?*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2008, pp. 1353-1374; M. MARZARIO, *Gli esordi della mediazione familiare in Francia e differenze (e non diversità) con l'Italia*, in www.filodiritto.com/index, 2011; M. F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal diritto? (riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della direttiva 2008/52/CE)*, in *Riv. dir. proc.*, 2009, pp. 357-380.

hanno sviluppato, da più di un trentennio, una notevole quantità di tecniche per la gestione e la soluzione alternativa delle controversie, mutuando per esse la definizione americana di *Alternative Dispute Resolutions*, da cui l'acronimo di *ADR* (che in italiano viene tradotto con l'acronimo, meno conosciuto, di *RAC* da intendersi *Risoluzione Alternativa del Conflitto* o con quello di *REC*, nel senso di *Risoluzione Extra-giurisdizionale delle Controversie*⁹).

Va ulteriormente osservato che la mediazione in Europa si è originariamente affermata in forma di scelta *libera* e *volontaria* da parte dei *privati* (persone fisiche e giuridiche¹⁰) di risolvere le proprie controversie attraverso la conclusione di un contratto, quale espressione della propria capacità di gestire direttamente i rispettivi interessi, alla presenza di un soggetto terzo, denominato appunto "mediatore". Quest'ultimo, non è investito del potere di comporre esso stesso la controversia (neanche nel caso in cui il tentativo di conciliazione fra le parti risulti infruttuoso) dovendo limitarsi, unicamente, a facilitare – con la sua competenza, discrezione e neutralità – l'esercizio da parte degli interessati della propria autonomia negoziale per giungere all'accordo che ponga fine alla lite.

1.1 Segue: I caratteri della mediazione nella normativa italiana: la più recente giurisprudenza della Corte costituzionale

Dall'esame degli aspetti caratteristici della mediazione emerge che essi rappresentano gli elementi fondamentali, costitutivi della stessa che, come ta-

⁹ Per queste definizioni v. G. AUTORINO STANZIONE, *Le ADR. Profili generali*, in www.comparazioneDirittocivile.it, pp. 14-15; C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. II, Milano, Giuffrè, 2007, p. 802; G. SPOTO, *Brevi note in tema di alternative dispute resolution*, in *Giureta - Rivista di Diritto dell'Economia, dei Trasporti e dell'Ambiente*, vol. III, 2010, www.giureta.unipa.it.

¹⁰ In origine la mediazione non poteva essere applicabile alle controversie "pubbliche". Tuttavia, questa preclusione iniziale è andata via via temperandosi allorché «le caratteristiche che distinguevano le controversie fra privati da quelle fra pubbliche amministrazioni e privati» si sono progressivamente attenuate e ai privati è stato «assicurato sempre più spesso un ruolo attivo nel procedimento amministrativo» con la conseguenza che «divengono quindi più frequenti le ipotesi in cui l'esito del procedimento può essere determinato anche tramite accordi». D'altro canto, la conclusione di un procedimento amministrativo tramite un accordo privato non implica che «con questo venga meno il fine ultimo dell'interesse generale» (così M. P. CHITI, *Le forme di risoluzione delle controversie con la pubblica amministrazione alternative alla giurisdizione*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, pp. 1-23, spec. p. 20; e anche ID., *Il Mediatore europeo e la buona amministrazione comunitaria*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2000, pp. 303-328, spec. p. 307). Un indice del cambiamento di tendenza ora segnalato appare la disciplina recentemente adottata in ambito fiscale che ha introdotto la mediazione obbligatoria con l'art. 39, comma 9, del d.l. n. 98 del 2011 che, a sua volta, ha inserito l'art. 17-bis nel dlgo n. 546 del 1992 (v. *supra*, nota 3). Ai sensi di questa normativa, la mediazione tributaria può essere applicata limitatamente alle controversie di valore non superiore a 20.000 euro, relative a tutti gli atti impugnabili, individuati dall'art. 19 del dlgo n. 546 del 1992, emessi esclusivamente dall'Agenzia delle entrate e notificati a partire dal 1° aprile 2012. Si tratta di uno strumento deflativo del contenzioso tributario volto a prevenire o evitare determinate categorie di controversie oppure a risolverle senza ricorrere al giudice, pur tenendo conto degli orientamenti giurisprudenziali e, quindi, dell'esito ragionevolmente pronosticabile del giudizio.

li, non possono essere derogati se non a pena di uno stravolgimento dell'istituto (con conseguente violazione dei principi che questo è preordinato a tutelare). D'altro canto, non può ignorarsi che le finalità di quest'ultimo possono determinare nello Stato la necessità di disciplinarlo in vista del raggiungimento del bene comune¹¹. Appare opportuno, in tal senso, chiarire il significato e i limiti dell'intervento legislativo nella disciplina di questo strumento tipico dell'autonomia privata.

Al riguardo, occorre prendere atto che la scelta di risolvere una controversia privata a mezzo della mediazione – seppur rimessa, in linea di principio, alla piena libertà di autoregolamentazione delle parti – risulta, sempre più spesso, sottoposta ad alcuni vincoli giuridici. La sottoposizione, tuttavia, dell'autonomia privata ai limiti e condizionamenti del potere legislativo non può essere intesa nel senso che la legge abbia una discrezionalità illimitata in ordine alla sua disciplina.

L'ipotesi attualmente più dibattuta – che, come si dirà a breve, è stata recentemente oggetto di una pronuncia da parte della nostra Corte costituzionale – è quella che la mediazione sia resa obbligatoria per legge, talché essa debba essere esperita prima di ricorrere al giudice o all'arbitro, venendo a costituire una condizione di procedibilità processuale che limita l'autonomia privata delle parti (nonché il diritto di queste di ricorrere al giudice naturale) in vista della realizzazione di una pubblica utilità. La circostanza che l'intervento legislativo sottoponga la mediazione ad un determinato regime giuridico – e che perciò essa, seguendo l'esempio indicato, sia resa obbligatoria in alcuni settori normativi o con riguardo a determinate categorie di controversie o, ancora, sia vincolata ad alcune fasi processuali, ecc. – non può tradursi, tuttavia, in una violazione dei requisiti di base (formali e sostanziali) della mediazione, dovendo limitarsi, unicamente, a ridurre gli spazi lasciati alla libertà contrattuale nella misura strettamente necessaria alla realizzazione degli interessi pubblici considerati prevalenti in un'ottica, quindi, di giusto temperamento degli stessi.

In tal senso, l'intervento del legislatore non può avere l'effetto di violare il carattere alternativo e consensuale della mediazione, con misure che abbiano l'effetto, *de jure* o *de facto*, di impedire l'esercizio del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale (ad esempio, omettendo di coordinare i tempi del procedimento di mediazione con quelli relativi alla scadenza dei termini di prescrizione o decadenza processuale oppure introducendo oneri economici ulteriori ed eccessivi rispetto a quelli processuali); o di consentire al mediatore di assumere un ruolo decisionale (ad esempio avanzando una proposta di

¹¹ In generale, sui limiti legislativi dell'autonomia privata, v. M. BIANCA, *Diritto civile. Il contratto*, Milano, Giuffrè, 1984, p. 31 ss.

risoluzione della controversia senza il preventivo consenso delle parti)¹². In altre parole, l'intervento del legislatore in sede di disciplina della mediazione non può essere un pretesto per violare principi, anche di rango costituzionale, che con essa, viceversa, l'ordinamento si è impegnato a salvaguardare.

Su questi temi si è recentemente pronunciata, come si è innanzi accennato, la nostra Corte costituzionale con la sentenza del 24 ottobre 2012 n. 272¹³. Tale sentenza riunisce in un unico giudizio otto ordinanze¹⁴ che hanno sollevato la questione di legittimità costituzionale della normativa della mediazione contenuta nel citato dlgs n. 28 del 2010. La sentenza si propone di esaminare in particolare i profili di legittimità costituzionale concernenti l'art. 5, comma 1, del dlgs n. 28 del 2010 nel punto in cui questo attribuisce carattere obbligatorio alla procedura di conciliazione. A tale fine la Corte verifica se tale previsione integri o meno un «eccesso o difetto di delega» ai sensi dell'art. 76 Cost. Al riguardo, la Corte, nel richiamare la propria precedente giurisprudenza nella materia, chiarisce che «il contenuto della delega» va determinato «tenendo conto del complessivo contesto normativo nel quale si inseriscono la legge delega e i relativi principi e criteri direttivi, nonché delle finalità che la ispirano, che costituiscono la base e il limite delle norme delegate, ma anche strumenti per l'interpretazione della loro portata» (punto 12.1, 2° capoverso). Ciò premesso, l'indagine della Corte sotto il profilo ora richiamato prende le mosse dalla direttiva n. 2008/52/Ce alla quale dichiarano di volersi conformare tanto il dlgs n. 28 del 2010 quanto la stessa legge di delega. Sul merito, la Corte afferma che il diritto dell'Unione (peraltro, alla luce della giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia, anch'essa richiamata: punto 12.1, 12° capoverso della sentenza in esame) «non impone e nemmeno consiglia l'adozione del modello obbligatorio, limitandosi a stabilire che resta

¹² Sulla violazione di questi limiti da parte della normativa italiana in tema di mediazione si v., per la dottrina, C. CICERO, *Osservazioni sulla nuova mediazione civile e commerciale*, in www.altalex.com (articolo del 5 gennaio 2011); P. GIULIANO, *Mediazione obbligatoria: gli aspetti problematici ad un anno dall'entrata in vigore*, in www.fanpage.it.

¹³ In *Guri* n. 49 del 12 dicembre 2012.

¹⁴ Si tratta dell'ordinanza del 12 aprile 2011 n. 3202 del TAR del Lazio; dell'ordinanza del 1° agosto 2011 n. 3463 emessa dal Giudice di Pace di Parma; delle due ordinanze del 1° settembre 2011 n. 1189 e del 3 novembre 2011 del Giudice di Pace di Catanzaro; dell'ordinanza del 18 novembre 2011 n. 4574 emessa dal Tribunale di Genova; dell'ordinanza del 19 novembre 2011 del Giudice di Pace di Salerno; dell'ordinanza del 5 dicembre 2011 del Giudice di Reggio; ed, infine, dell'ordinanza del Tribunale di Torino del 24 gennaio 2012. Le questioni di legittimità costituzionale sollevate dalle ordinanze citate riguardano l'art. 5 del dlgs n. 28 del 2010 sulla mediazione (che configura l'istituto della mediazione «quale fase pre-processuale obbligatoria») per incompatibilità con gli artt. 3 e 24 Cost., nonché l'art. 16, comma 4, del dlgs n. 28 del 2010 per contrasto con gli artt. 24 e 77 Cost. e le norme europee in materia (in specie l'art. 5, 2° comma, direttiva n. 2008/52). Esse mettono in dubbio, altresì, la circostanza che l'art. 60 della l. n. 69 del 2009, al comma 2 – in cui si autorizzava la riforma del sistema «nel rispetto e in coerenza con la normativa comunitaria» – comportasse delega al Governo ad attuare «integralmente» ovvero illimitatamente la direttiva n. 2008/52/Ce (ai sensi, cioè, dell'art. 12 di quest'ultima) con la possibilità, in tal senso, di estenderne l'applicazione anche alle controversie interamente ricadenti nell'ordinamento nazionale posto che «non tutto ciò che è in via generale permesso all'autorità delegante può ritenersi anche consentito alla sede delegata» (par. 1 sent. n. 272 del 2012).

impregiudicata la legislazione nazionale che rende il ricorso alla mediazione obbligatorio (art. 5, comma 2, della direttiva citata)» (punto 12.2, 1° capoverso). Secondo la Corte, quindi, il diritto UE «si rivela neutrale in ordine alla scelta del modello di mediazione da adottare, la quale resta demandata ai singoli Stati membri» (punto 12). Posto che l'adozione del modello di mediazione obbligatorio rientra nella libertà di scelta del legislatore nazionale (e in tal senso «non può trovare fondamento nella citata normativa» comunitaria: punto 12.1, 4° capoverso) si deve escludere che il richiamo della legge delega alla direttiva citata possa essere «interpretato come scelta a favore del modello di mediazione obbligatoria» (punto 12.1, 5° capoverso).

Passando ad accertare l'esistenza del fondamento normativo, nella legge di delega, delle scelte sulla mediazione obbligatoria fatte dal decreto delegato (ai fini della verifica della mancanza o eccesso di delega) la Corte afferma che questa «non esplicita in alcun modo la previsione del carattere obbligatorio della mediazione»; né si potrebbe ritenere «che il carattere obbligatorio sia implicitamente desumibile dall'art. 60 citato». Secondo la Corte, dunque, «soltanto» il modello di mediazione facoltativo, e non anche il modello obbligatorio, trova «la necessaria copertura nella norma di delega»; pertanto, «il denunciato eccesso di delega (...) sussiste, in relazione al carattere obbligatorio dell'istituto di conciliazione e alla conseguente strutturazione della relativa procedura come condizione di procedibilità della domanda giudiziale nelle controversie di cui all'art. 5, comma 1, del dlgs n. 28 del 2010» (punto 13, 6° capoverso). Aggiunge, infine, la Corte in relazione alle finalità che nel settore civile e commerciale «il carattere obbligatorio della mediazione *non è intrinseco alla sua ratio*, come agevolmente si desume dalla previsione di altri moduli procedimentali (facoltativi o disposti su invito del giudice), del pari ritenuti idonei a perseguire effetti deflattivi e quindi volti a semplificare e migliorare l'accesso alla giustizia» (punto 13, 15° capoverso).

Alcuni commenti "a caldo" della sentenza ora esaminata hanno insinuato il dubbio¹⁵ che, con essa, la Corte abbia voluto segnare la fine della mediazione obbligatoria.

Una tale interpretazione, tuttavia, corrisponderebbe ad una forzatura del ragionamento della Consulta: d'altro canto, questi commenti non si conciliano né con gli orientamenti normativi emersi a livello nazionale sia italiano che straniero (per cui l'obbligatorietà della mediazione non è affatto vietata), né con gli orientamenti normativi emersi a livello europeo, posto che esistono

¹⁵ V. A. M. MAZZOLA, *Mediazione sì, ma non obbligatoria - Corte Cost. n. 272/12*, in <http://www.personaedanno.it>.

Con riguardo, invece, a quell'opinione che ritiene che la sentenza in esame «poche ulteriori indicazioni offre al dibattito sulla mediazione e in particolare sulla sua estesa obbligatorietà» M. MARINARO, *Mediazione civile: una nuova cultura del conflitto per ridare speranze di cambiamento alla giustizia*, in *Guida al Diritto*, 2013, fasc. 2, p. 9.

Stati che in esecuzione della direttiva e, dunque, proprio nel settore civile e commerciale hanno adottato modelli di mediazione obbligatoria¹⁶.

Il problema, piuttosto, appare risiedere nel fatto che la legge delegata italiana non rispetti affatto i profili inderogabili della mediazione: in particolare, il combinato del principio dell'obbligatorietà con quello dell'onerosità della mediazione costituisce una misura che, di diritto e di fatto, viola il principio costituzionale che garantisce la tutela giurisdizionale a tutti i cittadini¹⁷. E i costi della mediazione saranno un aspetto con cui, inevitabilmente, dovrà confrontarsi il legislatore nazionale che voglia promuovere non solo la mediazione obbligatoria, ma anche quella facoltativa.

1.2 Segue: I caratteri della mediazione nella normativa europea: i ricorsi pendenti davanti alla Corte di giustizia

La rilevazione degli aspetti caratterizzanti l'istituto della mediazione assume importanza, non solo in ordine ai limiti, formali e materiali, che il legislatore nazionale incontra in sede di regolamentazione della stessa alla luce dei principi e valori del proprio ordinamento¹⁸, ma anche in ordine ai limiti che a quest'ultimo possono derivare dall'osservanza di obblighi internazionali e – fra questi (circostanza questa sempre più ricorrente) – anche di quelli derivanti dal diritto dell'Unione europea. È proprio in relazione all'accertamento di questi limiti apposti al regime della mediazione da parte della UE, che vertono i ricorsi di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia – tuttora pendenti – cui si è in precedenza accennato¹⁹.

Nel dettaglio, si tratta dell'ordinanza del 16 agosto 2011 con cui il Tribunale di Palermo, sezione distaccata di Bagheria (Giudice unico), ha chiesto alla Corte di giustizia di chiarire alcuni punti della direttiva n. 2008/52/Ce²⁰ sulla mediazione civile e commerciale, recepita in Italia con dlgo n. 28 del 4 marzo 2010²¹. Il giudice *a quo*, in particolare, ha domandato se la direttiva in

¹⁶ Il riferimento è a Paesi quali la Slovenia, la Spagna, la Germania: in tal senso v. C. BESSO, *L'attuazione della direttiva europea n. 52/2008: un'indagine comparata*, in <http://www.mediation-in-europe.eu>, p. 13; M. CASTELLANETA, *Sulla regolazione amichevole delle controversie Bruxelles prepara il primo restyling alla direttiva*, in *Guida al Diritto*, 2013, fasc. 2, p. 17.

¹⁷ In argomento cfr. G. FINOCCHIARO, *Sulle questioni legate ai costi dei procedimenti restano ineluttabili le censure di incostituzionalità*, in *Guida al Diritto*, 2013, fasc. 2, p. 31.

¹⁸ V., al riguardo, le osservazioni svolte al paragrafo precedente.

¹⁹ *Supra*, par. 1, nota 2.

²⁰ *Cit. supra*, par. 1, nota 1.

²¹ Il dlgo n. 28 del 4 marzo 2010, (*cit. supra*, par. 1, note 1 e 4), adottato in esecuzione dell'art. 60, l. n. 69 del 2009 è stato indicato dal Governo italiano quale atto di adattamento dell'ordinamento italiano alla direttiva n. 2008/52/Ce (v., in tal senso, il documento della Commissione europea, Bruxelles 2 aprile 2012, SJ.g (2012)416803, secondo cui «il dlgo 28/2010 (...) è stato comunicato alla Commissione quale provvedimento nazionale di attuazione della direttiva

parola richieda che il mediatore debba possedere competenze in campo giuridico e, in tal senso, se l'organismo responsabile debba procedere alla sua designazione tenendo conto delle sue specifiche competenze in relazione all'oggetto della causa; inoltre, se l'organismo di mediazione debba avere alcuni requisiti di competenza territoriale e, in ultimo, se la direttiva citata possa essere interpretata nel senso che il mediatore possa presentare una proposta di accordo pur in assenza di una preventiva richiesta concordata in tal senso fra le parti.

La successiva ordinanza del 21 settembre 2011 del Giudice di pace di Mercato San Severino ha rimesso alla Corte di giustizia europea una questione interpretativa riguardante l'intera normativa nazionale sulla mediazione in materia civile e commerciale e la sua supposta contrarietà, non solo alla direttiva n. 2008/52/Ce, ma anche alla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea proclamata a Nizza nel 2000.

A ben guardare, le questioni interpretative oggetto dei due citati rinvii pregiudiziali concernono sia la compatibilità dell'istituto della mediazione, così come esso regolato dal diritto italiano con quello dell'Unione, ma altresì del diritto derivato dell'Unione con l'ordinamento europeo nel suo complesso.

L'istituto della mediazione e la sua disciplina nel nostro Stato restano, dunque, sotto esame e sarà interessante accertare le posizioni che assumerà la Corte di giustizia a tal riguardo²².

Nelle pagine che seguono²³ si è inteso procedere ad un esame della normativa comunitaria introdotta in materia di mediazione dalla direttiva n. 2008/52/Ce al fine di verificare quali siano i punti qualificanti della stessa che vengono in rilievo nell'ambito delle questioni pregiudiziali sollevate dai due giudici italiani.

In questa sede, invece, vale la pena richiamare l'attenzione sui profili di diritto dell'Unione presi in esame dalla Corte costituzionale nella sentenza sopra esaminata anche per via del (controverso) rapporto di cooperazione fra Corte di giustizia e Corti costituzionali degli Stati membri – fra le quali, in particolare, quella italiana – che essi sono suscettibili di rievocare.

In particolare, si è avuto modo di apprezzare le argomentazioni svolte dalla nostra Corte costituzionale²⁴ in merito al significato e alla portata degli

2008/52/Ce» come richiesto dalla medesima direttiva al suo art. 12, 2° comma che, a sua volta, stabilisce: «Gli Stati membri comunicano alla Commissione il testo delle principali disposizioni di diritto interno che essi adottano nel settore disciplinato dalla presente direttiva»).

²² Per alcune riflessioni sui rinvii pregiudiziali fatti alla Corte di giustizia in tema di mediazione v. G. SPINA, *Le questioni interpretative sottoposte dall'Italia alla Corte di giustizia UE in materia di mediazione civile e commerciale*, in *Riv. it. dir. pubbl. comun.*, 2012, p. 643 ss.

²³ V. *infra*, par. 4.

²⁴ *Supra*, par. 1.1.

obblighi posti allo Stato italiano dalla direttiva n. 2008/52/Ce, in particolare, sotto l'aspetto dell'obbligatorietà della mediazione nel settore civile e commerciale. Ove infatti la Corte avesse accertato l'esistenza nella normativa comunitaria di un obbligo ad introdurre la mediazione obbligatoria nella materia, questa avrebbe senza dubbio fornito una sufficiente e valida base legittimante per il legislatore italiano in sede delegata, anche in assenza di un'esplicita disposizione in tal senso della legge di delega. La Corte, però, come si è visto, non ha rilevato una siffatta legittimazione di carattere comunitario. Al riguardo merita di essere osservato che, sul punto, la Corte costituzionale – peraltro nell'ambito di un ricorso in via incidentale²⁵ – ha ritenuto di non dover disporre un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia, ma di procedere essa stessa ad un'interpretazione o, meglio, ad una «ricognizione» (punto 12.1, 4° capoverso e punto 12.2, 1° capoverso) delle norme di diritto comunitario (art. 5, 2° comma della direttiva). A ben guardare, tuttavia, la norma in questione, pur non prevedendo un obbligo *self-executing*²⁶, ma una semplice facoltà per gli Stati membri di adottare modelli normativi di mediazione obbligatoria in quanto compatibili con il diritto comunitario, presenta un contenuto che non solleva particolari problemi di carattere interpretativo esentando, così, il giudice nazionale dall'esercizio della facoltà o del dovere di rinvio previsto dall'art. 267 del TFUE. A conferma della legittimità dei modelli di mediazione obbligatoria, eventualmente scelti dagli Stati membri, rispetto al sistema giuridico comunitario, il nostro Giudice delle leggi richiama ulteriori atti comunitari ma, soprattutto, la giurisprudenza interpretativa della Corte di giustizia nella materia: si tratta della «sentenza della Corte di giustizia dell'Unione europea in data 18 marzo 2010, Sezione quarta, pronunciata nelle cause riunite n. C-317/08, n. C-318/08, n. C-319/08 e n. C-320/08» (punto 12.1, 12° capoverso) nell'ambito della quale la Consulta ha ravvisato una serie di «principi» (punto 12.1, 13° capoverso) che rivestono, sicuramente, un valore dirimente sulle questioni sottoposte al suo esame²⁷.

²⁵ Con riguardo alla questione che la Corte costituzionale, ai fini dell'osservanza degli obblighi comunitari, sia tenuta ad effettuare il rinvio pregiudiziale solo nel caso di un giudizio in via principale, ma non anche di un giudizio in via incidentale v. E. CANNIZZARO, *La Corte costituzionale come giudice nazionale ai sensi dell'art. 234 del Trattato CE: l'ordinanza n. 103 del 2008*, in *Riv. dir. int.*, 2008, p. 789 ss.; M. FRIGESSI DI RATTALMA, *Corte comunitaria e Costituzione italiana: recenti sviluppi*, in *Riforme costituzionali: prospettiva europea e prospettiva internazionale*, IV Convegno SIDI - Salerno 29-30 aprile 1999, Napoli, Editoriale Scientifica, 2000, p. 105 ss.; G. TESAURO, *Relazioni tra Corte Costituzionale e Corte di Giustizia*, in *Incontri di studio con altre Corti costituzionali*, Bruxelles 24-26 maggio 2012, in www.cortecostituzionale.it/documenti/relazioni_internazionali/ri_bruxelles_2012_tesauro.pdf.

²⁶ Sulla distinzione fra norme *self-executing* e norme *non self-executing* v. B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, p. 312.

²⁷ Così recita il passaggio, sopra richiamato, della sentenza n. 272 del 2012 «con tale pronuncia la Corte» di giustizia «ha affermato i seguenti principi: a. l'art. 34 della direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio 7 marzo 2002, n. 2002/22/Ce, relativa al servizio universale e ai diritti degli utenti in materia di reti e di servizi di comunicazione elettronica (direttiva servizio universale) deve essere interpretato nel senso che esso non osta ad una normativa di uno Stato

Quello relativo all'obbligatorietà, tuttavia, è l'unico punto su cui si pronuncia la Corte rispetto al *petitum*, sicuramente più ampio e articolato, sottoposto al suo giudizio dato che, dopo il suo esame, l'Alta Corte conclude che «ogni altro profilo resta assorbito»²⁸.

La Consulta si astiene dal pronunciarsi sulle ulteriori questioni di rilevanza comunitaria sottoposte alla sua attenzione, lasciando aperto il problema del se, le medesime, costituiscano questioni suscettibili di rinvio pregiudiziale ai sensi del citato art. 267 TFUE; se una tale ipotesi derivi dalla mancanza, in relazione alle stesse, dei requisiti di sufficiente chiarezza, precisione e incondizionatezza²⁹; se, infine, debba essere il giudice comune «a doversi far carico – in mancanza di precedenti puntuali pronunce della Corte di giustizia» di effettuare il rinvio di cui si tratta alla Corte di giustizia «per provocare quell'interpretazione certa ed affidabile che assicuri l'effettiva (...) rilevanza e non manifesta infondatezza del dubbio di costituzionalità»³⁰.

Sotto gli aspetti ora evidenziati viene in rilievo, innanzitutto, la questione della compatibilità dell'art. 16 dlgs n. 28 del 2010 con l'art. 4 della direttiva n. 2008/52/Ce in relazione alla competenza e professionalità dei mediatori. In particolare, i ricorrenti lamentano la circostanza che il citato art. 16 «ponendo quali criteri di selezione degli organismi abilitati alla mediazione la «serietà ed efficienza» liberalizzerebbe il settore, contravvenendo sia all'art. 4 della di-

membro in forza della quale le controversie in materia di servizi di comunicazione elettronica tra utenti finali e fornitori di tali servizi, che riguardano diritti conferiti da tale direttiva, devono formare oggetto di un tentativo obbligatorio di conciliazione extragiudiziale come condizione per la ricevibilità dei ricorsi giurisdizionali; b. neanche i principi di equivalenza e di effettività, nonché il principio della tutela giurisdizionale effettiva, ostano ad una normativa nazionale che impone per siffatte controversie il previo esperimento di una procedura di conciliazione extragiudiziale, a condizione che tale procedura non conduca ad una decisione vincolante per le parti, non comporti un ritardo sostanziale per la proposizione di un ricorso giurisdizionale, sospenda la prescrizione dei diritti in questione e non generi costi, ovvero questi non siano ingenti per le parti, e purché la via elettronica non costituisca l'unica modalità di accesso a detta procedura di conciliazione e sia possibile disporre provvedimenti provvisori nei casi eccezionali in cui l'urgenza della situazione lo imponga». La nostra Corte ha cura di richiamare, altresì, un ulteriore punto parimenti significativo della giurisprudenza dell'Unione europea in esame: «Nella motivazione della pronuncia si legge (punto 65) che, da un lato, non esiste un'alternativa meno vincolante alla predisposizione di una procedura obbligatoria, dato che l'introduzione di una procedura di risoluzione extragiudiziale meramente facoltativa non costituisce uno strumento altrettanto efficace per la realizzazione di detti obiettivi; dall'altro, non sussiste una sproporzione manifesta tra tali obiettivi e gli eventuali inconvenienti causati dal carattere obbligatorio della procedura di conciliazione» (punto 12.1, 14° capoverso).

