

Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 2013 | anno VIII



Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 2013 | anno VIII

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

DA OLTRE 50 ANNI CREDIAMO NEL SUD.



E IL SUD IN NOI.

Lo sviluppo locale è da sempre la nostra priorità. Con impegno e determinazione, interpretando le necessità di famiglie, imprese e istituzioni, siamo diventati il polo creditizio di riferimento del Mezzogiorno. Ma la nostra crescita è stata così impetuosa da renderci protagonisti anche in ambito nazionale. Tutto questo è stato possibile grazie al sostegno dei nostri Soci e alla fiducia che i clienti hanno riposto in noi.

www.popolarebari.it



Il valore di radici forti.

Studi sull'integrazione europea

numero 2 · 2013 | anno VIII

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE
BARI

Direzione

Ennio Triggiani – Ugo Villani

Comitato scientifico

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

Comitato di redazione

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

Alla redazione del presente fascicolo ha collaborato la dott.ssa Denise Milizia

Comitato dei referees

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

www.studisullintegrazioneeuropea.eu

Direzione e Redazione

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

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

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

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© 2013 Cacucci Editore – Bari

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

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

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

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

Sommario



ARTICOLI

- Ugo VILLANI
Una rilettura della sentenza *Van Gend en Loos* dopo cinquant'anni 225
- Giovanni CELLAMARE
Caratteri e funzioni delle attività operative integrate per il Mali 239
- Emanuela PISTOIA
Il volontarismo regolamentato nell'azione europea a sostegno della responsabilità sociale d'impresa 259
- Amedeo ARENA
The Court of Justice as EU's Informal Agenda-Setter: The Judicialization of European Audiovisual Policy 285
- Francesco CHERUBINI
Le prime due generazioni di diritti umani: origine, evoluzione e prassi recente 303
- Marinella GIANNELLI
La "condizionalità democratica" e la sua applicabilità alle istituzioni finanziarie internazionali 327

NOTE E COMMENTI

- Cristiana CARLETTI
Opportunità di crescita delle *partnerships* istituzionali dell'Unione europea tra Medio Oriente ed Asia: il Consiglio di cooperazione del Golfo e l'Organizzazione per la cooperazione di Shanghai 353

Leonardo PASQUALI La libertà di stabilimento degli avvocati nell'Unione europea: i limiti all'utilizzabilità di decisioni di riconoscimento alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali	375
Vito RUBINO Ai confini della nozione di rifiuto: la disciplina dei sottoprodotti dopo la direttiva 2008/98/CE	393
RECENSIONI	
Giuseppe DI GASPARE, <i>Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche</i> , Padova, Cedam, 2011 (A. Zorzi Giustiniani)	411
Bruno NASCIBENE, Luciano GAROFALO, <i>Studi su ambiente e diritto. Il diritto dell'Unione europea</i> , Bari, Cacucci, 2012 (E. Bergamini)	418
Libri ricevuti	421
Indice degli autori	423

Summary



ARTICLES

- Ugo VILLANI
A Reading of *Van Gend en Loos* Judgment Fifty Years
Later 225
- Giovanni CELLAMARE
Characters and Functions of the Integrated Operational
Activities for Mali 239
- Emanuela PISTOIA
Regulating Voluntarism in Support to Corporate Social
Responsibility in the EU 259
- Amedeo ARENA
The Court of Justice as EU's Informal Agenda-Setter:
The Judicialization of European Audiovisual Policy 285
- Francesco CHERUBINI
The First Two Generations of Human Rights: Origin,
Evolution and Recent Practice 303
- Marinella GIANNELLI
Human Rights Conditionality and Its Applicability to the
International Financial Institutions 327

NOTES AND COMMENTS

- Cristiana CARLETTI
Institutional Partnerships of the European Union from
Middle East to Asia in a Challenging Perspective: The
Gulf Cooperation Council and the Shanghai Cooperation
Organization 353