²⁸ Sentenza n. 272 del 2012, punto 14. Per un'interpretazione della regola processuale dell'assorbimento con riguardo alla pronuncia in esame v. G. FINOCCHIARO, *Per il diritto dell'Unione vale la doppia opzione*, in *Guida al Diritto*, 2013, fasc. 2, p. 36.

²⁹ Sulla scorta della giurisprudenza comunitaria, la dottrina (v. E. CANNIZZARO, *La Corte costituzionale come giudice nazionale*, cit. *supra*, nota 25, p. 790; G. TESAURO, *Relazioni tra Corte costituzionale e Corte di giustizia*, cit. *supra*, nota 25, pp. 3-4, 8; ID., *Diritto comunitario*, Padova, Cedam, 2012, p. 165 ss.) parla al riguardo di «effetti diretti» specificandone la derivazione da norme «sufficientemente chiare e precise e la cui applicazione non richieda l'emanazione di ulteriori atti comunitari» (G. TESAURO, *op. ult. cit.*, p. 166).

³⁰ Così la Corte costituzionale nell'ordinanza del 15 dicembre 1995, n. 536.

rettiva n. 2008/52/Ce, sia all'art. 60, comma 3, lett. *b.* della legge citata, che fanno riferimento ai criteri della competenza e della professionalità» (sentenza n. 272 del 2012, Ritenuto in fatto, punto 1.1, ultimo capoverso). Vale qui osservare, tuttavia, che l'art. 4 della citata direttiva comunitaria³¹ costituisce una norma generica che rinvia la precisazione del suo contenuto, sotto l'aspetto censurato dai ricorrenti, all'intervento statale: una situazione questa che rende difficile sostenere la lamentata illegittimità della legge italiana rispetto al diritto comunitario.

Fra le ulteriori questioni non affrontate dalla Corte costituzionale viene in rilievo, poi, quella «sul rapporto tra la direttiva n. 2008/52/Ce e la norma di delega» in relazione alla scelta, da parte di quest'ultima, di «estendere le normative comunitarie sulla mediazione anche ai procedimenti ricadenti nell'ordinamento nazionale», «alla luce dell'ottavo *considerando*» della medesima direttiva, anziché limitarne l'applicazione alle controversie transfrontaliere (sentenza n. 272 del 2012, Ritenuto in fatto, punto 1.2, 15° capoverso *et seq.*)³². Secondo il giudice rimettente, infatti, «le ricadute della scelta estensiva (...) sono molteplici ed attengono alle varie modalità con cui tale estensione (...) può essere effettuata nei singoli ordinamenti (...) ed in primis all'opzione di rendere il ricorso alla mediazione "prescritto dal diritto", quindi obbligatorio» (*ibidem*): una questione, questa che, di tutta evidenza, solleva il problema dell'interpretazione dell'ottavo *considerando* della direttiva comunitaria in parola³³. Si tratta, a ben guardare, di un aspetto che già nel passato è stato oggetto di discussione, sia a livello nazionale che comunitario³⁴ ma che, tuttavia, la nostra Corte costituzionale non ha inteso nemmeno rievocare. In proposito, basti qui osservare che il riferimento nella direttiva n. 2008/52/Ce ad una siffatta estensione non ha un valore dispositivo, ma meramente dichiarativo della competenza nella materia da parte degli Stati membri. A ben guardare, infatti, la direttiva è stata a suo tempo adottata dalle Istituzioni Ce nell'esercizio della propria competenza ad emanare atti nel settore dei mezzi di risoluzione alternativa delle controversie transfrontaliere³⁵; non competeva, pertanto, alle medesime Istituzioni disciplinare la mediazione transfrontaliera

³¹ Art. 4 della direttiva n. 2008/52/Ce: «Gli Stati membri incoraggiano la formazione iniziale e successiva dei mediatori allo scopo di garantire che la mediazione sia gestita in maniera efficace, imparziale e competente in relazione alle parti».

³² Sulla distinzione fra controversie interne e controversie transfrontaliere ovvero fra controversie comuni e controversie connotate da estraneità si rinvia, *infra*, al par. 3.

³³ Così recita l'ottavo *considerando*: «nulla dovrebbe vietare agli Stati membri di applicare tali disposizioni anche ai procedimenti interni».

³⁴ Su questi aspetti si rinvia a G. ROSSOLILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie (ADR) tra diritto comunitario e diritto internazionale*, in *Dir. Un. Eur.*, 2008, p. 363. Sugli stessi v. anche *infra*, par. 4, nota 72.

³⁵ La direttiva n. 2008/52/Ce indica, al suo *incipit*, la sua base legittimante nell'«art. 61, lett. c., e l'art. 67, par. 5, secondo trattino».

anche per le controversie "interne" agli Stati membri in sede di adozione della direttiva n. 2008/52/Ce; ma nemmeno "autorizzare" tali Stati a realizzare una siffatta estensione in sede di esecuzione della summenzionata direttiva nell'ambito dei rispettivi ordinamenti³⁶. Il diritto dell'Unione, in altre parole, non fornisce una base legittimante all'"estensione" di cui si tratta. Piuttosto, è proprio l'art. 60 della legge n. 69 del 2009 ad aver assunto sul merito un approccio ampio – a partire dal suo titolo, concernente «*Delega al Governo in materia di mediazione e di conciliazione delle controversie civili e commerciali*» – e, pertanto, a fornire il necessario fondamento alla disciplina, in sede di legge delegata, delle controversie comuni accanto a quelle transfrontaliere (ovvero connotate da estraneità).

2. La mediazione fra i rimedi "alternativi" alla giurisdizione statale: la distinzione della mediazione dagli altri mezzi di risoluzione delle controversie, quali la conciliazione e l'arbitrato

Le considerazioni fin qui svolte inducono a ritenere che la mediazione sia un istituto del diritto statale con oggetto e caratteristiche proprie che sono tali da distinguerla, con certezza, da qualsiasi *altro* meccanismo di composizione delle controversie: in primo luogo, dagli altri strumenti di risoluzione alternativa delle controversie, c.d. ADR, fra i quali la conciliazione e l'arbitrato; in secondo luogo, da altre forme di mediazione regolate dal diritto vigente (statale e non) e, fra queste, innanzitutto, dalla "mediazione internazionale", e cioè da quell'istituto del diritto internazionale diretto a dirimere le controversie fra i soggetti appartenenti a questo ordinamento.

Un tale assunto appare, tuttavia, oggi più discutibile di quanto esso non risultasse nel passato. L'interesse che l'istituto della mediazione ha suscitato e lo sviluppo che esso ha subito – con un ampliamento sia delle categorie di controversie ad essa soggette, sia dei settori materiali del diritto statale nei quali essa è chiamata ad operare sia, infine, delle fonti, non più esclusivamente statali, che ne dettano la disciplina – hanno introdotto, infatti, numerosi cambiamenti che sembrano avere profondamente inciso sui tratti fondamentali della mediazione, sopra descritti, creando qualche problema in ordine al suo tradizionale inquadramento giuridico: in particolare, con riguardo alla sua definizione, alla sua natura, al suo oggetto e alle sue finalità.

Conviene, pertanto, soffermarsi sugli aspetti ora accennati affrontando, innanzitutto, la questione della distinzione della mediazione oggetto della presente indagine dagli altri mezzi statali di risoluzione alternativa delle controversie o ADR.

³⁶ Con riguardo a questi aspetti v. anche *infra*, par. 4, spec. nota 72.

Va detto, in proposito, che originariamente veniva definito come «alternativo» qualunque mezzo idoneo a garantire la risoluzione di una lite senza fare ricorso al giudice naturale. Tali, pertanto, venivano considerati una serie di istituti anche assai diversi fra loro: gli strumenti di negoziazione diretta tra le parti o tra i loro rappresentanti; le varie procedure predisposte dalle associazioni dei consumatori a favore di questi ultimi; le varie forme di *mediazione* e *conciliazione* e *l'arbitrato*. Ben presto, però, si è fatta strada la consapevolezza della fondamentale differenza esistente fra l'*arbitrato* e le altre forme di risoluzione delle controversie "alternative" alla giurisdizione. L'*arbitrato*, in effetti, pur avendo natura privata, consiste in un vero e proprio giudizio operato da un terzo, l'*arbitro*, e si conclude con una decisione formale, il lodo arbitrale, che le parti sono tenute a rispettare. Nell'*arbitrato* rituale, regolato in Italia all'art. 806 c.p.c., inoltre, la composizione del conflitto è affidata ad un terzo la cui decisione, una volta ottenuto il riconoscimento giudiziale, assume la stessa efficacia di una sentenza giurisdizionale e, pertanto, può essere titolo per ricorrere alle procedure esecutive³⁷.

Anche a livello internazionale, da diverso tempo ormai, si è affermata una distinzione fra gli strumenti alternativi cosiddetti *adjudicative* perché portano ad una decisione, e quelli cosiddetti *non adjudicative* perché lasciano ogni soluzione nelle mani delle parti, con la conseguenza di limitare solo a questi ultimi l'acronimo di ADR. A stretto rigore, pertanto, oggi rientrano nella detta definizione solo le procedure che non hanno effetto giudiziale e che non si concludono con una "sentenza" ovvero con una decisione adottata da un terzo imparziale che le parti sono tenute a rispettare³⁸.

Cionondimeno, deve osservarsi che la nozione di ADR appare assai vasta. Le ADR che risultano più note, in ragione della loro importanza, sono sicuramente la mediazione e la conciliazione. Un cenno merita in questa sede la questione della distinzione terminologica, tuttora in atto, fra mediazione e conciliazione, tanto più che la sua discussione ha ormai superato i confini nazionali e guadagnato spazio in ambito internazionale ponendo il problema dell'esistenza di un suo fondamento anche in questo specifico ambito normativo.

Un siffatto problema risulta particolarmente sentito in Italia dove, da molto tempo, la dottrina discute sull'uso dei due termini considerandoli ora come sinonimi atti ad indicare il medesimo istituto, ora come concetti diversi destinati a designare due autonomi istituti giuridici. La discussione sul tema ha assunto nuovo vigore in seguito ad un recente provvedimento adottato nel

³⁷ Quanto fin qui descritto con riguardo all'*arbitrato* rituale, vale anche per l'*arbitrato* irrituale con cui, com'è noto, le parti affidano ad un terzo l'intera risoluzione della lite e si impegnano a rispettarne la decisione: la natura di "giudizio" del lodo resta intatta, anche se la sua efficacia deriva da un contratto.

³⁸ Diversamente, nella mediazione, come osservato *supra*, par. 1, il terzo non ha poteri decisionali, ma solo il compito di facilitare la transazione fra le parti.

nostro ordinamento – in adattamento, peraltro, ad una normativa comunitaria – in cui mediazione e conciliazione sono venute a configurare due fasi distinte del medesimo procedimento: secondo la definizione data dall'art. 1 del citato³⁹ dlgs n. 28/2010, infatti, la mediazione è «l'attività, comunque denominata, svolta da un terzo imparziale e finalizzata ad assistere due o più soggetti sia nella ricerca di un accordo amichevole per la composizione di una controversia, sia nella formulazione di una proposta per la risoluzione della stessa», mentre la conciliazione è «la composizione di una controversia a seguito dello svolgimento della mediazione». Tale disposizione, secondo la dottrina sarebbe decisiva per concludere che la mediazione costituirebbe un'attività, mentre la conciliazione il risultato di questa attività⁴⁰. A ciò si aggiungerebbe il fatto che nella prassi italiana, l'uso del solo termine «mediazione» risulti utilizzato per designare tutte le forme di conciliazione (mediazione familiare, interculturale, ambientale ecc.) ad eccezione di quella prevista nel settore commerciale⁴¹.

Nel prendere posizione con riguardo a tale dibattito, occorre osservare, innanzitutto, che nel nostro Paese si è cominciato a focalizzare l'attenzione sul concetto di mediazione solo quando si è inteso prendere le distanze da quei modelli di conciliazione già presenti, con scarso successo, nel nostro ordinamento e fare invece riferimento alla più efficace *mediation* del mondo anglosassone⁴². Quest'ultima, del resto – come si avrà occasione di dimostrare – allo stato attuale, anche se non l'unica, è certamente la formula ADR più utilizzata negli atti normativi elaborati dalle più importanti organizzazioni internazionali attive nel settore, per designare il medesimo istituto⁴³.

Sebbene, dunque, i due termini sembrano alludere a due distinti metodi di risoluzione alternativa delle controversie, tuttavia, le differenze che questi presentano sotto il profilo sostanziale non paiono giustificare una siffatta ipotesi⁴⁴. Al di là di tali distinzioni, infatti, è importante osservare che gli istituti designati con i termini «conciliazione» e «mediazione» risultano indiscuti-

³⁹ *Supra*, par. 1, nota, 3.

⁴⁰ In tal senso R. CAPONI, *La giustizia civile alla prova della mediazione. Quadro generale*, in *Foro it.*, 2010, V. c. 2. Secondo un'altra opinione dottrinale, inoltre, la disciplina «della mediazione per la conciliazione», ai sensi del decreto in esame, avrebbe fatto nascere «la definizione dell'istituto come media-conciliazione»: così M. GORGA - D. MULA, *Introduzione di ADR e ODR in Italia*, in *Diritto Mercato Tecnologia*, in www.dimt.it, p. 4.

⁴¹ Così C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La conciliazione consensuale extragiudiziale: il quadro normativo internazionale, comunitario e nazionale*, in *Le Istituzioni del Federalismo*, 2008, p. 744, in www.regione.emilia-romagna.it.

⁴² Cfr. sul punto v. C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La conciliazione consensuale extragiudiziale*, *loc. cit.*, p. 744.

⁴³ *V. infra*, par. 4.

⁴⁴ Cfr. sul punto C. GIOVANNUCCI ORLANDI, *La conciliazione consensuale extragiudiziale*, *loc. cit.*, pp. 743-744; C. VACCÀ - M. MARTELLO, *La mediazione delle controversie*, Milano, Ipsoa, 2010, p. 28.

bilmente accomunati dalla presenza costante di tre elementi: una lite, un terzo indipendente ed imparziale, un accordo fra le parti. Ciò appare sufficiente per concludere che le definizioni di mediazione e conciliazione sono idonee a ravvisare due diverse applicazioni del medesimo istituto ovvero del suo schema normativo e, in quanto tali, sono insuscettibili di esaurire la gamma di quelle teoricamente possibili⁴⁵. In concreto, possono contraddistinguersi in virtù del settore giuridico-materiale ad esse assegnato, della loro complessità procedurale, del ruolo che (compatibilmente con i caratteri dell'istituto) è affidato al terzo, ecc. così come di volta in volta stabilito dal legislatore⁴⁶. Si tratta di soluzioni normative che, pur venendo a connotare in modo, anche sensibilmente, diverso il medesimo istituto, tuttavia, si mantengono rispettose dei suoi caratteri fondamentali, senza dare origine ad un nuovo meccanismo istituzionale. Alla luce di queste osservazioni, un significato del tutto nuovo acquista la distinzione terminologica, sopra ricordata, introdotta dal dlgs n. 28/2010; a ciò si aggiunga che quest'ultimo, essendo un atto interno di adattamento al diritto comunitario (nel caso di specie, la direttiva n. 2008/52/Ce), non può discostarsi dal suo dettato normativo con l'adozione di norme che ne contraddicano lo spirito e gli scopi fondamentali. Come si vedrà, sul punto, la direttiva n. 2008/52/Ce sulla mediazione in materia civile e commerciale, pur dando atto essa stessa di aver compiuto nel merito una precisa scelta terminologica, si esprime nel senso dell'irrilevanza della distinzione (fra l'altro) della mediazione rispetto alla conciliazione.

3. La distinzione fra i diversi tipi di mediazione esistenti nel diritto interno: la mediazione per la risoluzione delle «controversie connotate da estraneità» e quella relativa alle «controversie pienamente interne»

Una volta distinta la mediazione dalle altre forme di ADR, conviene ora passare a distinguere la mediazione come mezzo statale di risoluzione delle controversie fra soggetti privati dalle altre forme di mediazione previste dallo stesso diritto statale.

Occorre premettere, al riguardo, che il legislatore italiano in tema di mediazione – ancora prima dell'adozione del dlgs n. 28/2010⁴⁷ – ha adottato una disciplina generale (o c.d. comune) che, anche in materie significative, non fa distinzione fra le diverse categorie di controversie che ad essa sono soggette e, di conseguenza, non attribuisce rilevanza agli «elementi di estra-

⁴⁵ Cfr. I. BUZZI, *ADR e mediazione familiare in Europa*, in *Mediazione familiare sistemica*, 2005, p. 2.

⁴⁶ *Contra* v. C. PUNZI, *Mediazione e conciliazione*, in *Riv. dir. proc.*, 2000, p. 847; e, da ultimo, D. DALFINO, *Dalla conciliazione societaria alla "mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali"*, in *Rass. Forense*, 2010, p. 52 ss.; P. G. MISTÒ, *La nuova mediazione civile e commerciale ed il ruolo del mediatore*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 2.

⁴⁷ V. *supra*, par. 1, nota 3.

neità» che, eventualmente, sono suscettibili di connotare le stesse⁴⁸. Questi ultimi, in realtà, danno origine ad una particolare categoria di fattispecie che, per la presenza di possibili collegamenti con altri ordinamenti statali, danno luogo ai c.d. conflitti di leggi.

La circostanza che il legislatore non detti una disciplina apposita (e, cioè una disciplina speciale) per le controversie connotate da estraneità, non significa tuttavia che queste ultime non possano usufruire (salvo esplicito divieto in tal senso) dei mezzi di conciliazione delle controversie previsti nel nostro ordinamento per le fattispecie di diritto comune ma, soltanto, che le stesse non possano beneficiare di un regime *ad hoc* che dia rilevanza ai loro elementi di estraneità e che, perciò, risultino omologate al medesimo regime conciliatorio previsto per le fattispecie «completamente» interne⁴⁹.

È bene ricordare al riguardo, che la particolarità e la progressiva espansione di questa categoria di fattispecie ha da tempo richiamato l'attenzione del legislatore nazionale che, evitando di assimilarle forzatamente alle fattispecie comuni, ha dedicato ad esse un ramo del diritto nazionale denominato «diritto internazionale privato». Si tratta, a ben guardare, di un ramo *sui generis* del diritto interno che assembla norme appartenenti, *ratione materiae*, a molteplici settori dell'ordinamento statale talché nella normativa del diritto internazionale privato confluisce – oggi più che nel passato – un'ampia varietà di norme di *diritto speciale*⁵⁰ che derogano le norme di diritto generale vigenti nei corrispondenti settori dell'ordinamento nazionale e che sono tutte accomunate dalla esigenza di disciplinare, in modo specifico e adeguato alle loro particolari caratteristiche, le fattispecie connotate da estraneità. Pur essendosi configurato in principio, come diritto derogatorio del diritto comune nel settore privato e processuale (da cui la definizione di d.i.p. e quella successiva di d.i.p.pr., cioè «diritto internazionale privato e processuale»), attualmente il nostro d.i.p. include norme che derogano ad una vasta gamma di rami normativi dello Stato diversi da quelli originari: si pensi al diritto com-

⁴⁸ Una rara eccezione è prevista all'art. 12 del dlgs n. 28 del 2010, intitolato «Efficacia esecutiva ed esecuzione», che stabilisce: «1. Il verbale di accordo, il cui contenuto non è contrario all'ordine pubblico o a norme imperative, è omologato, su istanza di parte e previo accertamento anche della regolarità formale, con decreto del presidente del tribunale nel cui circondario ha sede l'organismo. Nelle controversie transfrontaliere di cui all'art. 2 della direttiva n. 2008/52/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 maggio 2008, il verbale è omologato dal presidente del tribunale nel cui circondario l'accordo deve avere esecuzione. 2. Il verbale di cui al comma 1 costituisce titolo esecutivo per l'espropriazione forzata, per l'esecuzione in forma specifica e per l'iscrizione di ipoteca giudiziale».

⁴⁹ Sui metodi legislativi a disposizione del legislatore nazionale per la disciplina, in generale, delle situazioni connotate da estraneità v. G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale privato italiano*, Napoli, Jovene, 1968, pp. 9-10.

⁵⁰ Sul carattere di specialità del d.i.p. v. E. VITTA (a cura di F. MOSCONI), *Corso di Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, Utet, 1991, p. 32. Sul punto sia consentito, altresì, rinviare a L. MURA, *Il diritto internazionale privato italiano nei rapporti con il diritto internazionale, europeo e straniero*, Torino, Giappichelli, 2012, spec. p. 56 ss.

merciale, al diritto tributario, al diritto amministrativo, al diritto penale, ecc. Da qui la nota inadeguatezza della corrente definizione di d.i.p. (ma anche di d.i.p.pr.) a descrivere in modo esaustivo la materia, tenuto conto dell'ampia varietà di fattispecie rientranti nel suo ambito di disciplina e, per converso, della difficoltà di rinvenire una definizione alternativa capace di soddisfare adeguatamente questa esigenza⁵¹.

È comprensibile, pertanto, che anche in tema di mediazione, data la specificità e la delicatezza di tali controversie, sarebbe stato auspicabile che, fin da subito, esse potessero godere di un regime *ad hoc* idoneo a differenziarle dalle corrispondenti controversie comuni. Indiscutibile è, infatti, il vantaggio che esse potrebbero trarre da una risoluzione a mezzo delle ADR e, in particolare, della mediazione. Le particolarità e il continuo aumento di queste controversie consiglierebbero, dunque, di sottoporre la loro risoluzione all'istituto della mediazione predisponendo per esse una disciplina autonoma, con la formazione di mediatori appositamente preparati e competenti a gestirla.

Per il momento, però, il diritto nazionale – a partire dal nostro – si limita a disciplinare l'istituto della mediazione con misure che, oltre ad essere inadeguate a risolvere i problemi riguardanti le controversie comuni, trascurano gli aspetti peculiari delle controversie connotate da estraneità.

È soltanto sul piano dei rapporti internazionali e, in particolare, dei rapporti fra gli Stati membri dell'Unione europea che – come si vedrà meglio in seguito⁵² – la questione di una disciplina *ad hoc* per le situazioni internazionaliprivatistiche (e le loro specifiche esigenze) ha cominciato a porsi e a produrre i primi risultati in termini di una sua disciplina.

Come già accaduto in passato per altri settori ed istituti del d.i.p., la cooperazione fra gli Stati si è venuta configurando come lo strumento più adeguato per affrontare una questione così delicata: solo un'azione concertata fra gli Stati, in effetti, poteva portare all'elaborazione di una disciplina *ad hoc* della mediazione adeguata alla specificità di questo tipo di controversie e uniformemente applicabile negli ordinamenti di tali Stati⁵³, al fine di garantire una maggiore equità nella loro risoluzione e di superare i problemi tipicamente connessi alla diversità dei d.i.p. nazionali fra i quali, in primo luogo, il *forum shopping*.

Una tale iniziativa, seppur meritoria sul piano teorico, si è rivelata piuttosto deludente sul piano pratico: come si avrà modo di accertare⁵⁴, infatti, l'en-

⁵¹ In tal senso F. MOSCONI - C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, Torino, Utet, 2010, pp. 3-4.

⁵² *Infra*, par. 4.

⁵³ Sull'importanza del d.i.p. uniforme e il ruolo che, riguardo alla sua formazione, assume il diritto internazionale si rinvia a S. BARIATTI, *L'interpretazione delle convenzioni internazionali di diritto uniforme*, Padova, Cedam, 1986.

⁵⁴ V. *infra*, par. 5 e 6.

fasi posta sulla necessità e utilità di ricorrere al diritto internazionale per la regolamentazione della materia non ha ottenuto il dovuto seguito in fase di redazione e attuazione delle misure adottate negli ordinamenti degli Stati. Essa, inoltre, ha sollevato numerosi problemi circa la sua compatibilità, sia formale che sostanziale, con i sistemi giuridici vigenti. A ben guardare, infatti, l'adozione di una normativa internazionale in materia di mediazione per le controversie connotate da estraneità ha dato luogo, oltre che ai tradizionali problemi connessi alla disciplina del d.i.p. a mezzo di una fonte del diritto internazionale, anche a problemi nuovi inerenti la peculiarità dell'istituto in esame.

Prima, tuttavia, di passare ad approfondire tali problemi e per poterli apprezzare nella loro interezza, conviene dare uno sguardo alle normative internazionali adottate nella materia.

4. La disciplina della mediazione nell'azione delle organizzazioni internazionali a vocazione universale e regionale, fra norme di diritto comune e norme di diritto speciale

La disciplina delle ADR e, in particolare, della mediazione si è potuta realizzare sul piano internazionale per iniziativa di alcune organizzazioni internazionali. Fra queste possono distinguersi organizzazioni, anche non governative, di carattere universale del calibro dell'UNCITRAL (United Nations Commission on International Trade Law), della WIPO (World Intellectual Property Organization) e della ICC (International Commerce Chamber). Possono altresì distinguersi organizzazioni di carattere regionale – specificamente europeo – quali il CdE (Consiglio d'Europa) e, naturalmente, la UE (Unione europea).

Le prime azioni, nella materia, sono state attuate da parte delle organizzazioni di scala universale (nella specie, UNCITRAL⁵⁵, WIPO⁵⁶, ICC⁵⁷). Queste hanno svolto un ruolo propulsivo⁵⁸, da un lato, promuovendo l'istituto del-

⁵⁵ La *Model Law on International Commercial Conciliation* è stata adottata dalla Commissione UNCITRAL ed approvata dall'Assemblea Generale delle Nazioni Unite con Risoluzione A/RES/57/18 del 19 novembre 2002, in www.uncitral.org. Essa viene ad affiancare le *Conciliation Rules*, adottate il 4 dicembre 1980 dall'Assemblea Generale con Risoluzione 35/52. Sull'argomento v. R. N. DOBBINS, *UNCITRAL Model Law on International Commercial Conciliation: From a Topic of Possible Discussion to Approval by the General Assembly*, in *Pepperdine Dispute Resolution Law Journal*, 2003, p. 529 ss., in <http://digitalcommons.pepperdine.edu/drlj/vol3/iss3/5>.

⁵⁶ La WIPO, attraverso la WIPO Arbitration e Mediation Center, ha adottato le *WIPO Mediation Rules*, in www.wipo.int/am/en/mediation/rules/index.html.

⁵⁷ La ICC ha adottato le *ICC ADR Rules*, in www.iccwbo.org.

⁵⁸ Sulla circostanza che la normativa universale sia servita da modello per l'adozione della normativa statale e di quella dell'UE v. E. M. APPIANO, *Brevi note al Modello di legge uniforme UNCITRAL sulla conciliazione/mediazione delle controversie commerciali internazionali*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2003, p. 1341 ss.; C. MOSCA, *La mediazione ex Decreto 28/10: sua*

la mediazione fra gli Stati e, dall'altro, favorendo una partecipazione con il più alto numero possibile degli stessi, tanto nell'elaborazione quanto nell'attuazione della normativa destinata a disciplinare l'istituto. Tale disciplina – pur limitandosi all'introduzione di pochi obblighi, peraltro di basso tenore normativo – è stata in grado di assicurare una base giuridica di partenza⁵⁹.

Le normative adottate dalle organizzazioni universali in esame hanno, generalmente, portata settoriale, in corrispondenza delle finalità istituzionali degli stessi organismi internazionali che ne hanno promosso l'adozione: esse, pertanto, riguardano le controversie nel settore commerciale nel caso dell'UNCITRAL e della ICC, le controversie nel settore della proprietà intellettuale nel caso della WIPO.

Il termine utilizzato da tali normative – come già accennato⁶⁰ – per designare la procedura oggetto della loro disciplina è quello di *mediation*⁶¹ al quale vengono equiparati altri termini, fra i quali anche quello di *conciliation*⁶².

Venendo al dettaglio dei contenuti, la normativa in parola mostra di aver tenuto presenti e di voler valorizzare tutti gli aspetti essenziali dell'istituto: il suo carattere volontario, che rende le parti sempre libere di decidere se partecipare alla mediazione oppure interromperla definitivamente in qualsiasi momento, senza subire alcun pregiudizio⁶³; il suo carattere alternativo rispetto agli strumenti contenziosi a disposizione dei litiganti, conservando questi ultimi la piena libertà di adire come e quando credono i giudici o gli arbitri competenti⁶⁴; l'imparzialità del terzo e il suo compito di facilitare, anziché coartare, la

contestualizzazione nell'ambito del movimento ADR e profili critici, Treviso, Tiaki, 2011, p. 59; C. VACCÀ - M. MARTELLO, *La mediazione delle controversie*, cit. *supra*, nota 44, pp. 28, 61.

⁵⁹ Critico sui livelli di disciplina conseguiti, in particolare, in seno all'UNCITRAL, appare C. MOSCA, *La mediazione ex Decreto 28/10*, cit. *supra*, nota 58, pp. 58-59.

⁶⁰ *Supra*, par. 3.

⁶¹ Così, innanzitutto, le *WIPO Mediation Rules*, cit. *supra*, nota 56.

⁶² Così le *ICC ADR Rules*, cit. *supra*, nota 57, che, seppur destinate a regolare le ADR, nel testo (*Preamble*) riconoscono che «in the absence of an agreement of the parties on a settlement technique, mediation shall be used under the Rules»; ma anche la *Model Law UNCITRAL* che, pur essendo intitolata alla *Commercial Conciliation*, all'art. 1.3 tende ad assimilare questa con altre definizioni, fra le quali, *in primis*, quella di mediazione: «for the purposes of this Law, "conciliation" means a process, whether referred to by the expression conciliation, mediation or an expression of similar import, whereby parties request a third person or persons ("the conciliator") to assist them in their attempt to reach an amicable settlement of their dispute arising out of or relating to a contractual or other legal relationship». Ciò, che, secondo la dottrina (v. E. M. APPIANO, *I sistemi A.D.R. nell'ottica del legislatore comunitario*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2009, pp. 62-63 e nota 15; C. VACCÀ - M. MARTELLO, *La mediazione delle controversie*, loc. cit., p. 28) denota l'intercambiabilità delle due definizioni di mediazione e conciliazione.

⁶³ Si vedano in tal senso gli artt. 2-3 delle *ICC ADR Rules*; gli artt. 3-8 delle *WIPO Mediation Rules*; gli artt. 4-5 della *Model Law UNCITRAL*.

⁶⁴ Si veda, in tal senso, l'art. 13 della *Model Law UNCITRAL* che mette ben in evidenza come la mediazione non possa spingersi al punto di privare il singolo del diritto alla protezione giurisdizionale dello Stato.

volontà delle parti nella risoluzione della controversia⁶⁵; la riservatezza, fondamentale per consentire alle parti di esprimersi liberamente durante la procedura, eliminando il timore che le dichiarazioni rese in tale contesto possano successivamente ritorcersi contro di esse in sede giudiziaria⁶⁶.

Con riguardo, poi, alle controversie soggette all'applicazione della disciplina, in linea di principio non risulta esservi distinzione fra controversie connotate da estraneità e controversie pienamente interne⁶⁷. Solo la normativa adottata in ambito UNCITRAL si dichiara specificatamente destinata a regolare la mediazione nelle controversie connotate da estraneità, facendo tuttavia salva l'ipotesi che gli Stati al momento della ratifica (art. 1.1), o le parti private all'atto della scelta di ricorrere alla mediazione⁶⁸, decidano di estenderla anche alle controversie pienamente interne. È evidente che la mancanza di una qualsiasi disciplina della mediazione negli Stati membri ha contribuito a togliere significato alla distinzione fra le due categorie di controversie, consigliando di rendere la normativa adottata applicabile ad un numero quanto più elevato di controversie.

L'intento esplicito⁶⁹ di conferire carattere uniforme alla normativa in esame è apparso vanificato dalla diversità fra gli ordinamenti statali vincolati alla sua attuazione, specie in relazione ad aspetti cruciali della mediazione, qual è quello relativo al riconoscimento reciproco delle transazioni private conseguenti alla mediazione⁷⁰.

⁶⁵ Si vedano in tal senso gli artt. 5 delle *ICC ADR Rules*; gli artt. 9-13 delle *WIPO Mediation Rules*; gli artt. 1, 6-10 della *Model Law UNCITRAL*: quest'ultima è assai esplicita nel dichiarare che «the conciliator does not have the authority to impose upon the parties a solution to the dispute» (art. 1.3).

⁶⁶ Si vedano, al riguardo, gli artt. 5-7 delle *ICC ADR Rules*; gli artt. 14-17 delle *WIPO Mediation Rules*; gli artt. 6-10 della *Model Law UNCITRAL*.

⁶⁷ Se le *WIPO Mediation Rules* non fanno neppure menzione circa una possibile distinzione fra le due diverse categorie di controversie, le *ICC ADR Rules* all'art. 1 precisano, invece, che «all business disputes, whether or not of an international character, may be referred to ADR proceedings pursuant these rules».

⁶⁸ Va osservato che, dalla lettura della normativa in questione, si evince l'intento di valorizzare il principio dell'autonomia delle parti, in linea con l'obiettivo di promuovere la mediazione quale scelta volontaria di risoluzione delle controversie: in particolare, ciò emerge dalla *Model Law UNCITRAL* che rimette alle parti, oltre che la decisione di applicare la propria disciplina stabilendo se una controversia sia internazionale o meno (art. 1.1 citato), anche la decisione di estendere l'applicazione della disciplina alle controversie interne (art. 1.6 che testualmente recita «this Law applies to international commercial conciliation (...) This Law also applies to a commercial conciliation when the parties agree that the conciliation is international or agree to the applicability of this Law»).

⁶⁹ V., nel senso ora indicato, l'art. 2 della *Model Law* dell'UNCITRAL, *cit. supra*, nota 55, che dichiara: «in the interpretation of this Law regard is to be had to its International origin and to the need to promote uniformity in its application and the observance of good faith».

⁷⁰ I risultati, pertanto, appaiono assai limitati: v., esemplificativamente, l'art. 14 sull'*Enforceability of settlement agreement* della *Model Law UNCITRAL*, secondo cui «if the parties conclude an agreement settling a dispute, that settlement agreement is binding and enforceable ... [the enacting State may insert a description of the method of enforcing settlement agreements or refer to provisions governing such enforcement]». Una nota al citato art. 14 aggiunge poi: «when implementing the procedure for enforcement of settlement agreement, an enacting State may consider

Contrariamente a quanto fosse lecito attendersi, le iniziative condotte a livello delle organizzazioni europee – e, in particolare, dell’Unione europea – non hanno prodotto risultati più avanzati rispetto a quelli realizzati dalle organizzazioni di stampo universale né con riguardo ad un ampliamento della sua portata, né con riguardo agli strumenti diretti a renderne uniforme la sua applicazione negli ordinamenti degli Stati interessati.

La prima organizzazione europea che si è occupata di mediazione è stata il CdE. Risale al 2002 la Raccomandazione Rec (2002)10 del Comitato dei Ministri agli Stati membri in materia di mediazione civile. Si tratta di un atto privo di valore vincolante che mira ad incoraggiare gli Stati ad adottare volontariamente misure dirette a rendere applicabile la mediazione specie nelle controversie matrimoniali «internazionali»⁷¹. Questa iniziativa ha certamente fatto da sponda al radicamento e alla diffusione della cultura della mediazione in Europa.

È però nell’ambito di un’altra nota e consolidata organizzazione europea, e cioè dell’Unione europea, che è stato adottato il primo atto giuridicamente obbligatorio nella materia.

Si è dovuta attendere una modifica dei Trattati istitutivi affinché l’Unione fosse legittimata ad adottare – attraverso le sue Istituzioni – misure in materia di diritto internazionale privato e processuale a mezzo di atti di diritto comunitario derivato. In particolare, è con il Trattato di Lisbona del 2007 che l’Unione ha ottenuto la competenza normativa nel settore della risoluzione alternativa delle controversie (ADR)⁷². L’azione normativa fino ad oggi svolta in questo settore dalla UE, tuttavia, ha prodotto risultati alquanto modesti⁷³, rispetto ai quali l’originalità di tale organizzazione, dovuta in particolare al livello di integrazione che notoriamente caratterizza il rapporto fra i suoi Stati membri, non ha avuto modo di esprimersi.

La normativa accolta nella direttiva n. 2008/52/Ce⁷⁴, infatti, non si è spin-

the possibility of such a procedure being mandatory».

⁷¹ Nel senso ora indicato, la Raccomandazione di cui si tratta incoraggia gli Stati ad introdurre «mechanisms to promote the use of mediation to resolve issues with an International element» e, inoltre, promuove la «co-operation between existing services (...) in civil matters with a view to facilitating the use of International mediation». In questa sede va altresì citato il Rapporto del 20 settembre 2012 sullo stato della giustizia nei Paesi del Consiglio d’Europa (reperibile sul sito internet http://www.coe.int/t/dghl/cooperation/cepej/evaluation/2012/Rapport_en.pdf), che raccoglie i dati fino al 2010 sulla diffusione e sulle modalità di utilizzo della mediazione nei diversi settori degli ordinamenti degli Stati membri (non solo, dunque, nei settori civile e commerciale).

⁷² Attualmente, dunque, il fondamento normativo di tale competenza risiede nell’art. 81 del TFUE che al riguardo stabilisce: «il Parlamento europeo e il Consiglio, deliberando secondo la procedura legislativa ordinaria, adottano, in particolare, se necessario al buon funzionamento del mercato interno, misure volte a garantire: (...) g. lo sviluppo di metodi alternativi per la risoluzione delle controversie».

⁷³ Su questa linea G. ROSSOLILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie*, cit. *supra*, nota 34, p. 363.

⁷⁴ Cit. *supra*, par. 1.1, nota 12. La direttiva in esame è stata oggetto di numerosi commenti, fra i quali: M. F. GHIRGA, *Strumenti alternativi di risoluzione della lite: fuga dal processo o dal*

ta oltre l'elaborazione di uno *standard* normativo minimo, caratterizzato dalla formulazione di pochi principi generali che, per certi aspetti, ricalcano la citata *Model Law* (o "Legge modello") dell'UNCITRAL; per altri aspetti, invece, risultano lacunosi anche rispetto ad essa⁷⁵. Basti solo dire, al riguardo, che la materia è stata regolata a mezzo di una direttiva che impegna gli Stati membri (ad eccezione della Danimarca, come previsto dall'art. 1, par. 3, della direttiva) ad introdurre l'istituto limitatamente ad alcuni settori materiali (del diritto civile e commerciale) e al rispetto di pochi obblighi che lasciano agli stessi un'ampia libertà di iniziativa in ordine alla loro attuazione.

Entrando nel merito dei contenuti, la direttiva con riguardo alla definizione dell'istituto oggetto della sua disciplina, utilizza (come la normativa UNCITRAL) il termine «mediazione» sebbene il suo fine dichiarato (art. 13. a.) sia quello di regolare «un procedimento strutturato indipendentemente dalla sua denominazione». Essa, ulteriormente, sottolinea l'inidoneità della sua disciplina ad interferire con il carattere volontario della mediazione (art. 3, a.) precisando la distinzione dell'istituto da essa regolato dai «tentativi messi in atto dall'organo giurisdizionale o dal giudice aditi (...) nell'ambito del procedimento giudiziario»⁷⁶.

Anche la normativa comunitaria in esame, come quella universale, pur essendo destinata alle controversie connotate da estraneità, appare applicabile a quelle comuni per iniziativa degli Stati membri (ma non anche delle parti private) in sede di attuazione della direttiva stessa (come ricordato nel suo ottavo *considerando*)⁷⁷.

diritto? (Riflessioni sulla mediazione in occasione della pubblicazione della Direttiva 2008/52/CE), in *Riv. dir. proc.*, 2009, p. 372 ss.; A. PERA - G. M. RICCIO, *Mediazione e conciliazione*, cit. *supra*, nota 6, spec. p. 71 ss.; G. ROSSOLILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie*, cit. *supra*, nota 34, p. 352 ss.; S. STICCHI DAMIANI, *Rimedi non giurisdizionali a tutela del consumatore, la rete SOLVIT, la direttiva sulla mediazione in materia civile e commerciale: è possibile enucleare una nozione comunitaria di ADR? (Profili di continuità nella disciplina comunitaria)*, in www.ildirittoamministrativo.it; N. TROCKER - A. DE LUCA (a cura di), *La mediazione civile alla luce della direttiva 2008/52/CE*, Firenze, Firenze University Press, 2011. Il suo contenuto è stato oggetto di esame anche in relazione all'attuazione che di essa ha dato lo Stato italiano: P. GIANNITI - R. PICCIONE, *La mediazione professionale degli ADR*, Torino, Utet, 2012, p. 121 ss.

⁷⁵ Per un esame della normativa UE in confronto a quella UNCITRAL v. AA.VV., *La mediazione nelle liti civili e commerciali*, Milano, Giuffrè, 2011, spec. p. 102 ss.

⁷⁶ V. nello stesso senso anche l'undicesimo *considerando*.

⁷⁷ Per il contenuto dell'ottavo *considerando* v. *supra*, par. 1.2. La soluzione ora riferita ha superato le obiezioni a suo tempo mosse dal Consiglio in relazione al fatto che la direttiva non potesse disporre, essa stessa, un'estensione del proprio contenuto alle controversie di diritto comune, posto che il suo fondamento giuridico riguardava solo le controversie oggetto del d.i.p. (in proposito v. G. ROSSOLILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie*, cit. *supra*, nota 34, pp. 357-358). Del resto, sono molti gli Stati membri, fra i quali il nostro, che in sede di attuazione della direttiva di cui si tratta ne hanno esteso l'applicazione alle controversie completamente interne (così C. BESSO, *L'attuazione della direttiva europea*, cit. *supra*, nota 16, p. 13, che indica, quali eccezioni all'orientamento ora indicato, i casi di Austria, Inghilterra e Irlanda). Circa, invece, il diverso problema della competenza della Corte di giustizia a pronunciarsi, in sede interpretativa, sull'applicazione della direttiva anche a queste ultime controversie, chiarificatore, in senso affermativo di tale competenza, appare il parere reso dalla Commissione europea nelle sue Osservazioni scritte del 2 aprile 2012 presentate nella causa n. C-492/11 avente

Anche con riguardo ad altri due aspetti rilevanti, quello della procedura di riconoscimento e di esecuzione degli accordi transattivi delle parti e quello della competenza dei mediatori – che, viceversa, avrebbero potuto essere profili altamente qualificanti della normativa adottata, valorizzandone da un lato, la sua idoneità a disciplinare efficacemente le controversie connotate da estraneità rispetto a quelle comuni e, dall'altro, la portata regionale della sua disciplina rispetto a quella universale – la direttiva non raggiunge risultati maggiormente soddisfacenti. Si limita, infatti, a stabilire poche misure di carattere essenziale che lasciano agli Stati ampi margini di discrezionalità in sede di attuazione, vanificando l'obiettivo non solo di uniformare ma, altresì, di armonizzare lo stesso diritto vigente in materia negli Stati membri⁷⁸.

Sotto il primo profilo, la direttiva – nel subordinare l'esecuzione degli accordi transattivi alla circostanza che essi «siano stati resi esecutivi nello Stato membro in cui sono stati conclusi» – non fornisce alcuna garanzia che le parti possano effettivamente ottenere in uno Stato membro il riconoscimento e l'esecuzione di un contratto concluso in un altro Stato membro e *ivi* reso esecutivo. Si è ben lontani, evidentemente, dai meccanismi di automatismo che il diritto dell'Unione ha introdotto in tema di riconoscimento ed esecuzione dei provvedimenti giudiziari nel settore del d.i.p. riguardante i rapporti di famiglia e obbligazioni⁷⁹.

Sotto il secondo profilo, quello relativo alla qualifica dei mediatori, la direttiva non fornisce alcun criterio orientato ad identificare la figura del mediatore in termini di "competenza" e "professionalità", nemmeno per risolvere i problemi collegati alla conoscenza del diritto applicabile in ambito europeo.

Con riguardo poi all'aspetto relativo al coordinamento fra mediazione e processo, qui il carattere "alternativo" della mediazione risulta assicurato attraverso la previsione di un impegno, a carico degli Stati membri, di disciplinare l'istituto con misure che – sia in relazione alla sua obbligatorietà (art. 5.2), sia in relazione agli effetti che esso produce sui termini di prescrizione e decadenza

ad oggetto la domanda di pronuncia pregiudiziale presentata dal Giudice di Pace di Mercato S. Severino, cit. *supra*, par. 1.2, nota 20.

⁷⁸ Circa il proposito di procedere ad «un rafforzamento dell'armonizzazione» della normativa in materia di mediazione anche attraverso la formulazione, da parte della Commissione Ce, di una «nuova proposta di modifica della direttiva 2008/52» v. M. CASTELLANETA, *Sulla regolazione amichevole delle controversie*, cit. *supra*, nota 16, p. 18.

⁷⁹ Il riferimento è al Regolamento (Ce) n. 44/2001 del Consiglio del 22 dicembre 2000 concernente la competenza giurisdizionale, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in materia civile e commerciale, in *Guce* n. L 12 del 16 gennaio 2001, p. 1 e al Regolamento (Ce) n. 2201/2003 del Consiglio del 27 novembre 2003 relativo alla competenza, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e in materia di responsabilità genitoriale, in *Gu-Ue* n. L 338 del 23 dicembre 2003, p. 1. La direttiva n. 2008/52/Ce, al 20° e 21° *considerando* rinvia ai detti Regolamenti la determinazione del regime cui sono sottoposti gli accordi transattivi una volta ottenuto il riconoscimento giurisdizionale della loro efficacia esecutiva in uno Stato membro. Su questi aspetti v., altresì, G. ROSSOLILLO, *I mezzi alternativi di risoluzione delle controversie*, cit. *supra*, nota 34, pp. 361-362.

processuali (art. 8) – garantiscano che il ricorso alla mediazione non pregiudichi il diritto delle parti alla tutela giurisdizionale (art. 1.1).

In definitiva, da questo rapido esame delle normative adottate in materia di mediazione, è possibile constatare che la disciplina della mediazione non abbia registrato grandi differenze a seconda che essa sia stata adottata su scala universale o regionale, posto che le organizzazioni internazionali attive nel settore si sono limitate a promuovere l'istituto della mediazione negli ordinamenti degli Stati disciplinandone gli aspetti più caratteristici ed essenziali.

Una situazione questa che, certamente, paga il prezzo della grande distanza ancora esistente fra i sistemi giuridici vigenti negli ordinamenti dei diversi Stati interessati ma che, nel settore della cooperazione giudiziaria di cui si tratta, dimostra di non risparmiare neppure aree geografiche, come quella relativa all'Unione europea che, nonostante si contraddistingua da tempo per l'elevato livello di integrazione esistente fra gli ordinamenti dei suoi Stati membri⁸⁰ non è riuscita ad andare oltre i livelli minimi di disciplina realizzati su scala universale.

5. La distinzione della mediazione statale dalla mediazione non statale: la questione dell'esistenza di una mediazione "internazionale" o "transfrontaliera" per la risoluzione delle controversie fra i privati

Fra le distinzioni che meritano di essere chiarite in questa sede, resta da considerare quella fra la mediazione di natura statale e la mediazione di altra natura, precisamente diretta a risolvere le «controversie internazionali».

Al riguardo, occorre prendere le mosse dalla circostanza che la mediazione qui presa in esame si sia configurata, in origine, come uno dei rimedi pre-

⁸⁰ Prima dell'adozione della direttiva n. 2008/52/Ce le Istituzioni dell'Unione erano intervenute nella regolamentazione della materia con iniziative indirette e parziali: volendoci limitare agli atti vincolanti, si pensi alla direttiva n. 97/5/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 27 gennaio 1997 sui bonifici transfrontalieri, in *Guce* n. L 43 del 14 febbraio 1997, p. 25 ss.; alla direttiva n. 97/7/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio del 20 maggio 1997 riguardante la protezione dei consumatori in materia di contratti a distanza, in *Guce* n. L 144 del 4 giugno 1997, p. 19 ss.; alla direttiva n. 2000/31/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio dell'8 giugno 2000 relativa a taluni aspetti giuridici dei servizi della società dell'informazione, in particolare il commercio elettronico, nel mercato interno («direttiva sul commercio elettronico»), in *Guce* n. L 178 del 17 luglio 2000, p. 1 ss.; alla direttiva n. 2002/21/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 marzo 2002, che istituisce un quadro normativo comune per le reti ed i servizi di comunicazione elettronica (direttiva quadro), in *Guce* n. L 108 del 24 aprile 2002, p. 33 ss.; alla direttiva n. 2002/8/Ce del Consiglio del 27 gennaio 2003 intesa a migliorare l'accesso alla giustizia nelle controversie transfrontaliere attraverso la definizione di norme minime comuni relative al patrocinio a spese dello Stato in tali controversie, in *Guce* n. L 26 del 31 gennaio 2003, p. 41 ss.; al Regolamento (Ce) n. 861/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 luglio 2007, che istituisce un procedimento europeo per le controversie di modesta entità, in *Gu-Ue* L 199 del 31 luglio 2007 p. 1 ss. Attualmente è all'esame delle stesse Istituzioni una Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo alla risoluzione delle controversie online dei consumatori (regolamento sull'ODR per i consumatori) reperibile sul sito internet <http://www.lider-lab.sssup.it/lider/it/mediazione/news/norme/315-le-recentissime-proposte-della-commissione-ue-in-materia-di-adr.html>.

disposti dallo Stato per la risoluzione delle controversie fra i «privati» in «alternativa» ai rimedi di tutela giurisdizionale previsti dal proprio ordinamento e che, col tempo, la sua disciplina abbia ricevuto un significativo impulso grazie al diritto internazionale.

Questo massiccio e articolato intervento del diritto internazionale nella regolamentazione di rapporti tipicamente disciplinati dal diritto interno ha suscitato alcuni problemi e una certa confusione che si sono, a dir poco, accentuati quando il diritto internazionale si è orientato a disciplinare il settore delle controversie connotate da estraneità. Non soltanto ciò ha posto il problema della determinazione delle controversie oggetto della normativa internazionale (e, cioè, se queste fossero quelle «pienamente interne» oppure quelle «connotate da estraneità»), ma ha sollevato problematiche di carattere ben più sostanziale, attinenti alla rideterminazione della loro natura giuridica al fine di stabilire, cioè, se esse dovessero continuare ad essere considerate «statali» o se, invece, avessero assunto carattere «internazionale».

Le novità, senza precedenti che, nell'opinione di molti autori, l'azione internazionale – sia da un punto di vista qualitativo che quantitativo – avrebbe introdotto⁸¹, in questo più che in ogni altro settore del diritto interno, sono state numerose e hanno dato luogo, ad interpretazioni – tese a sottolinearne, in maniera non sempre opportunamente argomentata, le straordinarie analogie col diritto interno – che si sono manifestate, indicativamente, in chiave terminologica e concettuale.

In proposito, deve osservarsi che la cooperazione multilaterale nell'ambito dei «conflitti di leggi», ha sicuramente rinforzato (posto che si fosse mai affievolita) quella tendenza terminologica, a suo tempo contrastata dalla dottrina⁸², a definire le fattispecie ad essi relative come «internazionali» o, con un termine più recente, «transfrontaliere», allo scopo precipuo di evidenziare che l'estraneità che le contraddistingue rispetto all'ordinamento statale di riferimento si traduce, anziché nel loro collegamento ad un ordinamento statale diverso da quello di partenza⁸³, nel loro collegamento all'ordinamento internazionale e, in modo anche più diretto, all'ordinamento UE⁸⁴.

⁸¹ In tal senso T. BALLARINO, *Diritto internazionale privato*, Padova, Cedam, 2011, p. 76; A. BONOMI, *Il diritto internazionale privato dell'Unione europea: considerazioni generali*, in Id. (a cura di), *Diritto internazionale privato e cooperazione giudiziaria in materia civile*, Torino, Giapichelli, 2009, p. 2.

⁸² V. per tutti E. VITTA, *Corso di Diritto internazionale*, cit. supra, nota 50, pp. 31-32.

⁸³ Circa il fatto che il d.i.p. operi «solo nei confronti di ordinamenti statali stranieri» e, più esattamente, nei confronti di un ordinamento statale (eventualmente diverso da quello di partenza), ma non anche nei confronti di ordinamenti di natura diversa da quella statale v. E. VITTA, *Corso di Diritto internazionale*, loc. cit., pp. 32-33.

⁸⁴ Su un uso promiscuo del termine transfrontaliero, riferito a fattispecie attinenti tanto l'ambito internazionale, quanto quello comunitario v. G. BERNINI, *La mediazione transfrontaliera*, in Atti del Convegno di Studi su «La mediazione: strumento per dirimere le controversie» svoltosi nella Repubblica di San Marino il 16 febbraio 2011, in www.ascer.it, pp. 1-3, 17-18. V. sul punto

È pertanto sulla scorta della rapida e crescente espansione del diritto internazionale a moltissimi settori della vita di relazione, che la dottrina ha cominciato a parlare di un «internazionalismo»⁸⁵ o di una «internazionalizzazione»⁸⁶ del diritto, alludendo al fatto che lo sviluppo di quest'ultimo procede sempre più spesso a mezzo di fonti di natura internazionale. In tal senso, si è osservato che le convenzioni internazionali ormai «si occupano di tutto, ed anche di rapporti che una volta erano gelosamente riservati dagli Stati al proprio diritto nazionale»⁸⁷, ingenerando un'autentica «evoluzione»⁸⁸ al riguardo.

La dottrina ha parlato anche di una «progressiva "privatizzazione"»⁸⁹ dei rapporti internazionali che «determina l'affacciarsi di importanti attori individuali, portatori di interessi rilevanti, spesso suscettibili di determinare controversie anche con Stati, e quindi implicanti la necessità di una loro composizione pacifica»⁹⁰. Un tale fenomeno, secondo questa medesima dottrina, si riflette sulla stessa «nozione di controversia internazionale»⁹¹ con l'effetto di dilatarla: questa infatti, «più che caratterizzarsi sotto il profilo soggettivo come un conflitto fra Stati, tende a identificarsi in misura crescente col disaccordo tra due o più soggetti o attori internazionali, la cui definizione presuppone l'interpretazione o l'applicazione di norme di diritto internazionale»⁹².

Si è pure affermato che l'attitudine del diritto internazionale ad interveni-

anche P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato e processuale comunitario*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. 4, 6, 75.

⁸⁵ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit. supra, nota 26, p. 3.

⁸⁶ Così M. DALMAS-MARTY, *Studi giuridici comparati e internazionalizzazione del diritto*, Torino, Giappichelli, 2004; F. PALERMO, *Internazionalizzazione del diritto costituzionale e costituzionalizzazione del diritto internazionale delle differenze*, 2 *European Diversity and Autonomy Papers - EDAP* (2009), in www.eurac.edu/edap. In termini analoghi anche L. COMINELLI, *L'internazionalizzazione della Pubblica Amministrazione*, in M. R. FERRARESE (responsabile), *Rapporto introduttivo alla ricerca su «Il processo di europeizzazione della P.A.»*, in www.sspa.it, 2005, pp. 2-4, che, nel constatare il passaggio «dal diritto internazionale all'internazionalizzazione del diritto», osserva che la definizione classica di "internazionale" appare attualmente inadeguata a descrivere la realtà dei rapporti oltre i confini dello Stato, derivando da una tradizione «realista di politica tra stati-nazione» mentre oggi «la politica oltre lo Stato non è soltanto rapporto tra Stati» ma, al contrario, prevede «la presenza di nuovi soggetti, di nuove dinamiche normative, di nuove condizioni di contesto (...)».

⁸⁷ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit. supra, nota 26, p. 187. In senso analogo T. SCOVAZZI, *Corso di Diritto internazionale*, vol. 1, Milano, Giuffrè, 2000, p. 46; T. TREVES, *Le controversie internazionali*, Milano, Giuffrè, 1999, p. 33.

⁸⁸ Parlano di «evoluzione» del diritto internazionale, in vario senso, E. CANNIZZARO, *Corso di diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 322-323; T. SCOVAZZI, *Corso di Diritto internazionale*, loc. cit., p. 5 ss. spec. pp. 9, 57, 76; T. TREVES, *Diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2005, p. 645.