Leonardo PASQUALI Freedom of Establishment of Lawyers in the European Union: Limits to the Use of Decisions of Recognition in the Light of the Most Recent Judgments	375
Vito RUBINO At the Boundaries of Waste: By-Products in 2008/98/EC Directive	393
BOOK REVIEWS	
Giuseppe DI GASPARE, <i>Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi siste- miche</i> , Padova, Cedam, 2011 (A. Zorzi Giustiniani)	411
Bruno NASCIBENE, Luciano GAROFALO, <i>Studi su ambi- ente e diritto. Il diritto dell'Unione europea</i> , Bari, Cacucci, 2012 (E. Bergamini)	418
Books received	421
List of contributors	423



Articoli

Ugo Villani*

Una rilettura della sentenza *Van Gend en Loos* dopo cinquant'anni**

SOMMARIO: 1. La sentenza del 5 febbraio 1963 e la sua risonanza “storica”. – 2. I precedenti della sentenza *Van Gend en Loos*. – 3. La costruzione sistematica dell’ordinamento comunitario nella sentenza *Van Gend en Loos*. – 4. I rapporti tra il diritto comunitario e quello degli Stati membri. – 5. La competenza della Corte di giustizia. – 6. Il primato del diritto comunitario. – 7. L’inquadramento dell’ordinamento comunitario nel diritto internazionale. – 8. Il metodo interpretativo e l’“effetto utile”. – 9. Le condizioni della efficacia diretta. – 10. Conclusioni.

1. Il 5 febbraio 1963 la Corte di giustizia delle Comunità europee emanava una sentenza nell’affare *Van Gend en Loos*, causa 26/62¹, destinata a entrare nella storia dell’integrazione europea, nella quale la Corte definiva i caratteri e i principi fondamentali dell’ordinamento comunitario e ne delineava una ricostruzione sistematica; su questa si sarebbero fondate la successiva giurisprudenza comunitaria e la complessiva architettura di tale ordinamento giuridico. Com’è ampiamente noto, la Corte era chiamata a risolvere la questione, sottoposta in via pregiudiziale dalla *Tariefcommissie*, supremo giudice olandese in materia fiscale, se l’art. 12 del Trattato CEE, il quale vietava agli Stati membri di introdurre o di aumentare nei loro rapporti commerciali reciproci dazi doganali all’importazione e all’esportazione o tasse di effetto equivalente, avesse efficacia immediata negli ordinamenti interni di tali Stati, attribuendo ai singoli dei diritti soggettivi che il giudice nazionale avesse il dovere di tutelare.

La Corte, sia pure a stretta maggioranza (quattro voti su sette) e pronunciandosi in senso difforme sia dalle conclusioni dell’Avvocato generale Karl Roemer² che dal progetto di decisione del giudice relatore, risolse in senso affermativo la questione. Seguendo l’impostazione del giudice italiano, l’autorevole privatista Alberto

* Ordinario di Diritto internazionale nell’Università degli studi di Bari Aldo Moro.

** Testo riveduto di un intervento tenuto nel Convegno “A 50 anni dalla sentenza *Van Gend en Loos*: la giurisprudenza della Corte di Giustizia e della Corte Costituzionale”, svoltosi il 4 marzo 2013 presso l’Università degli studi di Salerno.

¹ In *Raccolta*, p. 3 ss.

² Ivi, p. 29 ss. Le informazioni sulle vicende “interne” alla elaborazione della sentenza sono tratte da P. GORI, *Quindici anni insieme ad Alberto Trabucchi alla Corte di Giustizia delle C.E.*, in *Contratto e Impresa/Europa*, 2008, p. 24 ss., in specie p. 27 ss.

Trabucchi, la Corte, premesso che per accertare se le disposizioni di un trattato internazionale abbiano tale efficacia immediata (o diretta) si deve avere riguardo allo spirito, alla struttura ed al tenore di esso, ricavò da una serie di elementi, attinenti sia agli scopi del Trattato CEE che al quadro istituzionale della Comunità, la conclusione che quest'ultima “costituisce un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini”³. Il diritto comunitario, pertanto, è idoneo ad attribuire sia obblighi che diritti soggettivi ai singoli; e l'art. 12, in ragione del divieto chiaro e incondizionato che poneva agli Stati, doveva ritenersi idoneo ad attribuire ai singoli dei diritti corrispondenti, che i giudici nazionali erano tenuti a tutelare⁴.