⁸⁹ F. MUNARI, *Risoluzione pacifica e prevenzione delle controversie internazionali*, in S. M. CARBONE - R. LUZZATTO - A. SANTA MARIA, *Istituzioni di diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, 2003, p. 227. Più in generale, sull'esistenza di una soggettività di diritto internazionale dell'individuo B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, loc. cit., p. 434; T. TREVES, *Le controversie internazionali*, loc. cit., pp. 34-37.

⁹⁰ F. MUNARI, *Risoluzione pacifica*, loc. cit., p. 245.

⁹¹ *Ibidem*.

⁹² *Ibidem*.

re in un numero sempre più elevato di settori in precedenza rientranti nel dominio degli Stati, accanto alla comparsa degli individui nella loro veste di "privati", ha creato altresì le premesse per importanti cambiamenti in questo ordinamento dando origine, fra l'altro, a vere e proprie «branche particolari del diritto internazionale»⁹³. Nel settore specifico della risoluzione delle controversie, tale attitudine ha gettato le basi per una «giurisdizionalizzazione del diritto internazionale»⁹⁴ con una estensione della «giurisdizione di giudici internazionali per composizione e basi giuridiche a materie e a parti in causa che finora erano rimaste fuori dall'ambito di competenza dei giudici internazionali»⁹⁵. Si tratta, allo stato attuale, di un «sistema giudiziario internazionale» ancora «non (...) unificato»⁹⁶ che, perciò, solleva «problemi di coordinamento tra metodi e meccanismi di soluzione delle controversie»⁹⁷ che meriterebbero di essere affrontati attraverso «specifiche disposizioni»⁹⁸. Questa evoluzione del diritto internazionale in materia di «controversie fra Stati e privati» secondo la dottrina «ha fatto toccare con mano come i confini tra diritto regolante rapporti tra Stati e diritto regolante rapporti tra privati siano labili e incerti e come procedimenti di soluzione di controversie a cui partecipino privati possano presentare analogie profonde con procedimenti giurisdizionali o arbitrali internazionali»⁹⁹.

La tendenza, fin qui descritta a livello universale, ha ingenerato reazioni anche più radicali ed eclatanti a livello regionale europeo: in particolare, è nell'ambito dell'Unione europea che il trasferimento alle Istituzioni Ue di competenze tradizionalmente rientranti nella sovranità normativa (*domestic jurisdiction*) degli Stati membri – descritto, come si vedrà, nei termini di una «comunitarizzazione»¹⁰⁰ del diritto – è stato considerato una vera e propria rivoluzione¹⁰¹ che ha portato alla nascita di un ordinamento nuovo, *sui generis*¹⁰², che riproduce i tratti tipici del modello statale con un'articolazione del

⁹³ T. TREVES, *Le controversie internazionali*, cit. supra, nota 87, p. 33.

⁹⁴ B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, cit. supra, nota 26, p. 434.

⁹⁵ T. TREVES, *Le controversie internazionali*, loc. cit., p. 33.

⁹⁶ *Ivi*, p. 49. Sull'estensione di tale giurisdizione agli individui v. *ivi*, pp. 38-39.

⁹⁷ *Ivi*, p. 48 ss. Quelli indicati, peraltro, costituiscono problemi che, per quanto «finora considerati solo raramente nell'ambito del diritto internazionale» appaiono, tuttavia, non dissimili da quelli «ben noti nell'ambito dei diritti interni e, in particolare del diritto internazionale privato e processuale degli Stati, quali la litispendenza, la cosa giudicata, il cosiddetto "forum shopping"»: così T. TREVES, *Le controversie internazionali*, cit. supra, nota 87, p. 49; v. al riguardo anche, *ivi*, pp. 57-58.

⁹⁸ *Ivi*, pp. 49-50. Sulla risoluzione di questi problemi v. anche, *ivi*, p. 35.

⁹⁹ Le citazioni sono di T. TREVES, *Le controversie internazionali*, loc. ult. cit., p. 35.

¹⁰⁰ F. POCAR, *La comunitarizzazione del diritto internazionale privato: una "European Conflict of Law Revolution"?*, in *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2000, p. 837 ss.

¹⁰¹ Descrive il fenomeno giuridico comunitario in termini di «rivoluzione» A. BONOMI, *Il diritto internazionale privato*, cit. supra, nota 81, p. 2.

¹⁰² B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, loc. cit., p. 161 ss.

sistema normativo in tante branche giuridiche che riflettono buona parte di quelle presenti all'interno degli ordinamenti degli Stati. Lo spostamento della produzione normativa dal piano statale a quello internazionale di settori, anche di estrema delicatezza ed importanza, si è caratterizzato, infatti, in quest'ambito, per il progressivo abbandono del metodo c.d. «intergovernativo» classico del diritto internazionale, a favore del metodo c.d. «comunitario» che prevede l'esercizio del potere decisionale, da parte delle Istituzioni europee competenti, secondo le procedure e i limiti convenzionalmente concordati dagli Stati membri nei trattati istitutivi. È in questo contesto che ha avuto origine anche il c.d. «diritto internazionale privato comunitario o europeo»¹⁰³, il «diritto internazionale privato europeo dei contratti»¹⁰⁴, il «diritto di famiglia europeo»¹⁰⁵ e altri settori del diritto che verrebbero a costituire corrispondenti ramificazioni nel diritto europeo. È peraltro nell'ambito del c.d. diritto processuale europeo che «l'unificazione del diritto materiale o del dip» ha raggiunto risultati più che apprezzabili, sulla scorta dei quali si è data origine ad una «giurisdizione comunitaria»¹⁰⁶ e, in virtù dei quali, inoltre, oggi la «sentenza "comunitaria" è un provvedimento che dispiega già di per sé un'efficacia pan-europea nell'intero territorio della UE per il solo fatto di essere pronunciata da un'autorità giudiziaria che – nella materia civile e commerciale – è dunque espressione (quanto meno) di una delega amplissima di sovranità giurisdizionale»¹⁰⁷. È infine in ambito comunitario che la categoria concettuale delle fattispecie (e, quindi, delle controversie) «connotate da transfrontalierità» – che qui si sono distinte, a seconda del loro carattere, in «intracomu-

¹⁰³ Così T. TREVES, *Le controversie internazionali*, cit. supra, nota 87, p. 49.; G. ALPA - R. DANOVI (a cura di), *Diritto privato europeo. Fonti ed effetti*, Milano, Giuffrè, 2004; N. LIPARI, *Diritto privato e diritto privato europeo*, in *Riv. trim. dir. e proc. civ.*, 2000, p. 23 ss.; C. CASTRONOVO - S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, vol. I, *Fonti persone famiglia*, Milano, Giuffrè, 2007.

¹⁰⁴ In tal senso v. Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo dell'11 luglio 2001, in materia di diritto europeo dei contratti [Com(2001)398 def.], in *Guce* n. L 255 del 13 settembre 2001. Per un riscontro di tali definizioni nella dottrina v. F. RAGNO, *Il nuovo diritto internazionale privato europeo dei contratti con i consumatori*, in *Obbligazioni e contratti*, 2010, p. 45 ss.; V. ZENO-ZENCOVICH, *Il diritto europeo dei contratti (verso la distinzione fra "contratti commerciali" e "contratti dei consumatori")*, in P. CENDON (a cura di), *Scritti in onore di Rodolfo Sacco*, Milano, Giuffrè, 1994, p. 1263 ss.; A. GENTILI, *I principi del diritto contrattuale europeo: verso una nuova nozione di contratto?*, in *Riv. dir. priv.*, 2001, p. 24 ss.; G. ALPA - R. DANOVI, (a cura di), *Diritto contrattuale europeo e diritto dei consumatori. L'integrazione europea e il processo civile*, Milano, Giuffrè, 2003.

¹⁰⁵ In tal senso v. M. C. ANDRINI (a cura di), *Un nuovo diritto di famiglia europeo*, Padova, Cedam, 2007; N. A. BAARSMA, *The Europeanisation of International Family Law*, The Hague, T.M.C. Asser Press, 2011; J. MEEUSEN - M. PERTEGAS - G. STRAETMANS - F. SWENNEN (eds.), *International Family Law for the European Union*, Antwerpen-Oxford, Intersentia, 2007; B. STARK, *International Family Law: an Introduction*, Aldershot, Ashgate, 2005.

¹⁰⁶ Cfr. sul punto P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato*, cit. supra, nota 84, p. 75.

¹⁰⁷ M. DE CRISTOFARO, *La crisi del monopolio statale dell'imperium all'esordio del titolo esecutivo europeo*, in *IN'l Lis*, 2004, pp. 141, 142, nota 8, nonché in C. CONSOLO - M. DE CRISTOFARO, *Il diritto processuale civile internazionale*, Milano, Ipsoa, 2006, p. 1109.

nitarie» ed «extracomunitarie»¹⁰⁸ – ha finito per assimilare categorie di rapporti molto diversi fra loro (vanificando, in primo luogo, la distinzione fra le fattispecie comuni e le fattispecie connotate da estraneità, ma altresì quella stessa fra fattispecie statali soggette e non soggette al diritto comunitario), sulla scorta di un generico e imprecisato «obbligo» per gli Stati membri di «rispetto del diritto comunitario»¹⁰⁹.

Sennonché, i commenti relativi ai cambiamenti derivanti dal fenomeno di progressivo trasferimento dei meccanismi della produzione giuridica dal livello statale al livello internazionale, non si sono limitati a stabilire analogie o affinità fra il d.i.p. (e, più in generale, il diritto interno) da un lato, e il diritto internazionale e (ancora di più) europeo-comunitario dall'altro, preoccupandosi di tradurle simultaneamente in una chiave terminologica e concettuale *ad hoc*, ma si sono spinti a rimarcare le conseguenze giuridico-strutturali di questo fenomeno affermando l'esistenza, allo stato attuale, di un rapporto di continuità fra quei due ordini giuridici che, in passato, non solo è stato criticato, ma considerato del tutto privo di un fondamento giuridico. Si intende qui fare riferimento a coloro che – solo per limitarci ai temi che qui interessano – auspicano l'«estensione», alle controversie connotate da estraneità, del regime di diritto internazionale (ex art. 33 ss. Carta ONU) vigente per la mediazione delle «controversie fra i soggetti internazionali» da attuarsi «trasferendo i principi che regolano il contenzioso tra gli stati al settore privatistico»¹¹⁰; o ancora di coloro che già oggi rinvergono il fondamento della mediazione statale nel diritto internazionale¹¹¹. Del pari, si intende qui fare cenno a quell'opinione che, nell'ambito delle «esperienze internazionali» cui è applicabile la mediazione, assimila «la conflittualità eventualmente insorgente tra Stati» a quella fra «privati» regolata dal diritto degli Stati¹¹²; inoltre a quell'opinione,

¹⁰⁸ Cfr. sul punto P. DE CESARI, *Diritto internazionale privato*, cit. *supra*, nota 84, p. 75.

¹⁰⁹ Con riguardo al detto «obbligo», si vedano le diverse enunciazioni dello stesso nella seguente giurisprudenza della Corte di giustizia: sentenza del 7 luglio 1992 in causa n. C-369/90, *Micheletti e altri c. Delegación del Gobierno en Cantabria*, in *Raccolta*, 1992, I, p. 4239, par. 10; sentenza dell'11 novembre 1999 in causa n. C-179/98, *Stato belga c. Mesbah*, in *Raccolta*, 1999, I, p. 7955, punto 29; sentenza del 2 ottobre 2003 in causa n. C-148/02, *Garçia Avello c. Stato belga*, in *Raccolta*, 2003, I, p. 11613, par. 25 e annotata in questa *Rivista*, 2004, p. 58; sentenza del 19 ottobre 2004 in causa C-200/02, *Zhu-Chen c. Secretary of State for the Home Department*, in *Raccolta*, 2004, I, p. 9925, punto 37 e annotata in questa *Rivista*, 2005, p. 89; sentenza del 2 marzo 2010 in causa n. C-135/08, *Rottman c. Freistaat Bayern*, in *Raccolta*, 2010, I, p. 1449, par. 62, ma anche par. 41 e 44 e annotata in questa *Rivista*, 2010, p. 291.

Più in generale, sul carattere "incompleto" e "contraddittorio" di alcune delle pronunce Corte di giustizia v. da ultimo F. CAPELLI, *La sentenza della Corte di giustizia non deve limitarsi a fornire l'interpretazione corretta della normativa applicabile, ma deve anche essere di ausilio per il giudice nazionale tenuto a risolvere il caso concreto*, in questa *Rivista*, 2011, p. 79 ss.

¹¹⁰ C. BIANCO, *Mediazione Internazionale. Dall'UE alla conciliazione tra Italia e Nord Africa*, in *Europa & Mondo*, 2011, in www.areafamily.it, p. 1.

¹¹¹ Così M. MARZARIO, *La mediazione familiare*, in *Filodiritto*, 2005, www.filodiritto.com/index, p. 2.

¹¹² Così R. PERRONE CAPANO, *La conciliazione: esperienze internazionali e principi comunitari*, in *Innovazione e diritto*, 2011, p. 22 ss. Per questa confusione v. altresì P. GIANNITI -

secondo cui le controversie e, in generale la «mediazione transnazionale» compresa quella regolata dalla direttiva n. 2008/52/Ce, concerne «un metodo conciliativo a livello delle relazioni internazionali che coinvolgono soggetti privati e/o pubblici. Soggetti, quindi, aventi uno *status* o una legittimazione in seno agli ordinamenti giuridici nazionali ovvero alla comunità internazionale»¹¹³. Infine, si vuole qui fare riferimento a quell'opinione secondo cui «la natura dei *conflitti internazionali* negli ultimi anni è molto cambiata» e che essi ormai includono anche «i conflitti umanitari» che si originano «all'interno degli Stati»¹¹⁴.

Le conseguenze di queste opinioni non possono essere affatto sottovalutate e, tantomeno, ignorate: esse investono, infatti, problematiche fondamentali che si riflettono su una chiara percezione del diritto internazionale privato, della sua natura e dei suoi rapporti con un diritto diverso da quello statale. Tanto più che, quelle ora riferite, sono opinioni che provengono, prevalentemente, da operatori del mondo della mediazione e, cioè, proprio da coloro che sono chiamati ad applicare la disciplina della mediazione ai casi della prassi, con le inevitabili ricadute che sulle stesse un tale approccio comporta. Occorre, pertanto, sottoporre a verifica tali opinioni al fine di accertare se esse – e le trasformazioni che inducono nella materia – abbiano un fondamento nella realtà giuridica attuale: argomento, questo, che sarà oggetto del prossimo paragrafo.

6. La mediazione come mezzo di risoluzione delle «controversie connotate da estraneità» alla luce del diritto internazionale privato nei suoi rapporti con il diritto dell'Unione europea

I cambiamenti che hanno interessato il diritto internazionale privato e, nel caso di specie, i suoi istituti in seguito all'avvicinarsi di fonti di diritto internazionale ed europeo a regolamentazione dello stesso sembrano, secondo la dottrina esaminata al paragrafo precedente, aver inciso anche profondamente sui caratteri di tale disciplina e sulle controversie che essa ha ad ogget-

R. PICCIONE, (a cura di), *La mediazione professionale nel sistema degli A.D.R.*, Torino, Utet, 2012, spec. p. 547.

¹¹³ Così G. BERNINI, *La mediazione transfrontaliera*, cit. supra, nota 84, p. 3. In senso analogo v. M. CICOGNA - G. DI RAGO - G. N. GIUDICE, *Manuale delle tecniche di mediazione nella nuova conciliazione*, Santarcangelo di Romagna, Maggioli, 2010, spec. p. 381 ss.; C. IURILLI, GRISAFI (a cura di), *La mediazione civile e commerciale. Raccolta di Lezioni*, Pontedera, Res Consulting Group, 2011, p. 87 ss.; B. VENTURI, *L'approccio multilivello alla mediazione internazionale*, in Quaderni della Mediazione, 2010, p. 3.

¹¹⁴ Così L. COMINELLI, *Mediatore internazionale nei conflitti umanitari*, in *MondoADR*, www.adr.it, 2009, p. 1. La stessa dottrina aggiunge che, a fronte della nuova situazione, «è dunque diverso anche il tipo di mediatori richiesti» giudicando come «fallimentari», in proposito, «le armi tradizionali della diplomazia» e, in particolare, quelle delle «organizzazioni internazionali di tipo istituzionale» del calibro delle Nazioni Unite.

to. Questi approcci, a ben guardare, rievocano esperienze già note al d.i.p. e finiscono, perciò, per riaprire vecchie dispute che il dibattito scientifico pareva avere ormai superato: si intende qui fare riferimento alla questione della natura giuridica del d.i.p. e dei suoi rapporti con il diritto internazionale. Conviene richiamare brevemente questi principi, specie per i riflessi che essi sono suscettibili di svolgere anche in relazione alla realtà comunitaria. Occorre ricordare, in proposito, che l'applicazione della teoria internazionalistica al d.i.p. si è rivelata inadeguata¹¹⁵: già da tempo la dottrina ha chiarito che il d.i.p. costituisce un ramo del diritto statale e che, nonostante la sua definizione, esso non ha alcun fondamento nel diritto internazionale. In particolare, non esiste una norma generale internazionale che obblighi gli Stati a emanare una normativa di d.i.p.; più in generale, non esiste nel diritto consuetudinario internazionale una norma che costituisca il fondamento dello Stato e di tutto il diritto che da esso promana¹¹⁶. L'inesistenza di un siffatto fondamento – determinando un vuoto, una discontinuità fra le diverse comunità umane costituite in Stato che rappresenta la causa responsabile dell'assenza di una «comunità universale di diritto pubblico» e, quindi, di un «diritto internazionale dell'umanità»¹¹⁷ – implica che lo Stato, le sue funzioni, la sua organizzazione, il suo sistema di produzione giuridica e ogni altra sua manifestazione (incluso il suo rapporto con i cittadini) vengano in rilievo per l'ordinamento internazionale come «fatto», anziché come «fenomeno di diritto»¹¹⁸. In questo senso, anche le partizioni (o branche) in cui generalmente il diritto statale si declina appaiono irrilevanti per il diritto internazionale: nel diritto internazionale, pertanto, non è dato distinguere fra diritto pubblico e privato¹¹⁹ come, del resto, non è dato rinvenire un diritto penale, civile, amministrativo, commerciale, ecc. La circostanza che il d.i.p. abbia natura statale, e che tale carattere rivesta tutta la sua produzione giuridica, «non significa escludere» tuttavia «che possano esistere e che esistano effettivamente norme di vero e proprio diritto internazionale in materia di diritto internazionale privato»¹²⁰. Al contrario, nu-

¹¹⁵ Per una critica alla ricostruzione del d.i.p. in chiave "internazionalistica" R. AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Milano, Giuffrè, 1955, p. 12 ss.; R. QUADRI, *Lezioni di diritto internazionale privato*, Napoli, Liguori, 1969, p. 78 ss.; E. VITTA, *Corso di Diritto internazionale*, cit. supra, nota 50, pp. 31-32.

¹¹⁶ Si tratta della tesi sulle origini dello Stato e dei suoi elementi costitutivi sostenuta da G. ARANGIO RUIZ, *Stati e altri enti*, voce del *Noviss. Dig. it.*, 1957, p. 132 ss., spec. pp. 136, 144-145.

¹¹⁷ Le due definizioni sono di G. ARANGIO RUIZ, *Stati e altri enti*, loc. cit., pp. 143, 145. Sulla mancanza di continuità fra l'ordinamento interno e quello internazionale anche sotto il profilo giurisdizionale v. P. DE SENA, *Giustizia internazionale*, in *Jura Gentium*, III, 2007, www.juragentium.org., p. 14; N. RONZITTI, *Crimini internazionali individuali, tribunali interni e giustizia penale internazionale*, in SIDI (a cura di), *Cooperazione fra Stati e giustizia penale internazionale*, Atti del III Convegno SIDI (Siena, 12 e 13 giugno 1998), Napoli, Editoriale Scientifica, 1999, pp. 17, 19-20.

¹¹⁸ Così R. AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, loc. cit., p. 39.

¹¹⁹ V. per tutti v. G. ARANGIO RUIZ, *Stati e altri enti*, loc. cit., pp. 185, 189.

¹²⁰ G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale*, cit. supra, nota 49, p. 14.

merose sono ormai (grazie alla «illimitata potenzialità dell'accordo»¹²¹) le misure di diritto internazionale che regolano questo particolare settore del diritto statale. L'atteggiamento che, tuttavia, il diritto internazionale assume riguardo a questa materia «non è diverso dall'atteggiamento che esso può assumere rispetto a qualsiasi altra parte del diritto interno degli Stati a cui esso si indirizza»¹²². Qualificandosi l'attività normativa del legislatore come un «semplice fatto sprovvisto di carattere giuridico, e che soltanto in questa qualità [esso] può formare oggetto delle norme giuridiche internazionali»¹²³, il diritto internazionale si limita in questi casi ad «imporre allo Stato l'obbligo di inserire nell'ordinamento interno date norme di diritto internazionale privato, non diversamente da quanto potrebbe fare rispetto a norme di diritto civile, commerciale o marittimo»¹²⁴. Nell'ipotesi in esame, dunque, «l'attività legislativa dello Stato» assume rilevanza «non quale attività produttiva di norme» bensì quale «esplicazione»¹²⁵ (in termini di "adattamento") di un obbligo internazionale nell'ordinamento nazionale. Posta in questi termini la questione, sul piano internazionale appare corretto distinguere fra «diritto interno internazionalmente rilevante e diritto interno internazionalmente irrilevante»¹²⁶. Il problema vero, quindi, è quello di sapere se esistano obblighi internazionali che impegnino il nostro Stato ad adottare norme di d.i.p. in esecuzione di specifici obblighi internazionali¹²⁷. Ed è proprio sotto questo aspetto – sotto cioè l'aspetto dell'evoluzione del suo "contenuto" – che il diritto internazionale ha registrato importanti sviluppi e cambiamenti in relazione a molti settori del diritto interno, fra i quali appunto anche il d.i.p.¹²⁸.

D'altro canto, non bisogna dimenticare che questo settore, proprio per le sue peculiarità rispetto ad altri settori del diritto statale, ha rappresentato fin dall'origine un fondamentale banco di prova per testare il rapporto fra diritto interno e diritto internazionale nei termini ora ricordati: è proprio lo studio delle particolari caratteristiche del d.i.p. che ha consentito alla scienza internazionalistica di individuare i principi cardine del regime cui tale rapporto è

¹²¹ G. ARANGIO RUIZ, *Stati e altri enti*, cit. supra, nota 116, p. 197. Più recentemente, su questi temi v. anche P. DE SENA, *Giustizia internazionale*, cit. supra, nota 117, p. 1 ss.

¹²² G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale*, cit. supra, nota 49, p. 14.

¹²³ R. AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, cit. supra, nota 115, p. 39.

¹²⁴ G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale*, loc. cit., p. 14. Per una critica del tutto attuale alla teoria dell'adattamento implicita in queste posizioni v. G. ARANGIO RUIZ, *Gli enti soggetti dell'ordinamento internazionale*, Milano, Giuffrè, 1951, pp. 192-224.

¹²⁵ Le citazioni sono di R. AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, loc. cit., p. 39; nello stesso senso v. anche G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale*, loc. cit., p. 14.

¹²⁶ R. AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, loc. ult. cit., p. 39. Su questi aspetti cfr. G. ARANGIO RUIZ, *Stati e altri enti*, loc. cit., pp. 193, 204.

¹²⁷ G. MORELLI, *Elementi di diritto internazionale*, loc. ult. cit., p. 14.

¹²⁸ Circa il fatto che l'"evoluzione" del diritto internazionale odierno riguardi i suoi contenuti, anziché i suoi aspetti di organizzazione e produzione giuridica v. P. DE SENA, *Giustizia internazionale*, loc. cit., pp. 7, 8.

sottoposto. Basterebbe, quindi, avere presenti questi principi, per avere contezza del regime di rapporti che intercorrono fra il d.i.p. e il diritto internazionale e, *tout court*, fra quest'ultimo e ogni altro ramo del diritto interno¹²⁹.

Principi, quelli ora illustrati, per i quali non esiste ragione che ne escluda l'applicazione anche all'Unione europea e, in particolare, ai rapporti fra le fonti della sua produzione giuridica e quelle degli Stati membri, anche nel settore di cui si tratta. Anzi, in proposito, è il caso di chiarire che l'applicazione di questi principi contribuisce a rendere più chiaro e comprensibile il complesso meccanismo con il quale questi due ordini normativi vengono ad interfacciarsi.

L'Unione europea rappresenta ad oggi la più importante realtà normativa derivata dalla stipula di un trattato, e cioè da una fonte internazionale, i cui caratteri istituzionali, organizzativi e decisionali – ispirati a criteri di continuità nella «produzione giuridica» e di «effettività» nella sua attuazione pratica¹³⁰ – non hanno precedenti nell'esperienza internazionale e, proprio per questo, sono tuttora al centro della riflessione dottrinale. È noto che una parte della dottrina interpreta le citate caratteristiche dell'UE come indicative della sua natura di ente «sovranzionale»¹³¹ e, finanche, di ente «sovrano»¹³² o «quasi-federale»¹³³, che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri, ma anche i loro cittadini¹³⁴, che è dotato di poteri sovrani o pubblici¹³⁵ ed è titolare di una personalità internazionale distinta da quella degli Stati membri¹³⁶. Contrastano, tuttavia, con un tale inquadramento giuridico gli esiti dell'esame della normativa in tema di mediazione¹³⁷ che hanno dimostrato che, in questo contesto, i risultati giuridici – anche quelli materiali – realizzati dall'Unione risultano avvicinarsi, più che a quelli delle realtà statuali a quelli (peraltro più avanzati¹³⁸), delle organizzazioni internazionali agenti nel settore, specie a li-

¹²⁹ Cfr. R. AGO, *Lezioni di diritto internazionale privato*, cit. *supra*, nota 115, pp. 39-40.

¹³⁰ Sulla circostanza che i due aspetti indicati nel testo, costituiscano «una grande limitatezza e quindi debolezza» del diritto internazionale v. R. AGO, *Lezioni di diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 1943, p. 113; v. anche *ivi*, pp. 116-117; sulla necessità di procedere al superamento di tali limiti attraverso «una vera e profonda rivoluzione» v. *ivi*, p. 120. Da ultimo, su questi aspetti e, in particolare, sul fatto che «l'attuazione coercitiva delle norme internazionali (...) continua ad esser ritenuta la ragione di maggiore debolezza dell'ordinamento internazionale come fenomeno giuridico» v. P. DE SENA, *Giustizia internazionale*, cit. *supra*, nota 117, spec. p. 12.

¹³¹ E. TRIGGIANI, *L'Unione Europea secondo la riforma di Lisbona*, supplemento speciale di *SudinEuropa*, Bari, Levante ed., 2008, pp. 14, 17.

¹³² Così L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2010, p. 42.

¹³³ V. F. SORRENTINO, *Profili costituzionali dell'integrazione comunitaria*, Torino, Giappichelli, 1995, p. 15 ss.

¹³⁴ Così L. DANIELE, *Diritto dell'Unione europea*, loc. cit., p. 42.

¹³⁵ V. *ivi*, pp. 42, 43; F. SORRENTINO, *Profili costituzionali*, cit. *supra*, nota 133, p. 5 ss.

¹³⁶ V. E. TRIGGIANI, *L'Unione Europea*, loc. cit., p. 19.

¹³⁷ *Supra*, par. 4.

¹³⁸ In tal senso, v. *supra*, par. 4.

vello universale. La disciplina adottata, in effetti, non solo non è tale da imporsi negli ordinamenti degli Stati membri con un'«efficacia diretta» ed «uniforme», con la conseguenza di prevalere sul diritto interno degli Stati membri in caso di incompatibilità con esso; ma, inoltre, non è riuscita a realizzare nemmeno un livello minimo di armonizzazione nella normativa degli Stati membri che potesse esprimersi nell'individuazione di un nucleo di principi, regole e valori effettivamente condivisi fra gli Stati partecipanti all'iniziativa. Essa non è riuscita ad affrontare, neppure, i problemi tipici del d.i.p. in tema di mediazione, quali quello della individuazione del mediatore competente, della determinazione e conoscenza della legge applicabile e del riconoscimento ed esecuzione delle transazioni private derivanti dal procedimento di mediazione. L'Unione ha, cioè, dimostrato che la novità che essa incarna – rappresentata dalla stretta forma di integrazione fra gli Stati membri che, come tale, si esprime, innanzitutto, attraverso i caratteri della sua produzione normativa – non rappresenta una costante della propria azione giuridica.

Questo, invero, non è né l'unico, né il principale aspetto sul quale sia possibile misurare il rapporto fra l'Unione europea e i suoi Stati membri, accertando se esso possa essere valutato alla stregua degli stessi principi che regolano il rapporto fra il diritto internazionale e il diritto interno degli Stati. È infatti l'analisi del c.d. d.i.p. comunitario nel suo complesso che, a ben guardare, fornisce la prova decisiva della mancata trasformazione, anche a livello regionale, del diritto internazionale (prima ancora che quello comunitario) in un fenomeno "sovranazionale": è in questo settore, più che in ogni altro, infatti, che l'asserita "superiorità" del diritto dell'Unione mostra tutta la sua debolezza e la sua precarietà. Quanto suole comunemente definirsi come «diritto internazionale privato comunitario», alludendo con esso ad un settore autonomo e specifico del diritto UE, costituisce infatti la principale indicazione a sfavore della rivendicata rivoluzione realizzata dal fenomeno comunitario in ambito internazionale: lungi, in effetti, dal rappresentare un d.i.p. suscettibile di subentrare ai d.i.p. vigenti negli Stati membri, inglobandoli¹³⁹ in una trama normativa integrata, continua e unitaria, il d.i.p. comunitario, al contrario, li ha lasciati sopravvivere. Talché il carattere di "specialità" che si dice esso assuma rispetto al diritto comune, vigente negli Stati membri, non è affatto quello che opera fra fonti appartenenti al medesimo ordinamento, secondo la logica tipica di un «ordinamento plurilegislativo»¹⁴⁰, ma è la conseguenza di un'attività interna di adattamento ad un obbligo internazionale che opera, no-

¹³⁹ Ciò che, in effetti, «bisognerebbe dimostrare», in questi casi, è (per usare le parole di G. ARANGIO RUIZ, *Stati e altri enti*, cit. *supra*, nota 116, p. 184) «non già che il diritto interno incorpora il diritto internazionale bensì che il diritto interno è incorporato nel diritto internazionale: ed una incorporazione in tal senso non risulta dimostrata».

¹⁴⁰ Sul quale v., per tutti, F. MOSCONI - C. CAMPIGLIO, *Diritto internazionale privato e processuale*, cit. *supra*, nota 51, p. 242.

toriamente, fra ordinamenti indipendenti e sovrani (quali si presentano gli Stati membri nella realtà giuridica dell'Unione europea). In altre parole, la determinazione della legge applicabile nel diritto dell'Unione europea, non si attua secondo lo schema del «conflitto di leggi interne», ma secondo lo schema (tipico del d.i.p.) del «conflitto tra leggi statali» e, cioè, tra leggi di Stati giuridicamente separati. D'altro canto, avrebbe ben poco senso parlare di un d.i.p. comunitario applicabile ai rapporti fra privati appartenenti agli Stati membri ove questi fossero collegati da un rapporto di continuità giuridica e normativa facente capo all'Unione.

Le conseguenze di questo paradosso si sono rese evidenti, con effetti iniqui, e dunque assai sconvenienti sul piano dei rapporti di cooperazione interstatali, come ha sottolineato la dottrina¹⁴¹, in seguito alle rilevate forzature prodotte dall'intervento del diritto comunitario nei settori regolati dal d.i.p. degli Stati membri: si intende fare qui riferimento al fenomeno delle c.d. discriminazioni alla rovescia che (ammettendo il riconoscimento, senza giusto fondamento, di trattamenti differenziali fra i cittadini degli Stati membri) ha impresso un grave *vulnus* alla pretesa unità del diritto UE fornendo un segnale eloquente della vera causa del suo scollamento rispetto al diritto degli Stati.

Quanto fin qui osservato, si badi, lungi dal gettare ombra o discredito sui meccanismi del diritto comunitario ne reclama, oggi più che mai, il funzionamento posto che esso, in passato, ha dimostrato livelli di continuità e di efficacia di gran lunga superiori a quelli del diritto statale. Si presenta quindi, la necessità che esso, specie nei settori più sensibili e vulnerabili, come quello di cui si tratta, relativo ai mezzi di tutela dei diritti individuali, dia atto del suo "valore aggiunto", sostenendo i punti di forza della sua originalità, quest'ultima da riguardarsi non tanto come un elemento "irreversibile" del processo di costituzione e integrazione europea quanto, invece, come uno strumento insostituibile per il progresso degli stessi Stati.

Loredana Mura*

SINTESI

La mediazione, quale tipica tecnica ADR (Alternative Disputes Resolution), è stata recentemente oggetto di attenzione da parte del diritto delle organizzazioni internazionali – agenti tanto a livello universale quanto regionale – e degli Stati, specie

¹⁴¹ Così E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni «a rovescio»*, in *Dir. Un. Eur.*, 1996, p. 351 ss.; F. SPITALERI, *Le discriminazioni alla rovescia nel diritto dell'Unione europea e nell'ordinamento interno*, Roma, Aracne, 2010, p. 109 ss. In tema di discriminazioni alla rovescia, si vedano I. ZOPPI, *Le discriminazioni a rovescio*, in questa *Rivista*, 2006, p. 795 ss.; F. CAPELLI, *L'efficacia delle direttive: due modeste proposte per risolvere un problema antico*, in questa *Rivista*, 2004, p. 755 ss.; ID., *E legittima la "discriminazione alla rovescia" imposta per tutelare la qualità della pasta alimentare italiana*, in questa *Rivista*, 1994, p. 421 ss.

* Ricercatrice di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Brescia.

in relazione alle controversie connotate da estraneità. I risultati conseguiti – a partire da quelli concernenti la definizione delle caratteristiche di base della mediazione – tuttavia, sono insoddisfacenti in quanto non rispondono ai bisogni reali della materia, come dimostrano i numerosi ricorsi presentati, davanti alle corti nazionali ed europee, in relazione alle vigenti normative. In particolare, l'Unione europea – nonostante l'alto grado di integrazione esistente fra i sistemi giuridici dei suoi Stati membri – non è riuscita a realizzare l'uniformità normativa necessaria all'effettivo funzionamento dell'istituto della mediazione. È, perciò, auspicabile che l'Unione europea, anche in questo delicato settore del diritto internazionale privato, venga ad assumere il ruolo autorevole ed insostituibile che è stata in grado di svolgere in altri settori rientranti nella sua attività.

ABSTRACT

Mediation, as a typical ADR (Alternative Disputes Resolution) technique, has been recently considered by the law of international organizations - acting at universal as well as at regional level - and States, especially with regard to disputes involving foreign elements. However, the results achieved – starting from the definition of the fundamental characteristics of mediation - are unsatisfactory as they don't fit the real needs in that field, as shown by the numerous cases filed before national and European courts, challenging the adopted regulations. In particular, the European Union – in spite of the high degree of juridical integration among its Member States – hasn't obtained the goal of uniformity necessary for the effective functioning of mediation. That's the reason why the European Union should assume, in this delicate field of private international law, the authoritative and irreplaceable role that it has been able to develop in other sectors falling within its area of activity.

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

RELAZIONE DEL PRIMO PRESIDENTE DELLA CORTE DI CASSAZIONE IN OCCASIONE DELL'INAUGURAZIONE DELL'ANNO GIUDIZIARIO

(Omissis)

II. Giurisprudenza nazionale e giudici europei nel 2012*

1. *L'Europa all'epoca della crisi.*

L'anno che si è appena chiuso è stato uno dei più difficili e controversi per ciò che concerne lo sviluppo dei rapporti tra Istituzioni europee nel loro complesso e Stati nazionali.

Indubbiamente la grave crisi economica e finanziaria che colpisce l'Europa ormai da quasi cinque anni ha avuto una forte influenza sull'opinione pubblica, che con difficoltà riesce a percepire l'insieme delle istituzioni europee come motori di diritto, giustizia e prosperità.

Mentre si fa più concreto il passaggio dall'Europa dei mercati all'Europa dei diritti, l'Unione appare ancora a molti un'entità sovranazionale poco democratica, erogatrice di sacrifici, in stretta connessione alla sua debolezza politica.

Come è stato autorevolmente osservato¹¹, uno dei pochissimi vantaggi dell'attuale crisi è nell'avere finalmente condotto il dibattito sull'Europa su

* Estratto dalla «Relazione sull'amministrazione della giustizia nell'anno 2012», Roma, 25 gennaio 2013, di E. Lupo, Primo presidente della Corte di cassazione. Il testo qui pubblicato riproduce fedelmente il documento originale (*n.d.r.*).

¹¹ A. TIZZANO, *Dall'unità nazionale all'integrazione sopranazionale*, in *Dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana*. Atti del seminario svoltosi in Roma. Palazzo della Consulta, 25 novembre 2011, Giuffrè, 2012, p. 69 e ss.

un terreno di realtà e concretezza, al di là di "eurofondamentalismi" ed "euroscetticismi", talché oggi si può affrontare un discorso sull'integrazione europea sotto un profilo più realistico.

Come si è già evidenziato, la crescente internazionalizzazione dei rapporti sociali ed economici ha messo in crisi non solo il dominio della ordinaria legge statale sul diritto, ma anche il monopolio dello Stato nazionale sulla giurisdizione.

La "fisiologica inettitudine"¹² degli ordinamenti giuridici nazionali a regolamentare in modo efficiente i rapporti transnazionali ha fatto sì che la disciplina tendesse a trasferirsi dal piano della legislazione statale ad istanze internazionali od astatali.

Il più significativo passaggio degli ultimi anni in ambito europeo va individuato nella comprensione dell'ordine sovranazionale come sistema giuridico generale che pone limiti agli ordini statali, aumentando e non diminuendo le garanzie per coloro che ne fanno parte, la cui forza sta proprio nel carattere espansivo dei diritti¹³. Mentre, al contempo, l'ordine sovrastatale pone vincoli a quelli nazionali anche sotto il profilo della democrazia, richiedendo istituzioni più democratiche.

A livello europeo, un ruolo normativo particolare è stato assunto dalle istituzioni sopranazionali, con il riconoscimento agli organismi dell'Unione del potere di emanare norme dotate di efficacia diretta, atte a prevalere sulle norme nazionali: da quel momento, ponendo al centro di tutto la tutela dei diritti fondamentali, la compenetrazione fra ordinamenti di *common law* e *civil law* e fra ordinamenti nazionali e sovranazionali ha vissuto un crescendo inarrestabile.

Al contempo, l'estensione della giurisdizione della Corte di giustizia, fino a porre i diritti fondamentali al centro delle situazioni giuridiche soggettive di cui garantisce l'osservanza, e il convergere nella stessa direzione della Convenzione europea dei diritti umani e delle Costituzioni nazionali, hanno imposto una cooperazione inizialmente inimmaginabile.

La partecipazione italiana al processo di integrazione che ne è conseguito è da decenni una strada largamente condivisa, pur non essendosi sviluppata secondo un percorso lineare. Nel corso degli anni si è passati dalle Comunità originarie ad un'Unione molto complessa, non solo dal punto di vista delle strutture, ma anche sul piano dei suoi processi istituzionali e delle sue competenze, secondo un percorso cui il nostro apparato statale ha cercato con molta fatica di adeguarsi.

¹² R. CAPONI, *Dialogo tra corti nazionali e corti internazionali*, libro dell'anno Treccani, in corso di pubblicazione, p. 3753.

¹³ Si veda, per un significativo richiamo ai *Core Labour Standards* fatti valere dall'Organizzazione Internazionale del Lavoro, nonché alla Convenzione europea dei diritti umani, S. CASSESE, *Il Mondo nuovo del diritto. Un giurista e il suo tempo*, Il Mulino, 2008, p. 35.

Con il trascorrere del tempo, tuttavia, le difficoltà sono andate riducendosi, soprattutto per effetto degli straordinari sviluppi del processo di integrazione: "come un fiume carsico che correva al di sotto dei clamori mediatici, quel processo è andato avanti con una progressione lenta ma costante, ed ha via via indebolito le resistenze degli organismi nazionali"¹⁴.

Già con l'introduzione nella Costituzione dell'art. 11 fu avviato l'impegno delle norme nazionali a consentire la "penetrazione" del diritto "superiore" in quello domestico¹⁵ (da cui discende il consenso delle norme interne all'apertura verso il diritto internazionale) per poi volgere verso un nuovo concetto di tutela uniforme più strettamente europeo, fondato sulla reciprocità come un principio guida tra l'Unione europea e i suoi Stati membri. Il controllo nell'applicazione di tale principio è compito della Corte di giustizia ma è, prima di tutto, compito del giudice interno, anche in sede di nomofilachia.

Nella fase successiva, è stato merito della Consulta assicurare un'efficace ed equilibrata soluzione dei problemi posti dai difficili meccanismi di integrazione, in assenza di una chiara soluzione nella Carta costituzionale ai quesiti ad essa connessi, non risolti e, se possibile, resi ancora più complessi con l'introduzione del nuovo art. 117 Cost.; senza tale norma, tuttavia, non si sarebbero avute le note pronunzie nn. 348 e 349 del 2007¹⁶ – nonché le altre dello stesso segno che le hanno seguite – con la conseguente apertura di un nuovo corso nei rapporti fra ordinamento interno e ordinamento sovranazionale.

Il primato del diritto europeo, riconosciuto dalla nostra Corte a partire dalla sentenza *Granital*¹⁷, ha ormai assunto una dimensione nuova che rifugge i tradizionali criteri di soluzione delle antinomie (cronologico, gerarchico, di specialità, di competenza), la cui tendenziale insufficienza (in particolare, l'inidoneità del criterio gerarchico con riferimento ai rapporti fra ordinamento interno e ordinamenti sovranazionali) impone un diverso approccio che orienti l'interprete verso la struttura "reticolare", che richiede una intensa cooperazione fra i protagonisti dell'ordinamento interno e quelli dell'ordinamento europeo.

2. L'integrazione europea nel 2012.

Anche nel 2012 la strada dell'integrazione europea non è stata piana per l'Italia; come e più che in altri anni sono emerse spinte contrapposte e dati

¹⁴ A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 71.

¹⁵ S. CASSESE, *Il mondo nuovo del diritto*, cit., *passim*.

¹⁶ Corte Cost. nn. 348 e 349 del 2007, in *Giur. cost.* 2007, pp. 3475 e 3564, con nota di M. CARTABIA, *Le sentenze "gemelle": diritti fondamentali, fonti, giudici*; in *Foro it.*, 2008, I, 39, con nota di F. GHERA, *Una svolta storica nei rapporti del diritto interno con il diritto internazionale patrizio (ma non in quelli con il diritto comunitario)*, su cui v. *postea*.

¹⁷ Corte cost. 8 giugno 1984, n. 170, pronunzia nella quale la Corte conservava la propria opzione "dualista" a fronte di quella "monista" seguita dal Giudice di Lussemburgo.

dissonanti: è stato l'anno in cui il maggior numero di condanne per procedure di infrazione è stato conseguito dal nostro Paese, ma è stato anche un anno al cui epilogo è stata adottata la legge n. 234 del 2012 (entrata in vigore la settimana scorsa) che introduce la nuova disciplina.

Questa paradossale contraddizione trova, ancora una volta, un punto di equilibrio e di sutura, come si vedrà, nell'attività giurisdizionale, alla luce del principio secondo cui il grado di maggiore o minore apertura di un ordinamento a valori affermati sul piano internazionale, dipende non tanto dalla sua struttura formale, quanto dalla consapevolezza dell'interprete¹⁸, che sempre più assume il ruolo di protagonista del divenire e del progresso del diritto, anche e soprattutto nella dimensione sovranazionale.

La globalizzazione spaventa, ma è ormai diffusa l'idea che l'ordine globale rafforzi libertà e democrazia. È questo il grande salto cui si è assistito negli ultimi anni e a cui ha contribuito in modo determinante l'opera dei giudici di merito e di legittimità. Tale processo si è intensificato ed è stato reso più incisivo quando si è riconosciuta forza giuridica vincolante alla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione: con la cd. comunitarizzazione del terzo pilastro si è fatto il resto.

Di tale percorso è nuovamente protagonista l'interprete, così come lo fu dopo l'avvento della Costituzione repubblicana.

La comparazione giuridica, indispensabile perché i confini europei sono mobili e i cittadini si spostano portandosi dietro le peculiarità dei loro ordinamenti, è solo uno degli aspetti di questo allargamento di prospettive, perché "i giudici affondano le radici delle loro decisioni in una pluralità di ordinamenti tra loro permeabili"¹⁹ al punto che si discute della rilevanza costituzionale delle decisioni di giudici stranieri e della migrazione delle idee costituzionali.

Quello che viene ormai quasi tratteggiato definito "dialogo" tra le Corti costituzionali e supreme nazionali, la Corte europea dei diritti umani e la Corte di giustizia, rappresenta, in realtà, l'architrave della nuova dimensione interordinamentale che, come dimostra la più recente giurisprudenza della Corte di cassazione, sposta l'ottica da un piano di cooperazione *lato sensu* fra ordinamenti verso la costruzione di un vero e proprio ordinamento integrato: la tutela effettiva dei diritti fondamentali ne rappresenta oggi il minimo comun denominatore.

Dell'imprescindibilità di una siffatta cooperazione dà atto in modo significativo la Corte di giustizia, non solo con le proprie decisioni, che individua-

¹⁸ In questi termini, riprendendo un'idea di Gino Gorla, G. RAIMONDI, *Dalla proclamazione costituzionale dei diritti fondamentali alla loro tutela internazionale*, in *Dallo Statuto Albertino alla Costituzione repubblicana*, Atti del seminario svoltosi in Roma, Palazzo della Consulta, 25 novembre 2011, Giuffrè Editore, 2012, p. 55 e ss.

¹⁹ S. BARTOLE, *Intervento all'incontro di studio su Il diritto pubblico in trasformazione*, in *Jus*, 2006, n. 2-3, maggio-dicembre, p. 315.

no sempre il giudice nazionale come organo di base dello spazio giudiziario europeo²⁰, ma anche con strumenti di immediata e diretta utilità pratica per l'interprete, quali la recente raccomandazione C 338/1 del 6 novembre 2011, mediante la quale si fornisce una guida sicura al giudice nazionale sul rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE, quale meccanismo fondamentale del diritto dell'Unione europea, che ha per scopo quello di assicurare un'interpretazione e un'applicazione uniformi di tale diritto.

Il peculiare rilievo di provvedimenti di tale natura si evince in modo chiarissimo solo che si consideri che, quando applicano il diritto dell'Unione, i giudici nazionali agiscono come una sorta di "organi decentrati"²¹ della giurisdizione comunitaria, concorrendo con essa a garantire l'osservanza di detto diritto e consentendo di assicurare un controllo diffuso sul rispetto dello stesso e, quindi, di rafforzare complessivamente l'efficacia del sistema.

L'aver valorizzato tale ruolo del giudice nazionale, sia a livello di merito sia in sede di nomofilachia, incentivando da un lato il ricorso allo strumento del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE, dall'altro quello all'interpretazione conforme, è uno dei più significativi meriti della Corte di giustizia.

A tale cooperazione partecipano oggi attivamente sia la Corte costituzionale sia, come si vedrà meglio in prosieguo, la Corte di cassazione con un atteggiamento di significativa impronta integrazionista.

Prendendo le mosse da uno degli aspetti più difficili del rapporto fra lo Stato italiano e il sistema giuridico dell'Unione di cui fa parte, e prima di affrontare con sguardo comparatistico la difficile questione dei tempi della giustizia, va ricordato, pur sommariamente, il contenuto della relazione della Commissione del 30 novembre 2012, n. 714, avente ad oggetto l'applicazione del diritto dell'Unione europea.

Se gli Stati membri sono responsabili della corretta applicazione dell'*acquis communautaire* e sono tenuti a recepire le direttive in maniera puntuale, è compito della Commissione monitorare gli sforzi degli Stati membri in tal senso e garantire la conformità al diritto dell'UE, anche ricorrendo a procedure giuridiche formali.

Proprio allo scopo di consentire una efficace integrazione, prima di avviare procedure d'infrazione formali, la Commissione opera in partenariato con gli Stati membri per cercare di risolvere problemi e denunce di cittadini, imprese ed altri soggetti interessati in merito all'applicazione del diritto dell'UE.

Ebbene, secondo la relazione, i procedimenti di infrazione intrapresi nei confronti dell'Italia nello scorso anno mediante rinvio della controversia alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 258 TFUE, sono ben 136, e segnano l'asso-

²⁰ V. *postea*, fra le altre, la nitidissima sentenza *Maribel Dominguez*.

²¹ Così, A. TIZZANO, *op. cit. passim*.

luto primato dello Stato italiano rispetto a tutti gli altri Stati membri dell'Unione europea.

Quasi a compensare questo intollerabile primato negativo, il 24 dicembre scorso è finalmente intervenuta la legge n. 234/2012, entrata in vigore il 19 gennaio scorso, che reca "*Norme generali sulla partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa e delle politiche dell'Unione europea*".

Questo testo legislativo sostituisce integralmente la legge 4 febbraio 2005, n. 11, e introduce una riforma organica delle norme che regolano la partecipazione dell'Italia alla formazione e all'attuazione della normativa europea, soprattutto alla luce delle modifiche nel frattempo intervenute nell'assetto dell'Unione europea a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

La normativa introduce nuovi ed articolati obblighi di informazione del Governo alle Camere, nonché l'obbligo del Governo di assicurare la coerenza delle posizioni assunte in sede europea con gli atti di indirizzo delle Camere e la precisazione dei presupposti per l'attivazione della riserva di esame parlamentare, allo scopo di consolidare il raccordo tra Parlamento e Governo nella definizione dell'atteggiamento dell'Italia nei processi decisionali dell'UE.

Essa, inoltre, sancisce una più efficace applicazione delle prerogative attribuite alle Camere dal Trattato di Lisbona mediante il richiamo dei poteri delle stesse sul rispetto del principio di sussidiarietà. Si provvede, poi, a modificare, rendendole più consone ai mutati assetti interordinamentali, le disposizioni relative agli organismi deputati al coordinamento della partecipazione dell'Italia al processo normativo europeo e in particolare al Comitato interministeriale per gli affari europei.

Con la nuova legge si opera una integrale riorganizzazione del processo di recepimento della normativa europea, mediante lo sdoppiamento della cd. legge comunitaria in due distinti provvedimenti: la legge di delegazione europea, il cui contenuto sarà limitato alle disposizioni di delega necessarie per il recepimento delle direttive comunitarie, e la legge europea che, più in generale, conterrà disposizioni volte a garantire l'adeguamento dell'ordinamento interno all'ordinamento europeo.

Si ridefinisce, con una nuova disciplina dei ricorsi alla Corte di giustizia e del diritto di rivalsa dello Stato nei confronti delle regioni e degli altri enti pubblici responsabili di violazioni, tutta la materia del contenzioso, sistematizzandosi organicamente la materia degli aiuti di Stato, che aveva in diverse e significative circostanze (si pensi soltanto alla vicenda *Traghetti del Mediterraneo*) occupato i Giudici di Lussemburgo, mediante la precisazione delle condizioni in base alle quali è ammessa la concessione di aiuti pubblici per calamità naturali, con il divieto di concessione di sostegno alle imprese che hanno beneficiato di aiuti giudicati illegali e che non sono stati rimborsati,

nonché con la riserva della giurisdizione al giudice amministrativo sull'esecuzione.

Si procede, infine, all'istituzione in ciascun ministero dei nuclei di valutazione degli atti dell'Unione europea, deputati a coordinare, all'interno di ciascuna amministrazione, la politica europea, la riforma della figura degli esperti nazionali distaccati, nonché il potenziamento della partecipazione delle regioni, delle province autonome e delle autonomie locali al processo di formazione degli atti dell'UE.

L'art. 1, nel definire le finalità della legge, ne descrive l'importante raggio d'azione comunitario, affermando che essa disciplina il processo di partecipazione dell'Italia alla formazione delle decisioni e alla predisposizione degli atti dell'Unione europea e garantisce l'adempimento degli obblighi e l'esercizio dei poteri derivanti dall'appartenenza dell'Italia all'Unione, in coerenza con gli artt. 11 e 117 della Costituzione, sulla base dei principi di attribuzione, di sussidiarietà, di proporzionalità, di leale collaborazione, di efficienza, di trasparenza e di partecipazione democratica, così garantendo, oltre all'adempimento degli obblighi, l'esercizio dei poteri derivanti dall'appartenenza all'UE.

3. *La giurisprudenza costituzionale e di legittimità.*

Il richiamo agli artt. 11 e 117 Cost. (quest'ultimo come novellato dall'art. 3 l. cost. 18 ottobre 2001, n. 3), quale fulcro dei rapporti fra ordinamento interno ed ordinamenti sovranazionali, induce ad accennare alle ultime tappe dell'evoluzione della giurisprudenza della Corte costituzionale e della Corte di cassazione dopo che la prima, con le pronunzie nn. 348 e 349 del 2007²², ha ritenuto che con l'art. 117 si è realizzato un "rinvio mobile" alle norme convenzionali recanti obblighi internazionali.

Con tali pronunzie e con le successive dello stesso segno, la Consulta ha affermato l'ideità delle disposizioni della Convenzione europea dei diritti umani a valere come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità, talché gli eventuali contrasti con la normativa interna daranno luogo non a problemi di successione di leggi nel tempo, bensì a questioni di legittimità costituzionale.

Il giudice comune, conseguentemente, sarà tenuto ad interpretare la norma interna in modo conforme²³ alle disposizioni internazionali, e, qualora tale strada non sia percorribile, non potrà che sollevare la relativa questione di legittimità costituzionale in riferimento all'art. 117 Cost., in quanto le norme della Cedu integrano tale parametro, non essendogli consentito disapplicare la norma interna contrastante.

²² Vedi *retro* nota 6.

²³ Sulla centralità dell'interpretazione conforme, vedi *postea*.

Tali decisioni, come è noto, hanno trovato conferma in tutta la giurisprudenza successiva della Corte.

Da ultimo la Consulta, nella recentissima pronunzia n. 264 del 28 novembre 2012, nell'orientare l'interprete verso il bilanciamento fra situazioni giuridiche soggettive, ha operato un significativo riferimento ad una visione sistemica della tutela dei diritti che va oltre il concetto di integrazione tra ordinamenti che ha finora dominato la scena e che, come si vedrà, era già stata fatta propria nell'ultimo anno dalla giurisprudenza della Corte di cassazione.

L'originaria apertura della Corte costituzionale al diritto europeo di matrice comunitaria aveva trovato un significativo limite nella nota riserva dei cd. "controlimiti", ovvero nell'idea che l'ordinamento nazionale riconosce e rispetta le limitazioni di sovranità imposte dal diritto dell'Unione soltanto qualora esse non tocchino i principi fondamentali dell'ordinamento interno e i diritti inviolabili della persona umana.

La tesi dottrinale che ha sostenuto tale impostazione pare potersi ritenere ormai superata (o almeno attenuata), soprattutto in quanto fondata su preoccupazioni non più attuali nell'odierno assetto interordinamentale²⁴, nel quale la stessa Corte di Lussemburgo ha elevato i diritti fondamentali a principi generali dell'ordinamento dell'Unione, assicurandone una efficace e rigorosa tutela, ma anche perché è lo stesso sistema giuridico dell'Unione nel suo complesso ad offrire agli ordinamenti nazionali crescenti garanzie relativamente alla tutela dei principi e in generale dei valori costituzionali degli Stati membri.