L'importanza “storica” della sentenza fu immediatamente percepita dalla dottrina, anche se non tutti ne condivisero i contenuti. Paolo Gori, referendario di Alberto Trabucchi, parlò di una “pietra miliare nell'affermazione del diritto europeo” e di una sentenza che ha “gettato la prima ardita arcata di un ponte destinato a far superare del tutto la barriera delle sovranità particolari dei vari Stati membri”⁵. Il valore “fondativo” della sentenza fu, in un certo senso, pubblicizzato dagli stessi giudici (o ex giudici) della Corte, a cominciare dallo stesso Trabucchi, nonché da alti funzionari delle istituzioni europee⁶, che vi dedicarono importanti studi, frutto – si direbbe – di una loro azione coordinata⁷. Né l'eco della sentenza si attenuò nel tempo: ai numerosissimi commenti ad essa coevi⁸ fa riscontro un'attenzione che

³ *Ivi*, p. 23.

⁴ *Ivi*, p. 23 s.

⁵ P. GORI, *Una pietra miliare nell'affermazione del diritto europeo*, in *Giurisprudenza italiana*, 1963, IV, c. 49 ss. e c. 56.

⁶ A. TRABUCCHI, *Un nuovo diritto*, in *Rivista di diritto civile*, 1963, I, p. 259 ss.; si vedano, inoltre, N. CATALANO, *L'inserimento diretto delle disposizioni contenute nel trattato istitutivo della Comunità Economica Europea negli ordinamenti giuridici degli Stati membri*, in *Foro padano*, 1963, V, c. 33 ss.; A. DONNER, *National Law and the Case Law of the Court of Justice of the European Community*, in *Common Market Law Review*, 1963, p. 8 ss.; M. GAUDET, *Incidences des Communautés européennes sur le droit interne des Etats membres*, in *Annales de la Faculté de droit de Liège*, 1963, p. 5 ss., in specie p. 24; R. LECOURT, *L'Europe dans le prétoire*, in *Le monde*, 23 février 1963, p. 1.

⁷ Cfr. A. VAUCHEZ, *Judge-made law. Aux origines du «modèle» politique communautaire (retour sur Van Gend & Loos et Costa c. ENEL)*, in O. COSTA, P. MAGNETTE (dirs.), *Une Europe des élites? Réflexions sur la fracture démocratique de l'Union européenne*, Bruxelles, 2007, p. 139 ss., in specie p. 148 ss.

⁸ Oltre agli scritti citati alle note 5 e 6, ricordiamo, senza pretesa di completezza, M. BERRI, *Sull'efficacia delle sentenze della Corte di Giustizia delle Comunità europee in materia di interpretazione giurisprudenziale autentica ai sensi dell'art. 177 del Trattato CEE*, in *Giustizia civile*, 1963, I, p. 1226 ss.; F. DURANTE, *Giudizio pregiudiziale, rapporti tra ordinamenti e principio di effettività nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Rivista di diritto internazionale*, 1963, p. 415 ss.; P. HAY, *European Economic Community – Res Judicata and Precedent in the Court of Justice of the Common Market*, in *American Journal of Comparative Law*, 1963, p. 404 ss.; N. S. MARSH, *Some Reflections on Legal Integration in Europe*, in *International and Comparative Law Quarterly*, 1963, p. 1411 ss.; A. MIGLIAZZA, *Ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali*, in *Rivista di diritto processuale*, 1963, p. 651 ss.; J. ROBERT, *Sur une égalité des droits devant la Communauté économique européenne des ressortissants des Etats membres avec ces Etats eux-mêmes*, in *Recueil Sirey*, 1963, p. 29 ss.; SK., in *Common Market Law Review*, 1963, p. 88 ss.; J. I. STEENBERGEN, *Nationaal Recht in de EEG*, in *Weekblad voor fiscaal recht*, 1963, pp. 297 ss. e 321 ss.; L.-P. SUETENS, *Hebben de bepalingen van het*