L'art. 4 del Trattato di Lisbona (che già era contenuto in formulazione simile nell'art. F.1 del Trattato di Maastricht del 1992 e poi nei testi successivi, fino all'art. 5 del naufragato Trattato costituzionale) afferma che "L'Unione rispetta l'identità nazionale (degli Stati membri) insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale, compreso il sistema delle autonomie locali e regionali. Rispetta le funzioni essenziali dello Stato".

Tale principio, già desumibile dal complessivo sistema dell'Unione, implica un significativo impegno delle istituzioni comunitarie nella garanzia delle esigenze fondamentali dei sistemi nazionali, confermando che quello dei controlimiti è un problema che investe in primo luogo l'Unione stessa.

Al contempo, l'art. 6, par. 1, TUE ha attribuito il rango di diritto primario dell'Unione alla Carta dei diritti fondamentali, facendo altresì specifico riferimento ai diritti garantiti dalla Cedu e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, che fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali.

Per tale via, il riconoscimento e la tutela dei diritti fondamentali di livello internazionale è confluito nel circuito dei sistemi di garanzia comunitaria, nei limiti delle materie di appannaggio dell'Unione.

²⁴ Sul punto, A. TIZZANO, *op. cit.*, *passim*.

Questo stratificarsi di norme e di tutele dei diritti protetti è stato spesso ancorato al concetto di tutela "multilivello" dei diritti fondamentali.

La giurisprudenza di quest'ultimo anno della Corte di cassazione, percorrendo le strade dell'integrazione e dell'interconnessione dei diversi livelli di tutela dei diritti fondamentali, ha segnato un significativo avanzamento in sede nomofilattica dell'ottica multilivello, orientando definitivamente l'interprete verso una visione realmente sistemica della tutela dei diritti nell'ordinamento integrato.

4. *Il "nuovo" dialogo fra le Corti.*

Fino a diversi anni fa, di fronte al nuovo e crescente ordinamento interno, la vera battaglia era rendere effettiva la tutela dei diritti mediante il conferimento di valore precettivo alle norme della Costituzione.

Con l'ulteriore fase, quella che potremmo definire "comunitaria", si è diffusa l'idea di un ordinamento sovranazionale che andava ad affiancarsi a quello interno, mentre, con quella successiva, recentissima, si riconosce l'ordinamento interno in quanto compatibile con quello dell'Unione. Tale fase è coincisa, in ambito Cedu, con la tendenza delle pronunzie di Strasburgo ad esprimere principi generali in grado di superare ed astrarre rispetto al caso concreto e di incidere in misura via via crescente sugli ordinamenti nazionali.

Con l'ulteriore espansione fisica dell'Unione e con l'accresciuta intensità giuridica di essa attraverso l'incremento della forza delle sentenze della Corte di giustizia e con la diversa incidenza della giurisprudenza della Corte europea dei diritti umani, la visione deve ulteriormente cambiare in direzione di una sistematica generale degli ordinamenti.

Nel modello che si è sviluppato di recente, gli Stati sono subordinati anche a giudici non statali. Di una Costituzione cosmopolitica mancano ancora i tratti, ma oggi c'è un *Bill of rights* europeo che, nel rapporto con gli ordinamenti interni, non ha più la sola forza della *soft law*, ma diventa cogente per ogni giudice.

Il cd. dialogo tra le Corti nazionali, europee ed internazionali, è il grande tema del diritto contemporaneo e va sempre più rappresentando l'*humus* dell'istaurazione di un ordine sistemico fondato sul diritto.

Il quadro sistematico generale, attraverso il dialogo fra le Corti, è andato componendosi nei termini di una "diversità sostenibile" che ha fatto da prologo a quella compenetrazione che consente oggi di abbozzare – proprio attraverso tale sinergia fra le Corti – l'idea di un sistema giuridico globale.

La relazione fra le giurisdizioni, in questo sistema giuridico globale, è sempre più ispirata alla rete anziché alla piramide, a rapporti interattivi anziché a rapporti gerarchici, e, per quanto riguarda l'esperienza italiana, ha visto momenti di criticità essenzialmente nei rapporti fra Corte Edu e Corte costitu-

zionale, mentre è stata assolutamente fruttuosa nei rapporti con la Corte di cassazione.

È su questo versante che la giurisprudenza della Corte di cassazione, che esercita il sindacato di legittimità e svolge la funzione di nomofilachia all'interno dell'ordinamento nazionale, soprattutto nell'ultimo anno, è andata molto oltre l'originaria impostazione che potremmo definire di "apertura controllata", spingendosi sino alla costruzione di una visione realmente sistemica della tutela dei diritti interordinamentale.

L'affermazione concernente tale carattere dell'ordinamento, contenuta nella citata decisione della Corte costituzionale dell'8 novembre scorso, che, nel contesto della pronunzia, risulta di non immediata esplicazione, trova, nel concreto operare della Corte di cassazione, una dimostrazione estremamente significativa.

Da una lettura delle decisioni "interordinamentali" del giudice di legittimità, si evince infatti realmente una visione sistemica e, cioè, la considerazione dell'ordinamento nel suo complesso, quale frutto della sinergia fra norme (interne e sovranazionali) e Corti (interne e sovranazionali).

Tale nuova e più avanzata forma di dialogo rende sempre più valida l'idea di un gioco d'insieme non fondato sulla collaborazione *tout court*, ma sulla interazione tra Corti nazionali, Corte Edu e Corte di giustizia.

5. *Due recenti questioni di costituzionalità in direzione di un sistema multilivello.*

Proprio con riguardo alle sentenze della Corte e, in particolar modo con riferimento al sistema Cedu, recenti ordinanze di rimessione alla Corte costituzionale evidenziano un mutato atteggiamento del Giudice di legittimità, che ha compiuto il grande passo verso la configurazione di quello che viene acutamente definito²⁵ un *sistema giuridico generale* ed anche *multilevel constitutionalism*, nel quale il ruolo più significativo resta quello svolto dall'opera di cucitura dei tribunali.

a) Esempio emblematico di tale impostazione sistemica della Corte di cassazione è l'ordinanza delle Sezioni unite n. 41694 del 18 ottobre 2012, *Nicosia*, che ha dichiarato non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 315, comma 3, in relazione all'art. 646, comma 1, cod. proc. pen., in riferimento agli artt. 117, primo comma, e 11 Cost., che muove dalla decisione Cedu del 10 aprile 2012, caso *Lorenzetti c. Italia*, (n. 32075/09), sulla mancanza di udienza pubblica nell'ambito di un procedimento di riparazione per ingiusta detenzione.

²⁵ S. CASSESE, *op. cit.*, *passim*.

Tale ordinanza evidenzia in modo chiaro ed esemplare il ruolo di protagonista assunto dalla Corte, nella ricerca della strada più idonea per ricondurre ad unità un sistema integrato estremamente complesso.

La singolare convergenza di strumenti normativi destinati ad ambiti diversi, dall'art. 6 Cedu all'art. 117 Cost., passando per l'art. 47 TFUE, è già di per sé sufficiente ad indicare in misura estremamente significativa il peculiare impegno della Corte in tale direzione, sottolineando, altresì, come anche sul piano delle fonti, soprattutto dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, molto sia cambiato, lasciando uno spazio minore alla temuta "supplenza"²⁶ dei giudici, ma non riducendo l' incisivo impatto interpretativo dell'attività giurisdizionale.

Lo stesso quesito posto alle Sezioni unite segnala l'atteggiamento della Corte, che ha interiorizzato, esaltandolo, l'insegnamento delle sentenze "gemelle", portandolo, anche in sede nomofilattica, al suo acme: per il modo stesso in cui è stato formulato - sul se, a seguito della sentenza della Corte Edu nel caso *Lorenzetti c. Italia*, anche per la trattazione del procedimento per la riparazione dell'ingiusta detenzione debba procedersi nelle forme dell'udienza pubblica anziché del rito camerale, e se, in caso positivo, l'avvenuta violazione dell'art. 6 Cedu comporti l'annullamento della decisione - chiarisce in modo evidente tale straordinaria evoluzione.

b) La medesima apertura si segnala nell'ordinanza n. 34472 del 19 aprile 2012, *Ercolano*, ove la Corte ha dichiarato non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 7 e 8 del decreto-legge 24 novembre 2000, n. 341, in riferimento agli artt. 3 e 117, primo comma, della Costituzione, quest'ultimo in relazione all'art. 7 Cedu.

Il ricorso è stato assegnato alle Sezioni unite con decreto emesso ai sensi dell'art. 610, comma 2, del cod. proc. pen., in considerazione della speciale importanza delle questioni implicate.

Anche in tal caso, lo stesso quesito evidenzia in modo chiarissimo il nuovo corso della Corte che, non solo, come si vedrà di qui a poco, in ambito comunitario, ma anche nell'ambito internazionale di matrice Cedu, particolarmente rilevante in sede penale, cerca e trova la strada - in questo caso facendo ricorso al parametro interposto - per addivenire alla composizione del sistema alla luce della forza sub-costituzionale delle norme della Convenzione.

Si chiede, infatti, alle Sezioni unite di stabilire "*Se il giudice dell'esecuzione, in attuazione dei principi dettati dalla Corte Edu con la sentenza*

²⁶ Osserva S. RODOTÀ in *Il diritto di avere diritti*, Laterza, 2012, cit., p. 62 «Sarebbe improprio attribuire la *montée en puissance des juges* a quella che è stata e continua ad essere chiamata "supplenza giudiziaria". È corretto, invece, ragionare in termini di redistribuzione dei poteri. E, in questo quadro, anche l'antica formula del "governo dei giudici" può essere adoperata non più con l'accento di chi segnala un rischio, ma come realistica constatazione del fatto che vi sono processi che proprio la presenza del giudice consente di mantenere "all'ombra della legge", evitando così che piombino nell'area governata soltanto dalla forza».

17/09/2009, Scoppola c. Italia, possa sostituire la pena dell'ergastolo, inflitta all'esito del giudizio abbreviato, con la pena di anni trenta di reclusione, in tal modo modificando il giudicato con l'applicazione, nella successione di leggi intervenute in materia, di quella più favorevole".

Il quesito, osservano le Sezioni unite, impone innanzitutto di stabilire la rilevanza che nell'ordinamento interno possono assumere, in deroga anche al giudicato, le violazioni, accertate dalla Corte di Strasburgo, della Convenzione europea dei diritti umani.

L'impegno delle Alte parti contraenti a conformarsi alle decisioni definitive della Corte Edu nelle quali esse sono parti ed il compito del Comitato dei Ministri di vigilare sull'esecuzione di tali sentenze vengono esaminati proprio attraverso la giurisprudenza di Strasburgo e allo stesso modo si procede per ogni altro aspetto influente sulla decisione, in un "gioco d'insieme" che mai era stato così imponente, alla luce soprattutto del carattere della giurisprudenza Edu, originariamente finalizzata alla soluzione di controversie relative a casi concreti ma poi caratterizzatasi, nel tempo, "per una evoluzione improntata alla valorizzazione di una funzione paracostituzionale di tutela dell'interesse generale al rispetto del diritto oggettivo".

Le Sezioni unite affermano, quindi, che le decisioni di Strasburgo che evidenzino una situazione di oggettivo contrasto - non correlata in via esclusiva al caso esaminato - della normativa interna sostanziale con la Cedu, assumono rilevanza anche nei processi diversi da quello nell'ambito del quale è intervenuta la pronuncia della predetta Corte internazionale.

Muovendo, poi, dal presupposto che il giudice, chiamato ad applicare una legge di interpretazione autentica, non può qualificarla come innovativa e circoscriverne temporalmente l'area operativa in contrasto con la sua *ratio* ispiratrice, ma deve piuttosto sollecitare il sindacato di legittimità costituzionale, le Sezioni unite hanno dichiarato d'ufficio rilevante e non manifestamente infondata la questione di legittimità costituzionale degli artt. 7 e 8 del d.l. 24 novembre 2000, n. 341, convertito dalla l. 19 gennaio 2001, n. 4, in riferimento agli artt. 3 e 117, comma primo, Cost. - quest'ultimo in relazione all'art. 7 Cedu - "nella parte in cui le disposizioni interne operano retroattivamente, e, più specificamente, in relazione alla posizione di coloro che, pur avendo formulato richiesta di giudizio abbreviato nella vigenza della sola l. n. 479 del 1999, sono stati giudicati successivamente, quando cioè, a far data dal pomeriggio del 24 novembre 2000 - pubblicazione della *Gazzetta Ufficiale*, ai sensi dell'art. 2 r.d. n. 1252 del 7 giugno 1923 - era entrato in vigore il su citato d.l., con conseguente applicazione del più sfavorevole trattamento sanzionatorio previsto dal medesimo decreto".

La Corte a Sezioni unite ha, quindi, ritenuto impossibile un'interpretazione della normativa interna *de qua* in senso conforme all'art. 7 Cedu, nell'interpretazione che di tale norma è offerta dalla Corte di Strasburgo e perciò ha rimesso la questione alla Consulta.

Come è evidente, la "netta linea di demarcazione"²⁷, fondata sull'individuazione delle disposizioni Cedu come parametro interposto nel giudizio di costituzionalità è stata non solo recepita alla perfezione dalla Corte, ma, anzi, incisivamente valorizzata, proprio nell'ottica della realizzazione di un "sistema giuridico generale"²⁸; come è evidente, essa "si trova al crocevia"²⁹ di un sistema stratificato di tutele, nel quale deve relazionarsi con le altre Corti: con la Corte costituzionale, che opera il controllo di costituzionalità e, all'uopo, è chiamata ad interpretare il diritto interno, talora adottando decisioni interpretative che implicano una ulteriore fase, soprattutto da parte della giurisprudenza di legittimità³⁰; con la Corte di giustizia (che assicura l'uniforme applicazione del diritto dell'Unione passando attraverso le maglie del diritto interno e con la quale la Cassazione ha istaurato un rapporto diretto di pregiudizialità ai sensi dell'art. 267 TFUE); con la Corte di Strasburgo (che interpreta ed applica alle ipotesi di specie le norme Cedu ma, al fine di accertare la violazione di un diritto fondamentale, ne verifica il contrasto con le norme della Convenzione ed è, quindi, tenuta ad interpretare anche il diritto interno).

Si viene promuovendo, in tale direzione, ad opera della giurisprudenza della Corte di cassazione, senza la rottura degli argini di cui all'art. 6 TUE, quella "fusione di orizzonti"³¹ costituzionali tra diversi livelli, anche con riguardo alla "giustizia del caso concreto"³², cui mira la stessa Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea all'art. 53³³, nel tentativo di armonizzazione, sulla base del principio del miglior favore, delle varie fonti di tutela dei diritti fondamentali, in una chiave di "costituzionalismo cooperativo"³⁴.

6. *L'interpretazione adeguatrice come strumento di chiusura del sistema.*

Nella relazione dello scorso anno era stato posto l'accento sulla centralità

²⁷ Così, G. AMOROSO, *Corte di cassazione e tutela dei diritti fondamentali nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, relazione svolta nell'Aula Magna della Corte di cassazione il 14 novembre 2012, nel corso dell'incontro di studio dal titolo *Giurisdizione nazionale e diritti fondamentali dopo il Trattato di Lisbona. Il dialogo tra le Corti Europee, la Corte Costituzionale e la Corte di cassazione*.

²⁸ Su cui, S. CASSESE, *op. cit.*, *passim*.

²⁹ Così, G. AMOROSO, *op. cit.*, *passim*.

³⁰ G. AMOROSO, *I seguiti delle decisioni di interpretazione adeguatrice della Corte costituzionale nella giurisprudenza di legittimità della Corte di cassazione*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2008, p. 769.

³¹ Così, G. BRONZINI, *Le tutele dei diritti fondamentali e la loro effettività: il ruolo della Carta di Nizza*, in *Riv. Giur. Lav.*, 2012, 1, p. 53.

³² Su tale convergenza nel caso concreto, v. A. RUGGERI, *Rapporti tra corti costituzionali e Corti europee, bilanciamenti interordinamentali e controlimiti mobili a garanzia dei diritti fondamentali*, in www.associazionedeicostituzionalisti.it.

³³ Già nella relazione sull'amministrazione della giustizia per il 2010 rilevammo come la Carta, fuori dal campo di diretta applicazione ex art. 51, ha rilievo sul piano interpretativo.

³⁴ Così sempre G. BRONZINI, *op. cit.*, *passim*.

dei meccanismi connessi all'interpretazione conforme, quale strumento di soluzione delle antinomie nella visione improntata alla tutela interordinamentale dei diritti fondamentali, avanzata dalla Corte di cassazione nel dialogo con le Corti sovranazionali e con la Corte costituzionale.

Sulla base delle considerazioni svolte, può concludersi che mentre continuerà ad esercitarsi compiutamente l'obbligo di "non applicazione" (Corte cost. 170/84 cit.) del diritto interno contrastante con quello dell'Unione, almeno finché non vi sarà l'adesione dell'UE alla Cedu il giudice sarà comunque tenuto all'interpretazione in conformità alla Cedu, ma non gli sarà consentito, come invece gli è imposto per il diritto dell'Unione, disapplicare la norma interna con essa confliggente: interpretare conformemente alla Cedu significa applicare la Cedu fintantoché ciò sia possibile, anche se non è ammesso quel controllo diffuso di costituzionalità che deriverebbe dalla disapplicazione della norma convenzionale.

Il ruolo del giudice comune resta comunque fondamentale: in primo luogo, egli sarà tenuto a sperimentare il canone esegetico dell'interpretazione convenzionalmente orientata, nei limiti in cui ciò sia possibile, avendo immediato ed obbligato riferimento al diritto vivente di Strasburgo, e, soltanto in caso di irrimediabile difformità, dovrà sollevare la questione di legittimità costituzionale dinanzi alla Consulta per far dichiarare l'incostituzionalità della norma interna per contrasto con quella della Convenzione che opera da parametro interposto rispetto all'art. 117, primo comma, Cost..

L'esclusione della cd. "trattattizzazione" della Cedu implica l'affermazione che la strada dell'applicazione diretta della Convenzione non può trovare sponda, almeno fino all'effettiva adesione dell'Unione europea, nel combinato disposto degli artt. 11 e 117 Cost., nemmeno attraverso il richiamo alla Carta di Nizza, che pure contempla, al suo interno, una disposizione volta ad attribuire alle disposizioni sue proprie analoga portata rispetto alle previsioni di identico tenore contenute nella Cedu.

D'altro canto, la "comunitarizzazione" della Cedu, ancora di là da venire, sarà comunque limitata ad operare nei rapporti regolati dal diritto dell'Unione europea.

In questo contesto, l'interpretazione adeguatrice rappresenta il *trait d'union* fondamentale fra sistema interno, sistema internazionale di matrice Cedu e sistema comunitario, ponendosi quale punto di sutura fra gli stessi.

Se, infatti, i meccanismi propri di ciascun ordinamento rimandano agli strumenti centrali, da un lato del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE, dall'altro della rimessione alla Corte costituzionale della questione di legittimità, l'interpretazione conforme resta lo strumento principe per assicurare la soluzione delle antinomie e la chiusura del sistema.

Due esempi del 2012, uno di ambito comunitario, l'altro, di diritto internazionale di matrice Cedu, consentiranno di comprendere meglio tale tesi.

a) *Corte di giustizia, 24 gennaio 2012, C-282/10, Maribel Dominguez.*

La pronuncia dei Giudici di Lussemburgo resa nella causa *Dominguez*³⁵ può ritenersi la *summa* del pensiero della Corte in materia di interpretazione conforme.

Il giudice del rinvio chiedeva, fra le altre cose, se l'art. 7 della direttiva 2003/88 dovesse essere interpretato nel senso che, in una controversia tra privati, una disposizione nazionale, ai sensi della quale il diritto alle ferie annuali retribuite è subordinato ad un periodo di lavoro effettivo minimo durante il periodo di riferimento, contraria a detto art. 7, andasse disapplicata.

Ebbene, ciò che interessa sottolineare è come, sin dal principio, la Corte evidenzi che la questione afferente il se una norma nazionale che sia contraria al diritto dell'Unione debba essere disapplicata, si pone solo qualora non risulti possibile alcuna interpretazione conforme di tale disposizione.

La centralità dell'interpretazione conforme emerge, sin dall'inizio, in tutta la sua intensità.

Afferma la Corte che, nell'applicare il diritto interno, i giudici nazionali sono tenuti ad interpretarlo per quanto possibile alla luce del testo e dello scopo della direttiva, così da conseguire il risultato perseguito da quest'ultima e conformarsi pertanto all'art. 288, terzo comma, TFUE. L'immanenza nel Trattato è chiaramente espressa: "L'esigenza di un'interpretazione conforme del diritto nazionale attiene infatti al sistema del Trattato FUE, in quanto permette ai giudici nazionali di assicurare, nell'ambito delle rispettive competenze, la piena efficacia del diritto dell'Unione quando risolvono le controversie ad essi sottoposte"³⁶.

Non è senza limiti tuttavia tale obbligo interpretativo: esso non solo non può dar luogo ad una interpretazione *contra legem* del diritto nazionale, ma risulta significativamente condizionato dai principi generali del diritto.

La Corte rammenta che il principio di interpretazione conforme esige che i giudici nazionali si adoperino al meglio nei limiti del loro potere, prendendo in considerazione il diritto interno nel suo insieme ed applicando i metodi di interpretazione riconosciuti da quest'ultimo, al fine di garantire la piena efficacia della direttiva di cui trattasi e di pervenire ad una soluzione conforme allo scopo perseguito da quest'ultima³⁷.

Soltanto qualora ciò non sia possibile occorrerà verificare se la norma oggetto di interpretazione (nella specie, l'art. 7, paragrafo 1, della direttiva

³⁵ Corte Giust. 24 gennaio 2012, C-282/10, non ancora in rassegna, su cui v. V. PICCONE, *L'interpretazione conforme nell'ordinamento integrato*, in *Il diritto europeo nel dialogo tra le Corti*, Giuffrè, in corso di pubblicazione.

³⁶ Il riferimento è a Pfeiffer, Corte Giust. 5 ottobre 2004, cause riunite da C-397/01 a C-403/01, cit., Racc. p. I-8835, punto 114; Angelidaki e a., Corte Giust. 23 aprile 2009, da C-378/07 a C-380/07, cit., Racc. p. I-3071, punti 197 e 198, nonché Corte Giust. 19 gennaio 2010, Küçükdeveci, C-555/07, cit., Racc. p. I-365, punto 48.

³⁷ Così Corte Giust. 4 luglio 2006, causa C-212/04 Adeneler, cit.

2003/88) abbia effetto diretto e se, in tal caso, la parte interessata possa farla valere, nel caso di specie, nei confronti del suo datore di lavoro.

I Giudici di Lussemburgo suggeriscono, quindi, un percorso inverso rispetto a quello usualmente praticato e, cioè, pongono la ricerca dell'esistenza nella normativa considerata di disposizioni atte ad essere direttamente invocate, in una fase successiva rispetto all'infruttuoso esperimento del tentativo di interpretazione conforme precedentemente attuato.

E infatti, soltanto qualora sia davvero impossibile percorrere la via interpretativa per raggiungere il risultato sperato di conformazione dell'ordinamento interno a quello dell'Unione, si farà ricorso alla verifica della sussistenza di disposizioni in grado di produrre un effetto diretto.

È perciò ancora una volta compito del giudice nazionale verificare se l'art. 7 par. 1 della direttiva 2003/88 possa essere invocato da parte dell'istante nei confronti del proprio datore di lavoro: in caso positivo, l'art. 7 della direttiva 2003/88, che soddisfa le condizioni richieste per produrre un effetto diretto, comporterà che il giudice nazionale debba disapplicare qualsiasi disposizione nazionale contraria.

In caso negativo, resterebbe il limite invalicabile determinato dall'impossibilità di applicare in una controversia fra singoli una disposizione, pur chiara, precisa ed incondizionata, derivante da una direttiva volta a conferire diritti o a imporre obblighi agli stessi.

Rimane alla parte, lesa dalla non conformità del diritto nazionale al diritto dell'Unione, la possibilità di invocare la giurisprudenza scaturita dalla sentenza *Francovich*³⁸ per ottenere eventualmente il risarcimento del danno subito.

b) *Corte europea dei diritti umani, 28 agosto 2012, n. 54270/10, Costa e Pavan c. Italia.*

Nel caso *Costa e Pavan c. Italia* del 28 agosto 2012³⁹, la vicenda posta all'attenzione alla Corte Edu riguardava una coppia di coniugi portatori sani di fibrosi cistica, i quali lamentavano il divieto posto dalla legge italiana n. 40/2004, in particolare dagli artt. 4 e 5, che consentono l'accesso alla procreazione medicalmente assistita, e quindi alla diagnosi preimpianto soltanto alle coppie che, sulla base di accertamenti medici, risultino sterili o infertili ma non a quelle portatrici di una patologia trasmissibile.

La peculiarità del caso è nel fatto che i ricorrenti Costa e Pavan hannoredito direttamente la Corte di Strasburgo ai sensi dell'art. 35 della Convenzione

³⁸ Corte Giust., 19 novembre 1991, cause riunite C-6/90 e C-9/90, *Francovich*, in *Foro it.*, 1992, IV, p. 145, con nota di A. BARONE, R. PARDOLESI.

³⁹ Corte Edu, 28 agosto 2012, *Costa e Pavan c. Italia*, n. 54270/10, su cui v. E. FALLETTI, *La diagnosi genetica preimpianto: una ricostruzione di dottrina e di giurisprudenza nazionale ed europea*, in *Corr. giur.*, in corso di pubblicazione.

europea dei diritti umani⁴⁰, che disciplina le condizioni di ricevibilità, anziché ricorrere prima all'autorità giurisdizionale interna.

La Corte ha ritenuto non coerente con la tutela della salute della donna la possibilità, ammessa dall'ordinamento italiano, di procedere all'aborto terapeutico per le medesime patologie (la coppia aveva già praticato un aborto) per cui è interdetta la diagnosi preimpianto, evidenziando l'incompatibilità tra l'impianto normativo della legge n. 40/2004, che da una parte vieta la selezione degli embrioni coltivati in vitro e non affetti dalla fibrosi cistica ai fini dell'impianto nell'utero materno, mentre dall'altra ammette l'aborto terapeutico per il caso che il medesimo embrione sia malato della stessa patologia.

Ciò che è interessante notare, nel circuito di mezzi giurisdizionali interni e sovranazionali, è che la Corte ha fatto proprie le osservazioni sollevate dalla giurisprudenza di merito nella rilettura costituzionalmente orientata della legge n. 40/2004⁴¹.

I Giudici di Strasburgo, che hanno condannato l'Italia sottoscrivendo la decisione all'unanimità, sottolineano che non viene riconosciuto il diritto ad avere dei figli sani, i cui caratteri genetici forti siano preselezionati nell'embrione fecondato, né questo è richiesto dai ricorrenti, poiché seppure evitato il rischio della malattia, permarrebbero invariate le restanti incognite della gravidanza e della presenza di altre patologie. Osservano, inoltre, che in tema di fecondazione omologa con possibilità di diagnosi selettiva (giustificata dal contagio di malattie incurabili una volta contratte), per coltivazioni di embrioni "*in vitro*", la posizione italiana è minoritaria, se non isolata, comune soltanto a Austria e Svizzera.

L'esistenza di un "*consensus*" di orientamento opposto a quello italiano determina che i margini di apprezzamento risultino essere più limitati e ne consegue un controllo più serrato sui margini di proporzionalità e adeguatezza che comporta la censura della normativa italiana.

Proprio la pronunzia *Costa e Pavan c. Italia*, allora, ha costituito lo strumento per orientare il giudice nazionale successivamente investito di questione analoga, mediante lo strumento dell'interpretazione adeguatrice, quale meccanismo che consente di salvare il sistema riconducendolo ad unità.

Il giudice adito⁴² ha accolto la richiesta, avanzata in termini cautelari, non solo richiamando l'interpretazione della giurisprudenza costituzionale e di merito ma facendo esplicito riferimento alla decisione della Corte di Strasburgo, anzi motivando la concessione del provvedimento d'urgenza riferendosi alla normativa sovranazionale.

⁴⁰ A. PECORARIO, *A Strasburgo c'è un "Judge in the Town": analisi del caso Costa e Pavan contro Italia in materia di diagnosi genetica preimpianto*, 2012, consultato su www.diritticomparati.it.

⁴¹ Trib. Cagliari, 22 settembre 2007, cit.; TAR Lazio, 21 gennaio 2008.

⁴² Trib. Cagliari, 14 novembre 2012, inedita.

Si legge nella decisione: "Nella fattispecie in esame, si deve ritenere certamente possibile una interpretazione adeguatrice della norma interna, in quanto le norme della Convenzione, nel significato attribuito dalla Corte di Strasburgo con la recente pronuncia, peraltro non definitiva (...), appaiono conformi alla nostra Carta, nella lettura offerta anche dalla più volte citata sentenza della Corte costituzionale n. 151 del 2009, laddove ha esaminato il bilanciamento tra gli interessi contrapposti⁴³".

Ancora una volta, il giudice nazionale è al centro del sistema.

Il Governo italiano, è vero, ha proposto ricorso alla *Grande Chambre*; nondimeno, l'interpretazione offerta dal giudice interno mostra, invece, come lo strumento dell'interpretazione conforme, quale *fil rouge* che lega diritto interno, diritto Cedu e diritto dell'Unione europea, consenta spesso di evitare drammatiche fratture, valorizzando l'impegno interpretativo cui tutti i giudici sono tenuti, nella tensione verso un sistema di tutela dei diritti realmente e positivamente integrato.

(*Omissis*)

Ernesto Lupo*

⁴³ Trib. Cagliari, cit.

* Primo Presidente della Corte di cassazione.

RECENSIONI

Bruno Nascimbene, *Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. 307, € 30,00

Il volume del Prof. Bruno Nascimbene «*Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea*», edito dalla Giuffrè Editore e pubblicato nel 2011, costituisce una ragionata riflessione su un istituto – quale il divorzio – che non si sottrae alla spinta armonizzatrice informante il diritto dell'Unione europea in materia di diritto di famiglia. L'opera, muovendo da una prospettiva ricostruttiva di tipo diacronico, analizza la crescente influenza della normativa europea sia sul diritto interno degli Stati membri, sia nel diritto internazionale.

L'analisi si fonda su uno studio dettagliato dell'istituto del divorzio e delle situazioni ad esso connesse, svolto con metodo sistematico e rigoroso che bene evidenzia le problematiche inerenti gli aspetti pratici della materia in esame. Il volume si suddivide in cinque capitoli: I. L'evoluzione della disciplina in materia di divorzio; II. La legge applicabile; III. La giurisdizione; IV. Il riconoscimento delle sentenze di divorzio; V. Le unioni di fatto, le convivenze registrate, i patti di solidarietà. Lo scioglimento del vincolo.

La trattazione dei diversi profili del divorzio nel quadro di una disciplina "multilivello" va, per ragioni di completezza, ad integrarsi con un'appendice di documentazione che riproduce tutti gli atti rilevanti in materia di divorzio nonché, in quanto tematiche (spesso) strettamente connesse, di obbligazioni alimentari e protezione dei minori. A riprova della particolare attenzione dell'A. per le norme oggetto dello studio è lo spazio riservato all'appendice di documentazione (pp. 129-298) e l'eshaustività della stessa in quanto contenente la normativa nazionale, europea ed internazionale sui temi trattati.

L'A. ripercorre coerentemente gli interventi normativi e giurisprudenziali

susseguitisi nel nostro ordinamento nell'arco temporale che va dalla legge n. 898/70 (introduttiva dell'istituto del divorzio) alla riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato (legge 31 maggio 1995, n. 218), e diretti ad eliminare le possibili forme di discriminazioni nell'ambito del rapporto coniugale nei casi di separazione e divorzio.

Successivamente l'indagine affronta i singoli aspetti del diritto internazionale privato coinvolgenti il divorzio, soprattutto alla luce della disciplina europea in materia, diretta a garantire la libera circolazione delle persone nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia ed, al contempo, a valorizzare i valori comuni tra gli Stati membri. In tal senso, l'A. pone a confronto le soluzioni adottate in tema di legge applicabile nella l. n. 218/1995 con il più recente Regolamento europeo n. 1259/2010, adottato dal Consiglio il 20 dicembre 2010, relativo all'attuazione di una cooperazione rafforzata nel settore della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale. Quest'ultimo, realizzando la prima cooperazione rafforzata (artt. 326-334 TFUE) va ad integrare le disposizioni del Regolamento n. 2201/2003, le quali – come è noto – si limitano a disporre una disciplina uniforme sulla competenza giurisdizionale e il riconoscimento delle sentenze (ma non sulla legge applicabile).

L'esigenza di norme di conflitto uniformi era stata già avvertita nella proposta c.d. «Roma III» (Com(2006)399 def. del 17 luglio 2006) che modificava il Regolamento n. 2201/2003 ed introduceva norme sulla legge applicabile in materia matrimoniale, ma il mancato raggiungimento dell'unanimità – necessaria per la sua approvazione – ha reso necessario ricorrere allo strumento della cooperazione rafforzata che, sia pure attraverso la «legittimazione» di un'Europa a due velocità, vincola solo gli Stati che vi partecipano.

Il Regolamento n. 1259/2010 uniforma, pertanto, i criteri di individuazione della legge applicabile al divorzio e alla separazione personale, ma non all'annullamento del matrimonio e alle questioni che riguardino la capacità giuridica, l'esistenza, la validità e il riconoscimento del matrimonio, il nome dei coniugi, gli effetti patrimoniali, la responsabilità genitoriale, le obbligazioni alimentari e i diritti successori, neppure nel caso in cui queste si pongano quali questioni preliminari ad un procedimento di divorzio o separazione. La legge applicabile potrà essere – dato il carattere universale del Regolamento n. 1259/2010 previsto all'art. 2 – anche una norma di uno Stato membro non partecipante alla cooperazione rafforzata o di uno Stato terzo. Inoltre, l'elemento di spicco della nuova disciplina, entrata in vigore il 21 giugno 2012, è l'introduzione della volontà delle parti come criterio di collegamento (art. 5). Esso consente, infatti, su accordo dei coniugi di determinare la legge applicabile scegliendo tra quella dello Stato di residenza abituale comune, dell'ultima residenza abituale comune a condizione che uno dei due vi risieda ancora, della cittadinanza di uno di essi e, infine, della *lex fori*. Attraverso l'esercizio dell'*optio legis*, dunque, si permette in talune situazioni di evitare l'applicazione di una legge che non consenta il divorzio o richieda condizioni

particolarmente restrittive. In mancanza di un accordo tra i coniugi, invece, l'art. 8 prevede, quale legge applicabile, quella della residenza abituale dei coniugi al momento in cui è adita l'autorità giurisdizionale, o in mancanza, dell'ultima residenza abituale comune – purché perduri sino ad almeno un anno prima della domanda e uno dei coniugi vi risiede ancora – o della cittadinanza comune e, in ultima istanza, la *lex fori*.

L'analisi congiunta di tali disposizioni con quelle nazionali della l. n. 218/95 permette all'A. di evidenziare, non solo la mancanza in quest'ultima dell'*optio legis* ma anche, l'inversione dei criteri di collegamento, tenuto conto che si prevede infatti, quale criterio preminente quello della cittadinanza comune e, in alternativa, quello della prevalente localizzazione della vita matrimoniale, escludendo, infine, il ricorso alla *lex fori* (art. 31). Ugualmente la disamina dei criteri di giurisdizione previsti nel Regolamento n. 2201/2003 rivela, a differenza di quelli richiamati nella nostra legge di riforma di diritto internazionale privato, la prevalenza della residenza abituale, in quanto indicativa del più stretto rapporto dei soggetti con il territorio sotto l'aspetto materiale e soggettivo.

L'A., inoltre, non trascura di considerare le ulteriori situazioni che scaturiscono dalla fine del rapporto coniugale; vengono pertanto approfonditi il Regolamento n. 4/2009 riguardante le obbligazioni alimentari, le due proposte in materia di diritti patrimoniali tra coniugi e nelle unioni registrate (rispettivamente Com(2011)126 e Com(2011)127, entrambe del 16 marzo 2011), l'individuazione della legge applicabile alle controversie riguardanti l'affidamento dei figli, nonché gli aspetti connessi alla responsabilità genitoriale ed in particolare, il riconoscimento e l'esecuzione delle decisioni in situazioni di sottrazione (o mancato rientro) del minore.

L'analisi si chiude, infine, con il capitolo quinto – che precede la già menzionata appendice normativa – contenente interessanti considerazioni sull'applicabilità delle norme prima esaminate alle situazioni di conflitto riguardanti i modelli non tradizionali di famiglia, ovvero al loro riconoscimento in ordinamenti – come il nostro – nei quali manca una regolamentazione delle unioni omosessuali. Su tali aspetti interessanti spunti di riflessione – meritevoli di successivo approfondimento – vengono posti in evidenza dall'A. in relazione alle posizioni assunte dalla Corte costituzionale a fronte delle sollevate questioni di legittimità sui limiti normativi che non consentono il riconoscimento dei matrimoni "*same-sex*", sul ricorso alla teoria dell'ordine pubblico "attenuato" invocato nell'elaborazione giurisprudenziale con il fine giustificativo di tutelare le situazioni giuridiche legittimamente acquisite all'estero, e soprattutto, alla luce della giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo.

Lo studio del diritto dell'Unione europea riguardante gli aspetti "patologici" dei rapporti di famiglia in costante raffronto con le disposizioni della legge di diritto internazionale privato non può non evidenziare, per certi aspetti, l'influenza che – seppure di riflesso – la regolamentazione degli ele-

menti processuali del diritto di famiglia esercita sui rapporti sostanziali che, come è noto, sono rimessi alle competenze esclusive degli Stati.

Rispetto al moltiplicarsi delle situazioni familiari a carattere transfrontaliero, come corollario di un'accresciuta libertà di circolazione, la più ampia tutela dei diritti postula la necessità di una normativa uniforme che non sempre corrisponde alla volontà di tutti gli Stati, com'è accaduto più di recente per l'adozione del Regolamento n. 4/2009 in tema di legge applicabile alle obbligazioni alimentari per la quale si rinvia al Protocollo dell'Aja del 2007 e per il Regolamento n. 1259/2010 attuativo della cooperazione rafforzata.

Ebbene, in tale contesto, il volume qui recensito ha il merito di trattare in modo sapiente ed efficace del diritto dell'Unione europea e del diritto internazionale privato in tema di disgregazione o fine dei legami familiari senza tralasciare riflessioni sull'applicazione delle disposizioni ai casi concreti. Tale metodo di analisi rende l'opera di particolare interesse non solo per gli studiosi della materia, ma anche per gli operatori del settore. Le riflessioni dell'A. sugli aspetti classici del diritto internazionale privato, in una doppia ottica nazionale ed europea, fa, pertanto, del volume in esame un eccellente strumento di "orientamento giuridico" in situazioni di conflitto o scioglimento dei rapporti familiari a carattere "transnazionale".

Angela Martone*

Maria Caterina Baruffi - Isolde Quadranti (a cura di), *Libera circolazione e diritti dei cittadini europei*, Napoli, Edizioni Scientifiche Italiane, 2012, pp. VIII-260, € 28,00

L'11 novembre 2011 si teneva presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Verona un interessante Convegno sul tema «Mobilità e cittadinanza europea: nuovi sviluppi?», organizzato nell'ambito del progetto «La mobilità in Europa. Diritti, informazione, opportunità: il futuro nelle tue mani», promosso dalla rete italiana dei Centri di documentazione europea con il contributo della Rappresentanza in Italia della Commissione europea.

Il coinvolgimento, come relatori, di noti esperti del settore faceva affluire numerosissimi studenti universitari nonché studiosi della materia. La permanente attualità del tema ha motivato gli organizzatori a curare il lavoro di raccolta degli interventi che vede la luce con il titolo «Libera circolazione e diritti dei cittadini europei».

I due contributi iniziali, nel rendere il segno dei più significativi profili di sviluppo del concetto di cittadinanza europea, si prestano ad offrire un inquadramento generale dell'opera. In particolare, dalla loro lettura emerge il gra-

* Dottoranda di ricerca in «Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia» / Università degli Studi di Salerno.

duale processo di "estensione", specie *ratione personarum*, dei diritti connotanti la cittadinanza europea, in virtù dei mutamenti legislativi nonché dell'intensa e costante azione promotrice della giurisprudenza europea. In primo luogo, tali diritti trovano maggiori spazi di esercizio per quella categoria di cittadini c.d. «statici», ossia di coloro che non abbiano fatto esercizio della libertà di circolazione da uno Stato membro all'altro (contributo della *Prof.ssa Morviducci*). Parallelamente, l'obiettivo politico del "ravvicinamento" tra lo status di cittadino europeo e quello di cittadino di Paese terzo si concretizza nel riconoscimento di tali diritti in capo a particolari figure di stranieri, quali i soggiornanti di lungo periodo (contributo della *Prof.ssa Di Stasi*). In entrambi i casi, dunque, ben sono messi in luce i profili evolutivi della cittadinanza europea che, protesa verso l'acquisizione di una maggiore autonomia rispetto alle cittadinanze nazionali, riveste particolare rilievo negli sviluppi futuri del processo di integrazione europea.

Peraltro, i lavori non mancano di evidenziare i caratteri di un processo ancora *in fieri* ed altresì lo "scollamento" che spesso è riscontrabile tra quanto riconosciuto in sede europea e le parallele disposizioni nazionali.

In maniera molto critica, tali problematiche assumono ruolo centrale nel lavoro della *Prof.ssa Gottardi*. In esso emerge come un principio cardine che regge la libera circolazione dei cittadini e dei lavoratori europei, ossia la parità di trattamento sulla base della nazionalità, spesso non venga rispettato a livello nazionale. Tale principio trova, nell'ordinamento italiano, ostacoli nell'introduzione di vere e proprie discriminazioni per via legislativa che vanno ad incidere, seppure in differente misura, non solo sulla posizione di coloro che sono cittadini di Paesi terzi ma anche su quelle dei cittadini di altri Stati appartenenti all'Unione europea.

La spesso difficile compatibilità tra le scelte nazionali e i principi imposti dall'appartenenza all'Unione europea emerge, con riferimento a due settori specifici, anche nei due successivi contributi. In materia di concessioni demaniali marittime, il *Prof. Cafari Panico* tratta del contrasto delle disposizioni normative italiane che prevedono il rinnovo automatico di tali concessioni con la direttiva *Bolkestein* e comunque, con il principio della libertà di stabilimento sancito dai Trattati. In particolare, il lavoro è incentrato sul tema delle concessioni demaniali turistico ricreative – che trovano difficoltà di certa qualificazione – contribuendo alla proposizione di soluzioni normativamente possibili che, muovendosi all'interno dei regimi di derogabilità che le disposizioni europee prevedono, riescano a conciliare i principi europei con le istanze delle categorie interessate. Il *Prof. Diverio* si concentra, invece, sul difficoltoso adeguamento dell'ordinamento interno ai principi europei in materia di libertà di stabilimento e libera prestazione di servizi, con riferimento all'attualissima questione della vendita al pubblico di farmaci consentita dalle disposizioni interne, per alcune categorie di farmaci, negli esercizi commerciali diversi dalle farmacie.

Alcuni profili legati alla circolazione delle persone quale diritto caratterizzante la cittadinanza europea sono oggetto dei contributi della *Prof.ssa Baruffi* e della *Dott.ssa Quadranti*. Il primo muove, appunto, dalla considerazione che dal diritto alla mobilità possa conseguire la creazione di rapporti interpersonali che si svolgano al di là dei confini statali, rendendo necessario un intervento a livello europeo al fine di evitare, o quanto meno ridurre, i rischi di discontinuità nella vita giuridica dei soggetti. In tale ottica, esso pone estrema chiarezza sul quadro normativo derivante dall'intersecazione di una duplicità di fonti: il Regolamento n. 2201/2003 ed il Regolamento n. 1259/2010 il quale ultimo, essendo basato sul principio della cooperazione rafforzata, trova applicazione solo per quattordici Stati membri. Il secondo, avente ad oggetto il tema della mobilità per l'apprendimento, fornisce un compiuto quadro della giurisprudenza comunitaria/europea ed altresì evidenzia le potenzialità offerte dai programmi predisposti dall'Unione europea.

La progressiva estensione ai lavoratori extracomunitari dei regimi di sicurezza sociale è l'oggetto, invece, del contributo della *Dott.ssa Fratea*. Da una parte, tale processo testimonia la concretizzazione di quell'obiettivo politico di uniformazione degli *status* di cittadino europeo e di straniero, di cui si è detto sopra. Dall'altra, il tendenziale riconoscimento della parità di trattamento in questo campo, a prescindere dal fattore della circolazione del lavoratore extracomunitario da uno Stato membro all'altro, conduce ad alcune riflessioni circa la "pervasività" dell'ordinamento europeo anche in relazione a situazioni puramente interne.

Infine, nel contesto del diritto internazionale privato si muove il contributo della *Dott.ssa Fontana* che, in materia di successioni, ripone particolare attenzione alla proposta di Regolamento della Commissione europea diretta alla creazione di un certificato successorio europeo.

In conclusione, si tratta di un'opera che manifesta l'apprezzabile lavoro dei Curatori inteso a coniugare l'analisi dell'istituto della libera circolazione e della cittadinanza europea – che ha avuto, e continua a rivestire, un ruolo fondamentale nel processo di integrazione europea – con l'approfondimento degli aspetti maggiormente problematici legati sia ad un quadro normativo europeo spesso complesso, sia alle difficoltà di adeguamento dell'ordinamento italiano. Tali aspetti rendono l'opera collettanea degna di particolare pregio e uno strumento estremamente utile non solo per gli studiosi della materia ma anche per gli operatori interni.

Rossana Palladino**

** Dottore di ricerca in «Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia»; Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Salerno.

Angela Di Stasi, *Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione americana sui diritti umani. Analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. 332, € 29,00

L'opera si inserisce nel panorama della produzione scientifica di diritto internazionale sui diritti umani, dando un prezioso contributo allo studio di tematiche particolari, come la tutela effettiva dei diritti fondamentali offerta da alcuni sistemi regionali di garanzia. Segnatamente vengono analizzate la Convenzione europea dei diritti dell'uomo e la Convenzione americana sui diritti umani. Come è noto, si tratta di due strumenti tra loro "distanti" nel tempo (perché adottati in due momenti diversi) e nello spazio (perché appartenenti a due aree geografiche molto lontane), ma con un comune obiettivo: la tutela dell'individuo, considerato dall'Autrice «attore riconoscibile del Diritto internazionale», in ragione della sua «crescente rilevanza soggettiva (...) nelle relazioni internazionali». L'indagine dà luogo ad una comparazione molto interessante, soprattutto con riferimento all'osservatorio giurisprudenziale in tema di diritto all'equo processo, quale risulta dall'art. 6 e dall'art. 8, rispettivamente della CEDU e del Patto di San José.

In particolare, l'opera si compone di due parti: nella prima si affronta la comparazione tra i due strumenti convenzionali sotto il profilo contenutistico alla luce della generale tematica della tutela regional-universale dei diritti umani; la seconda parte costituisce, invece, un valido *focus* sull'applicazione del diritto all'equo processo, analizzato sia con riferimento alle garanzie processuali sia con riguardo ai rapporti con gli altri strumenti di garanzia, tra cui quella di carattere "generale" del diritto ad un ricorso di cui all'art. 13 della Convenzione europea ed all'art. 25 della Convenzione americana.

L'analisi dei singoli sistemi ha permesso di porre in luce le affinità e le divergenze e ne è emerso un quadro di assonanze e dissonanze. A titolo di esempio si citano come fattori di convergenza il catalogo dei diritti contemplato nelle due Convenzioni e la giurisprudenza in materia di criteri per la determinazione della ragionevole durata del processo. Le divergenze, invece, sono ravvisabili sia nella tecnica redazionale delle sentenze, sia nella formulazione della garanzia di ordine generale che è un diritto autonomo nella Convenzione americana ed un diritto complementare (invocabile, quindi, in associazione ad un altro diritto) nella CEDU.

L'indagine, nel porsi l'obiettivo di verificare l'esistenza di forme di «*fertilization* o di una futuribile *cross-fertilization*» tra i due sistemi giurisdizionali analizzati, ha rivelato come la Corte interamericana si sia posta in relazione di sostanziale continuità con la Corte di Strasburgo, mentre non si riscontra una «*fertilization*» in senso contrario. Ne risulta, quindi, un quadro in cui il dialogo tra le Corti appare, almeno fino a questo momento, in prevalenza unidirezionale.

L'opera è frutto di una proficua collaborazione tra l'Autrice e alcuni giovani studiosi delle materie internazionalistiche: *Angela Martone*, *Daniela Fanciullo*, *Gaetano D'Avino*, dottorandi; *Anna Iermano*, dottore di ricerca del Corso di dottorato in «Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia» dell'Università di Salerno.

L'ampia rassegna giurisprudenziale, l'accurata bibliografia e l'appendice normativa costituiscono elementi di grande utilità dal punto di vista didattico e scientifico.

Francesca Perrini***

*** Ricercatrice di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Messina.

Hanno collaborato a questo numero:

ENRICA ADOBATI, *Avvocato in Novara; cultore di Diritto dell'Unione europea e Diritti dell'uomo / Università Cattolica del Sacro Cuore di Milano*

FAUSTO CAPELLI, *Direttore della Rivista*

FEDERICO FORNI, *Dottore di ricerca in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Bologna*

VITO RUBINO, *Ricercatore in Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi del Piemonte Orientale, sede di Alessandria*

ANNA IERMANO, *Dottore di ricerca in «Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia»; assegnista di ricerca in «Tutela multilevel dei diritti fondamentali e processo di adesione dell'Unione Europea alla CEDU» / Università degli Studi di Salerno*

LOREDANA MURA, *Ricercatrice di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Brescia*

ERNESTO LUPO, *Primo Presidente della Corte di cassazione*

ANGELA MARTONE, *Dottoranda di ricerca in «Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia» / Università degli Studi di Salerno*

ROSSANA PALLADINO, *Dottore di ricerca in «Spazio europeo di libertà, sicurezza e giustizia»; Professore a contratto di Diritto dell'Unione europea / Università degli Studi di Salerno*

FRANCESCA PERRINI, *Ricercatrice di Diritto Internazionale / Università degli Studi di Messina*

DIRITTO COMUNITARIO E DEGLI SCAMBI INTERNAZIONALI

Trimestrale diretto da *F. Capelli*

INDICE 2012

ARTICOLI

- Gianluca Belotti* - Di una tanto possibile, quanto necessaria modernizzazione del sistema di controllo degli aiuti di Stato Pag. 15
(*On a Feasible and Highly Needed Modernization of the Current EU State Aid System of Control*)
- Fausto Capelli* - Governo dei tecnici e sistema costituzionale in Europa e in Italia (*Parte Prima*) » 409
(*Technocratic Government and Constitutional Order in Europe and Italy* - First Part)
- Fausto Capelli* - Governo dei tecnici e sistema costituzionale in Europa e in Italia (*Parte Seconda*) » 635
(*Technocratic Government and Constitutional Order in Europe and Italy* - Second Part)
- Federico Forni* - Consenso informato e sperimentazione clinica nella normativa dell'Unione europea » 215
(*Informed Consent and Clinical Trials in European Union Law*)

Fabio Gencarelli - Il Trattato di Lisbona e la nuova comitologia
(*The New Comitology Regime after Lisbon*) Pag. 1

Valentina Petralia - Tariffa di igiene ambientale: qualificazione
giuridica alla luce della disciplina italiana ed europea » 429
(*Environmental Health Tariff: Legal Qualification in the Italian and
European Legal Framework*)

COMMENTI

Giuseppe Bertoli - Logo delle denominazioni d'origine protette
e tutela del consumatore: un abbaglio cromatico » 545
(*The Logo of Protected Denominations of Origin (and the Consumers'
Protection) - a Chromatic Blaze*)

Fausto Capelli - Il Regolamento (Ue) n. 16/2011 della Commis-
sione europea sul "Sistema di allarme rapido" applicabile in
materia di prodotti alimentari e di mangimi » 367
(*The Regulation (Eu) no. 16/2011 of the European Commission on
"Rapid Alert System" applicable in the Field of Food and Feed*)

Federico Forni - Due recenti sentenze chiariscono il ruolo del
riassunto delle caratteristiche del prodotto e del foglietto illu-
strativo nell'informazione e nella pubblicità sui medicinali » 37
(*Two Recent Judgments Clarify the Role of the Summary of Product
Characteristics and of the Leaflet in the Information and Advertis-
ing of Medicines*)

Federico Forni - L'assicurazione contro l'annullamento del viag-
gio non è necessaria per volare » 681
(*The Flight Cancellation Insurance is not Required for Flying*)

Anna Iermano - "Dialogo" tra la Corte europea dei diritti del-
l'uomo e la Corte costituzionale italiana: il principio di retroat-
tività della legge penale più favorevole » 729
(*The "Dialogue" Between the European Court of Human Rights and
the Italian Constitutional Court: the Principle of Retroactivity of
the More Favorable Criminal Law*)

Marco Inglese - Le prestazioni sanitarie transfrontaliere e la tu-
tela della salute » 109
(*Crossborder Healthcare and the Right to Health*)

<i>Marco Inglese</i> - L'Italia non disciplina il gioco d'azzardo responsabilmente: commento al caso <i>Costa e Cifone</i> (<i>Italy does not Play Fairly: Comment on the Costa e Cifone Case</i>)	Pag. 503
<i>Giuseppe Licastro</i> - L'evoluzione del "controllo di frontiera": i «valichi di frontiera condivisi» nel contesto dell'allargamento dell'Unione europea (<i>The Evolution of "Border Control": "Joint Border Crossing Points" in the Context of EU Enlargement</i>)	» 613
<i>Ciro Manzolino</i> - Nuovi modelli organizzativi a livello internazionale fra antiterrorismo (SCO) ed intercontinentalismo (BRICS) (<i>New Organizing Models at International Level between Anti-Terrorism and Intercontinentality</i>)	» 157
<i>Silvia Marino</i> - L'evoluzione del processo di armonizzazione in materia di diritti dei consumatori nell'Unione europea alla luce delle recenti direttive e proposte dell'UE (<i>The Evolution of Harmonisation Process in the Field of EU Consumer Law regarding new EU Directives and Proposals</i>)	» 583
<i>Daniela Marrani</i> - <i>Nanofoods e novel foods nella legislazione alimentare dell'Unione europea</i> (<i>Nanofoods and Novel Foods in the EU Legislation</i>)	» 557
<i>Angela Martone</i> - Il Regolamento (Ce) n. 4/2009 e la "codificazione" europea della disciplina in materia di obbligazioni alimentari (<i>The Regulation (Ec) n. 4/2009 and the European "Codification" of the Rules in Matters of Maintenance Obligations</i>)	» 319
<i>Loredana Mura</i> - L'applicazione della disciplina della mediazione alla risoluzione delle controversie connotate da estraneità (<i>The Application of the Regulation on Mediation to Settle Disputes with Foreign Elements</i>)	» 767
<i>Emmanuel Pagano</i> - Ricongiungimento familiare, cittadinanza e residenza: dal caso <i>Zambrano</i> al caso <i>Dereci</i> (<i>From Zambrano Case to Dereci Case: Right to Family Reunion, Citizenship and Residence</i>)	» 467
<i>Vito Rubino</i> - Facilmente digeribile ... ma non per la Corte di giustizia! Ovvero: della nozione di «informazioni sulla salute»	

nell'etichettatura delle bevande alcoliche secondo la normativa UE (<i>Easily Digestible ... but not for the Court of Justice! That is the Notion of Health Information on the Labelling of Alcoholic Beverages in the EU Regulation</i>)	Pag. 697
<i>Daniela Savy</i> - La controversa interpretazione dell'Atto del 1976 relativo all'elezione dei membri del Parlamento europeo (Osservazioni a margine della sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 2009 in cause riunite n. C-393/07 e n. C-9/08) (<i>Issues About the Interpretation of the Act Concerning the Election of Representatives to the European Parliament</i>)	» 249
<i>Gian Franco Simonini</i> - La responsabilità del produttore: l'onere probatorio a carico delle parti (<i>Product Liability: Burden of Proof</i>)	» 285
<i>Paolo Stazi</i> - La sentenza <i>Brüstle</i> e la brevettabilità di invenzioni implicanti l'utilizzo di cellule staminali embrionali umane (<i>The Brüstle Case and the Patentability of Inventions Employing Human Embryo Stem Cells</i>)	» 485
<i>Pietro Troianiello</i> - Lo "strano mercato" dei diamanti nell'Unione europea (<i>The Strange Market of Diamonds in European Union</i>)	» 143
<i>Sergio Ventura</i> - Denominazione ingannevole e interesse del consumatore (<i>Misleading Labelling and Consumer Interest</i>)	» 99

COMUNICAZIONI E NOTE INFORMATIVE

<i>Fausto Capelli</i> - Indicazioni aggiuntive sulle caratteristiche dei prodotti agroalimentari di qualità e tutela dei consumatori secondo la normativa europea e alla luce della giurisprudenza della Corte di giustizia (<i>Additional Indications on the Characteristics of High Quality Food Products and Consumer Protection under European Provisions and in the Light of the Jurisprudence of the Court of Justice</i>)	» 197
<i>Ugo Draetta</i> - Quale futuro per l'Eurozona e l'Unione europea? (<i>Which Future for the Eurozone and for the European Union?</i>)	» 391

<i>Luigi Giampaolino</i> - Introduzione del Presidente della Corte dei conti in occasione del 150° anniversario dell'istituzione della Corte dei conti (<i>Statement of the President of the Italian Court of Auditors on the Occasion of the 150th Anniversary of the Italian Court of Auditors</i>)	Pag. 617
<i>Ernesto Lupo</i> - Relazione del Primo Presidente della Corte di cassazione in occasione dell'inaugurazione dell'anno giudiziario (<i>Statement of the First President of the Italian Court of Cassation on the Occasion of the Opening of the Judicial Year</i>)	» 805
<i>Massimo Panebianco</i> - <i>Miriam Immediato</i> - Mezzo secolo di commentari italiani sul diritto europeo: il Commentario <i>Curti Gialdino 2012</i> (<i>Half Century of Italian Commentaries on European Law: the Curti-Gialdino Commentary</i>)	» 183

GIURISPRUDENZA COMUNITARIA

I. SENTENZE E COMMENTI

Elezioni europee: la Corte di giustizia si pronuncia sui limiti del controllo di legittimità delle procedure elettorali nazionali da parte del Parlamento europeo Sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 2009 in cause riunite n. C-393/07 e n. C-9/08 <i>Repubblica italiana</i> , sostenuta da <i>Repubblica di Lettonia</i> , e <i>Beniamino Donnici</i> , sostenuto da <i>Repubblica italiana c. Parlamento europeo</i> , sostenuto da <i>Achille Occhetto</i> (con commento di <i>Daniela Savy</i>)	» 243
La Corte di giustizia dichiara incompatibili con il diritto dell'Unione i provvedimenti nazionali che privano i cittadini europei del godimento reale dei diritti discendenti da tale <i>status</i> Sentenza della Corte di giustizia dell'8 marzo 2011 in causa n. C-34/09 <i>Gerardo Ruiz Zambrano c. Office national de l'emploi (ONEm)</i> Sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 2011 in causa n. C-434/09 <i>Shirley McCarthy c. Secretary of State for the Home Department</i> (con commento di <i>Emmanuel Pagano</i>)	» 459 » 460

Tutela della salute e diritto all'informazione: la Corte di giustizia precisa le condizioni e i limiti dell'azione promozionale e dell'informazione nel settore dei medicinali per uso umano che l'industria farmaceutica deve osservare

Sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 2011 in causa n. C-249/09

Novo Nordisk AS c. Ravimiamet

Pag. 31

Sentenza della Corte di giustizia del 5 maggio 2011 in causa n. C-316/09

MSD Sharp & Dohme GmbH c. Merckle GmbH
(con commento di *Federico Forni*)

» 32

La Corte di giustizia si pronuncia sulla centralità della tutela dell'embrione umano ed esclude la brevettabilità di invenzioni che ne determinano la distruzione

Sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 2011 in causa n. C-34/10

Oliver Brüstle c. Greenpeace eV
(con commento di *Paolo Stazi*)

» 477

La Corte di giustizia dichiara incompatibili con il diritto dell'Unione i provvedimenti nazionali che privano i cittadini europei del godimento reale dei diritti discendenti da tale *status*

Sentenza della Corte di giustizia del 15 novembre 2011 in causa n. C-256/11

Murat Dereci, Vishaka Heiml, Alban Kokollari, Izunna Emmanuel Maduiké, Dragica Stevic c. Bundesministerium für Inneres
(con commento di *Emmanuel Pagano*)

» 460

Giochi d'azzardo: illegittime le sanzioni penali irrogate ai titolari di centri trasmissione dati (CTD) privi di concessione o autorizzazione di polizia collegati ad un bookmaker estero escluso discriminatoriamente dal bando di gara

Sentenza della Corte di giustizia del 16 febbraio 2012 in cause riunite n. C-72/10 e n. C-77/10

Procedimenti penali a carico di *Marcello Costa* e *Ugo Cifone*
(con commento di *Marco Inglese*)

» 495

Acquisto di biglietti aerei *on-line*: i supplementi di prezzo opzionali devono essere comunicati in modo non ambiguo e devono essere oggetto di esplicito consenso

Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa n. C-112/11

ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Ver-

<i>braucherzentralen und Verbraucherverbände - Verbraucherzentrale Bundesverband eV</i> (con commento di <i>Federico Forni</i>)	Pag. 677
È compatibile con il diritto Ue il divieto imposto ai produttori e distributori di vini di utilizzare l'indicazione «facilmente digeribile» nell'etichettatura e nella pubblicità Sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2012 in causa n. C-544/10 <i>Deutsches Weintor eG c. Land Rheinland-Pfalz</i> (con commento di <i>Vito Rubino</i>)	» 693
II. MASSIMARIO ANNOTATO (a cura di <i>Enrica Adobati</i>)	
La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 2003/88/Ce sull'orario di lavoro Sentenza della Corte di giustizia del 15 settembre 2011 in causa n. C-155/10 <i>Williams e a. c. British Airways plc</i>	» 73
Sentenza della Corte di giustizia del 24 gennaio 2012 in causa n. C-282/10 <i>Maribel Dominguez c. Centre informatique du Centre Ouest Atlantique, Préfet de région Centre</i>	» 74
La Corte di giustizia si pronuncia ancora sulla compatibilità della normativa italiana sui giochi d'azzardo con i principi della libertà di stabilimento e di libera prestazione di servizi Sentenza della Corte di giustizia del 16 febbraio 2012 in cause riunite n. C-72/10 e n. C-77/10 <i>Procedimenti penali a carico di Marcello Costa e Ugo Cifone</i>	» 267
Se il <i>tour operator</i> fallisce, il viaggiatore deve essere rimborsato Sentenza della Corte di giustizia del 16 febbraio 2012 in causa n. C-134/11 <i>Jürgen Blödel-Pawlik c. HanseMerkur Reiseversicherung AG</i>	» 77
Uno Stato membro (Germania) che ha negato il rilascio di una patente di guida non può negare successivamente il riconoscimento della patente rilasciata allo stesso soggetto da un altro Stato membro (Repubblica Ceca) Sentenza della Corte di giustizia del 1° marzo 2012 in causa n. C-467/10 <i>Procedimento penale a carico di Baris Akyüz</i>	» 78

La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 96/9/Ce sulla tutela giuridica delle banche dati

Sentenza della Corte di giustizia del 1° marzo 2012 in causa n. C-604/10

Football Dataco Ltd e a. c. Yahoo!UK Ltd e a.

Pag. 269

Inapplicabilità della direttiva n. 85/577/Cee ai contratti di assicurazione *united linked*

Sentenza della Corte di giustizia del 1° marzo 2012 in causa n. C-166/11

Ángel Lorenzo González Alonso c. Nationale Nederlanden Vida Cía. de Seguros y Reaseguros, S.A.E.

» 80

La Corte di giustizia interpretando la direttiva n. 2006/115/Ce precisa le ipotesi in cui gli utenti di fonogrammi sono tenuti a pagare un'equa remunerazione ai produttori

Sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 2012 in causa n. C-162/10

Phonographic Performance (Ireland) Limited c. Irlanda, Attorney General

» 84

Sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 2012 in causa n. C-135/10

Società Consortile Fonografici (SCF) c. Marco Del Corso

» 85

La direttiva comunitaria sulle clausole abusive non osta a che una normativa nazionale preveda la nullità di un contratto stipulato tra un professionista e un consumatore

Sentenza della Corte di giustizia del 15 marzo 2012 in causa n. C-453/10

Jana Pereničová e Vladislav Perenič c. SOS financ spol. s r. o.

» 82

Il Tribunale dell'Unione europea, interpretando il Regolamento n. 40/94/Ce sul marchio comunitario, precisa quando il titolare di un marchio può opporsi alla registrazione di un marchio simile

Sentenza del Tribunale dell'Unione europea del 21 marzo 2012 in causa n. T-63/09

Volkswagen AG c. UAMI

» 89

La Corte di giustizia afferma che una normativa nazionale (polacca) che consente l'immissione in commercio di medicinali (stranieri) non autorizzati contrasta con il diritto comunitario

Sentenza della Corte di giustizia del 29 marzo 2012 in causa n.

C-185/10 <i>Commissione europea c. Repubblica di Polonia</i>	Pag. 271
La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 2004/18/Ce sugli appalti pubblici e precisa in che modo, quando l'offerta contiene un prezzo anormalmente basso, l'amministrazione aggiudicatrice deve chiedere chiarimenti al candidato Sentenza della Corte di giustizia del 29 marzo 2012 in causa n. C-599/10 <i>SAG ELV Slovensko a.s., FELA Management AG, ASCOM (Schweiz) AG, Asseco Central Europe a.s., TESLA Stropkov a.s., Autostrade per l'Italia SpA, EFKON AG, Stalexport Autostrady SA c. Úrad pre verejné obstarávanie</i> , con l'intervento di: <i>Národná dial'ničná spoločnosť a.s.</i>	» 92
Il tributo annuale dovuto alle Camere di commercio locali non contrasta con il diritto comunitario Sentenza della Corte di giustizia del 19 aprile 2012 in causa n. C-443/09 <i>Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura (CCIAA) di Cosenza c. Fallimento Grillo Star S.r.l.</i>	» 273
La Corte di giustizia si pronuncia ancora sulle clausole abusive contenute in un contratto riguardante i consumatori Sentenza della Corte di giustizia del 26 aprile 2012 in causa n. C-472/10 <i>Nemzeti Fogyasztóvédelmi Hatóság c. Invitel Távközlési Zrt</i>	» 274
La normativa italiana che obbliga un operatore economico a disporre di un capitale sociale pari a dieci milioni di euro per essere abilitato alla riscossione dei tributi locali contrasta con il diritto comunitario Sentenza della Corte di giustizia del 10 maggio 2012 in cause riunite da n. C-357/10 a n. C-359/10 <i>Duomo Gpa Srl (C-357/10), Gestione Servizi Pubblici Srl (C-358/10), Irtel Srl (C-359/10) c. Comune di Baranzate (C-357/10 e C-358/10), Comune di Venegono Inferiore (C-359/10)</i> , con l'intervento di: <i>Agenzia Italiana per le Pubbliche Amministrazioni SpA (AIPA)</i>	» 276
La Corte di giustizia si pronuncia su un appalto pubblico di fornitura subordinato al rispetto di condizioni di carattere ecologico Sentenza della Corte di giustizia del 10 maggio 2012 in causa n.	

C-368/10 <i>Commissione europea c. Regno dei Paesi Bassi</i>	Pag. 278
La Corte di giustizia si pronuncia ancora sulla tutela dei consumatori nell'ambito dei contratti di credito di cui alla direttiva n. 2008/48/Ce Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2012 in causa n. C-602/10 <i>SC Volksbank România SA c. Autoritatea Națională pentru Protecția Consumatorilor – Comisariatul Județean pentru Protecția Consumatorilor Călărași (CJPC)</i>	» 525
Alle attività di normalizzazione e di certificazione poste in essere da un ente di diritto privato si applica la normativa comunitaria sulla libera circolazione delle merci Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2012 in causa n. C-171/11 <i>Fra.bo SpA c. Deutsche Vereinigung des Gas- und Wasserfaches eV (DVGW) – Technisch-Wissenschaftlicher Verein</i>	» 528
La Corte di giustizia si pronuncia precisando le modalità per vietare la pubblicità delle case da gioco straniere all'interno di uno Stato membro Sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 2012 in causa n. C-176/11 <i>HIT hoteli, (...), HIT LARIX, (...) c. Bundesminister für Finanzen</i>	» 529
La Corte di giustizia interviene sulle regole che devono essere seguite nella commercializzazione di viaggi aerei tramite internet Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa n. C-112/11 <i>ebookers.com Deutschland GmbH c. Bundesverband der Verbraucherzentralen und Verbraucherverbände – Verbraucherzentrale Bundesverband eV</i>	» 531
La Corte di giustizia precisa l'espressione «licenziatario di diritti preesistenti» nell'ambito di una procedura di registrazione di un nome di dominio.eu Sentenza della Corte di giustizia del 19 luglio 2012 in causa n. C-376/11 <i>Pie Optiek SPRL c. Bureau Gevers SA, European Registry for Internet Domains ASBL</i>	» 533

Se la violazione della libertà di culto è grave scatta il diritto d'asilo

Sentenza della Corte di giustizia del 5 settembre 2012 in cause riunite n. C-71/11 e n. C-99/11

Bundesrepublik Deutschland c. Y (C-71/11), Z (C-99/11), con l'intervento di: *Vertreter des Bundesinteresses beim Bundesverwaltungsgericht, Bundesbeauftragter für Asylangelegenheiten beim Bundesamt für Migration und Flüchtlinge*

Pag. 535

La messa in coltura di OGM non può essere assoggettata ad una procedura nazionale di autorizzazione, quando il loro impiego e la loro commercializzazione sono autorizzati dal Regolamento (Ce) n. 1829/2003

Sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2012 in causa n. C-36/11

Pioneer Hi Bred Italia Srl c. Ministero delle Politiche agricole alimentari e forestali

» 537

La Corte di giustizia interpreta il Regolamento n. 44/2001 nell'ambito di una controversia tra consumatori

Sentenza della Corte di giustizia del 6 settembre 2012 in causa n. C-190/11

Daniela Mühlleitner c. Ahmad Yusufi, Wadat Yusufi

» 539

La Corte di giustizia interpreta la direttiva n. 2005/29/Ce nell'ambito delle pratiche sleali (aggressive) nei confronti di un consumatore

Sentenza della Corte di giustizia del 18 ottobre 2012 in causa n. C-428/11

Purely creative Ltd, Winners Club Ltd, McIntyre & Dodd Marketing Ltd, Dodd Marketing Ltd, Adrian Williams, Wendy Ruck, Catherine Cummings, Peter Henrye a. c. Office of Fair Trading

» 709

La Corte di giustizia precisa i limiti della tutela per gli utilizzatori di mezzi aerei e ferroviari in termini di risarcimento e di migliore informazione

Sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 2012 in causa n. C-581/10 e n. C-629/10

Emeka Nelson, Bill Chinazo Nelson, Brian Cheimezie Nelson c. Deutsche Lufthansa AG (n. C 581/10), e The Queen, su istanza di: TUI Travel plc, British Airways plc, easyJet Airline Company Ltd, International Air Transport Association c. Civil Aviation Authority (n. C 629/10)

» 711

Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012 in causa n. C-139/11 <i>Joan Cuadrench Moré c. Koninklijke Luchtvaart Maatschappij NV</i>	Pag. 712
Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012 in causa n. C-410/11 <i>Pedro Espada Sánchez, Alejandra Oviedo Gonzáles, Lucía Espada Oviedo, Pedro Espada Oviedo c. Iberia Líneas Aéreas de España SA</i>	» 712
Sentenza della Corte di giustizia del 22 novembre 2012 in causa n. C-136/11 <i>Westbahn Management GmbH c. ÖBB-Infrastruktur AG</i>	» 713
È possibile limitare il diritto alle ferie retribuite in caso di riduzione dell'orario di lavoro Sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 2012 in cause riunite n. C-229/11 e n. C-230/11 <i>Alexander Heimann e Konstantin Toltschin c. Kaiser GmbH</i>	» 717
La Corte di giustizia si pronuncia sul calcolo dell'indennità di licenziamento nell'ambito delle discriminazioni vietate Sentenza della Corte di giustizia del 6 dicembre 2012 in causa n. C-152/11 <i>Johann Odar c. Baxter Deutschland GmbH</i>	» 718
La Corte di giustizia fissa la portata e i limiti di una domanda di ingiunzione di pagamento in conformità al Regolamento (Ce) n. 1896/2006 Sentenza della Corte di giustizia del 13 dicembre 2012 in causa n. C-215/11 <i>Iwona Szyrocka c. SiGer Technologie GmbH</i>	» 720

GIURISPRUDENZA ITALIANA E STRANIERA

Corte costituzionale italiana e Corte EDU a confronto sulla portata e i limiti del principio di retroattività della legge penale più favorevole Sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, Grande Camera, del 17 settembre 2009 - Ricorso n. 10249/03 <i>Scoppola c. Italia</i> (con commento di Anna Iermano)	» 724
---	-------

I diversi orientamenti della giurisprudenza in tema di responsabilità da prodotto difettoso e onere della prova Sentenza del Tribunale Pontedera (sez. Pisa) del 16 marzo 2011 <i>Castaldi c. Soc. Piaggio & C.</i>	Pag. 281
Sentenza della Corte di cassazione, III sezione civile, del 13 dicembre 2010 n. 25116 <i>Auteri c. Soc. Guaber</i>	» 282
Sentenza della Corte di cassazione, III sezione civile, del 4 gennaio 2010 n. 14 <i>General Motors Italia srl c. A. G., A. G., A. A., A. P.</i>	» 282
Sentenza della Corte di cassazione, III sezione civile, dell'8 ottobre 2007 n. 20985 <i>Bellomi c. Mentor Corporation e altro</i> (con commento di <i>Gian Franco Simonini</i>)	» 283
Corte costituzionale italiana e Corte EDU a confronto sui limiti e sulla portata del principio di retroattività della legge penale più favorevole Sentenza della Corte costituzionale del 19-22 luglio 2011 n. 236 Corte di cassazione, Corte d'appello di Venezia e Corte d'appello di Bari (con commento di <i>Anna Iermano</i>)	» 723
Il TAR Lazio censura la pubblicità ingannevole sull'indicazione geografica di un prodotto agroalimentare Sentenza del Tribunale Amministrativo Regionale per il Lazio, sezione prima, del 12 ottobre-8 novembre 2011 n. 8553/2011 <i>Federazione Provinciale Coldiretti di Foggia e Pietro Salcuni c. Autorità Garante della Concorrenza e del Mercato nei confronti di Caseificio Antonio Cordisco s.r.l.</i> (con commento di <i>Sergio Ventura</i>)	» 95
L'errore nei colori del logo DOP non integra il reato di contraffazione Sentenza del Tribunale di Savona, sezione penale, del 3-17 maggio 2012 n. 283 Procedimento penale a carico di <i>Marasch Daniel</i> (con commento di <i>Giuseppe Bertoli</i>)	» 541

ATTI DELLE ISTITUZIONI EUROPEE**Salvaguardia della pace e della sicurezza internazionali: introduzione di un sistema di certificazione e controlli per impedire il commercio illegale di diamanti grezzi**

Regolamento (Ce) n. 2368/2002 del Consiglio, del 20 dicembre 2002, relativo all'attuazione del sistema di certificazione del processo di Kimberley per il commercio internazionale di diamanti grezzi

(con commento di *Pietro Troianiello*)

Pag. 140

Proposta di modifica del Regolamento sui *novel foods*: tutela della salute dei consumatori europei e nuovi processi produttivi che utilizzano le nanotecnologie e le nanoscienze

Proposta di Regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai nuovi prodotti alimentari e recante modifica del Regolamento (Ce) n. XXX/XXXX [procedura uniforme] del 14 gennaio 2008, Com(2007) 872 definitivo

(con commento di *Daniela Marrani*)

» 553

Cooperazione giudiziaria in materia civile: armonizzazione delle procedure di esecuzione delle sentenze che dispongono il recupero di crediti alimentari nello spazio europeo

Regolamento (Ce) n. 4/2009 del Consiglio, del 18 dicembre 2008, relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni e alla cooperazione in materia di obbligazioni alimentari

(con commento di *Angela Martone*)

» 311

Proposta di modifica del Regolamento sui *novel foods*: tutela della salute dei consumatori europei e nuovi processi produttivi che utilizzano le nanotecnologie e le nanoscienze

Posizione del Parlamento europeo definita in seconda lettura il 7 luglio 2010 in vista dell'adozione del Regolamento (Ue) n. .../2010 del Parlamento europeo e del Consiglio relativo ai nuovi alimenti, che modifica il Regolamento (Ce) n. 1331/2008 e che abroga il Regolamento (Ce) n. 258/97 ed il Regolamento (Ce) n. 1852/2001 della Commissione (P7_TC2-COD (2008) 0002)

(con commento di *Daniela Marrani*)

» 554

La disciplina del sistema di allarme rapido in materia di prodotti alimentari

Regolamento (Ue) n. 16/2011 della Commissione, del 10 gennaio

2011, recante disposizioni di applicazione relative al sistema di allarme rapido per gli alimenti ed i mangimi (con commento di <i>Fausto Capelli</i>)	Pag. 347
L'Unione europea garantisce la libera circolazione dei pazienti e il loro diritto a prestazioni di assistenza sanitaria transfrontaliera	
Direttiva 2011/24/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio, del 9 marzo 2011, concernente l'applicazione dei diritti dei pazienti relativi all'assistenza sanitaria transfrontaliera (con commento di <i>Marco Inglese</i>)	» 103
Armonizzazione delle discipline nazionali per una maggior tutela dei diritti dei consumatori nei contratti a distanza e nei contratti negoziati fuori dei locali commerciali	
Direttiva n. 2011/83/Ue del Parlamento europeo e del Consiglio del 25 ottobre 2011 sui diritti dei consumatori, recante modifica della direttiva n. 93/13/Cee del Consiglio e della direttiva n. 1999/44/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio e che abroga la direttiva n. 85/577/Cee del Consiglio e la direttiva n. 97/7/Ce del Parlamento europeo e del Consiglio (con il contributo di <i>Silvia Marino</i>)	» 573
Salvaguardia della pace e della sicurezza internazionali: introduzione di un sistema di certificazione e controlli per impedire il commercio illegale di diamanti grezzi	
Regolamento di esecuzione (Ue) n. 1116/2011 della Commissione del 31 ottobre 2011 che modifica il Regolamento (Ce) n. 2368/2002 del Consiglio relativo all'attuazione del sistema di certificazione del processo di Kimberley per il commercio internazionale di diamanti grezzi (con commento di <i>Pietro Troianiello</i>)	» 139
Consiglio europeo	
Linee concordate di comunicazione degli Stati membri della zona euro, 30 gennaio 2012	» 360
Dichiarazione dei membri del Consiglio europeo, 30 gennaio 2012	» 359
Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo, 1-2 marzo 2012	» 355
Dichiarazione dei Capi di Stato o di Governo della zona euro, 2 marzo 2012	» 358
Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo, 28-29 giugno 2012	» 603

Dichiarazione del vertice della zona euro, 29 giugno 2012	Pag. 606
Conclusioni del Consiglio europeo, 18-19 ottobre 2012	» 757
Conclusioni del Consiglio europeo, 13-14 dicembre 2012	» 760

DOCUMENTAZIONE

Mediazione, conciliazione, arbitrato: sistemi alternativi di risoluzione delle controversie civili e commerciali per migliorare l'efficienza e la qualità della giustizia

Decreto legislativo n. 28 del 4 marzo 2010 - Attuazione dell'art. 60 della legge 18 giugno 2009, n. 69, in materia di mediazione finalizzata alla conciliazione delle controversie civili e commerciali	» 763
(con commento di <i>Loredana Mura</i>)	

BRICS e SCO: nuovi modelli organizzativi internazionali di cooperazione antiterrorismo e di integrazione intercontinentale

Dichiarazione di Sanya - <i>Summit</i> dei Capi di Stato e di Governo dei BRICS, 14 aprile 2011	» 151
Dichiarazione di Astana del decimo anniversario dell'Organizzazione di Shanghai per la Cooperazione, 15 giugno 2011	» 153
(con commento di <i>Ciro Manzolino</i>)	

Rapporto del Ministero della Salute sull'applicazione del sistema di allarme rapido in materia di prodotti alimentari

Ministero della Salute - Relazione sul sistema di allerta comunitario - anno 2011	» 361
(in argomento il contributo di <i>Fausto Capelli</i>)	

La Croazia nel 2013 diventa membro dell'Unione europea: gestione delle nuove frontiere esterne e controllo di frontiera sui valichi comuni

Trattato tra il Regno del Belgio, la Repubblica di Bulgaria, la Repubblica ceca, il Regno di Danimarca, la Repubblica federale di Germania, la Repubblica di Estonia, l'Irlanda, la Repubblica ellenica, il Regno di Spagna, la Repubblica francese, la Repubblica italiana, la Repubblica di Cipro, la Repubblica di Lettonia, la Repubblica di Lituania, il Granducato di Lussemburgo, la Repubblica di Ungheria, la Repubblica di Malta, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica d'Austria, la Repubblica di Polonia, la Repubblica portoghese, la Romania, la Repubblica di Slove-

- nia, la Repubblica Slovacca, la Repubblica di Finlandia, il Regno di Svezia, il Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord (Stati membri dell'Unione europea) e la Repubblica di Croazia relativo all'adesione della Repubblica di Croazia all'Unione europea Pag. 607
- Atto relativo alle condizioni di adesione della Repubblica di Croazia e agli adattamenti del Trattato sull'Unione europea, del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea e del Trattato che istituisce la Comunità europea dell'energia atomica » 609
(con nota di *Giuseppe Licastro*)
- Mediazione, conciliazione, arbitrato: sistemi alternativi di risoluzione delle controversie civili e commerciali per migliorare l'efficienza e la qualità della giustizia**
- European judicial systems - Edition 2012 (2010 data) - Efficiency and quality of justice » 764
(con commento di *Loredana Mura*)

RECENSIONI

- AA. VV.* (a cura di Marilisa D'Amico e Barbara Randazzo), *Alle frontiere del diritto costituzionale. Scritti in onore di Valerio Onida* (*Massimo Panebianco*) » 630
- T. A. Алексеева - П. Каталано* (ред.) [a cura di T. A. Alexeeva - P. Catalano], *Правовые Аспекты БРИКС, Aspetti giuridici del BRICS, Legal Aspects of BRICS* (*Massimo Panebianco*) » 403
- Maria Caterina Baruffi - Isolde Quadranti* (a cura di), *Libera circolazione e diritti dei cittadini europei* (*Rossana Palladino*) » 826
- Armin von Bogdandy*, *I principi fondamentali dell'Unione Europea - Un contributo allo sviluppo del costituzionalismo europeo* (*Carlo Amirante*) » 623
- Paulo Borba Casella*, *BRIC: Brésil, Russie, Inde, Chine et Afrique du Sud - A l'heure d'un nouvel ordre juridique international* (*Massimo Panebianco*) » 403
- Fausto Capelli* (a cura di), *Una battaglia di civiltà e per lo sviluppo - Combattere la corruzione e prevenire lo sperpero del pubblico denaro* (*Roberto Castelli Dezza*) » 207

<i>Angela Di Stasi</i> , Il diritto all'equo processo nella CEDU e nella Convenzione americana sui diritti umani. Analogie, dissonanze e profili di convergenza giurisprudenziale (<i>Francesca Per-rini</i>)	Pag. 829
<i>Bruno Nascimbene</i> , Divorzio, diritto internazionale privato e dell'Unione europea (<i>Angela Martone</i>)	» 823
Indice 2012	» 833
Hanno collaborato	213, 407, 633, 831