permane costante nella dottrina⁹, accompagnata dal riconoscimento della stessa sentenza quale pietra angolare della costruzione dell'ordinamento giuridico europeo, alla quale spetta la posizione di primo piano tra i “*grands arrêts*”¹⁰ della Corte di giustizia.

2. Le affermazioni contenute nella sentenza del 5 febbraio 1963, peraltro, trovavano dei precedenti nella giurisprudenza della Corte e, come vedremo, persino in quella nazionale. Sembrerebbe che, al pari della “*natura*”, anche ... “*curia non facit saltus*” e che la sentenza *Van Gend en Loos* rappresenti il risultato di una maturazione avvenuta in un terreno fecondato dalla giurisprudenza anteriore.

Già nella sentenza del 23 febbraio 1961, causa 30/59¹¹, la Corte, con riferimento alla CECA, pur senza parlare espressamente di una (parziale) rinuncia degli Stati membri ai loro poteri sovrani, aveva fatto delle affermazioni sostanzialmente equivalenti, dichiarando che l'attribuzione di dati poteri alle istituzioni comunitarie aveva privato gli Stati dei poteri corrispondenti. La Corte, infatti, aveva sancito che, “entro l'ambito comunitario, cioè per quanto si riferisce al perseguimento degli scopi comuni entro il mercato comune, le Istituzioni della Comunità sono state dotate di competenza esclusiva” e aveva evidenziato “la volontà del Trattato di riservare alle istituzioni comunitarie, ad esclusione degli Stati, la facoltà di concedere, nell'ambito della Comunità, sovvenzioni o aiuti ed imporre oneri speciali, sotto qualunque forma”¹².

EEG-Verdrag rechtstreekse werking?, in *Rechtskundig weekblad*, 1962-1963, c. 1939 ss.; I. TELCHINI, *L'interpretazione di norme comunitarie e le giurisdizioni nazionali*, in *Diritto internazionale*, 1963, I, p. 247 ss.; A. VALENTI, L. PELLEGRINI, in *Rivista di diritto europeo*, 1963, p. 253 ss.; J. AMPHOUX, *A propos de l'arrêt 26/62 (Société N.V. Algemene Transport en Expeditie Onderneming Van Gend en Loos contre Administration fiscale néerlandaise) rendu le 5 février 1963 par la Cour de justice des Communautés européennes*, in *Revue Générale de Droit International Public*, 1964, p. 110 ss.; S. A. RIESENFELD, R. M. BUXBAUM, *N. V. Algemene Transport- En Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Administration Fiscale Néerlandaise: A Pioneering Decision of the Court of Justice of the European Communities*, in *American Journal of International Law*, 1964, p. 152 ss.; N. RONZITTI, *L'art. 12 del trattato istitutivo della C.e.e. ed i rapporti tra ordinamento comunitario ed ordinamento degli Stati membri*, in *Il Foro italiano*, 1964, IV, c. 98 ss.; J. A. PELLICER VALERO, *Interpretación jurisprudencial del artículo 12 del Tratado de la C. E. E.*, in *Revista de Derecho Mercantil*, 1965, p. 271 ss.

⁹ Si vedano R. LECOURT, *Quel eût été le droit des Communautés sans les arrêts de 1963 et de 1964 (1)?*, in *L'Europe et le droit. Mélanges en hommage à Jean Boulouis*, Paris, 1991, p. 349 ss.; N. FENNELLY, *The Dangerous Idea of Europa? Van Gend en Loos (1963)*, in E. O'DELL (ed.), *Leading Cases of the Twentieth Century*, Dublin, 2000, p. 220 ss.; A. VAUCHEZ, *op. cit.*, p. 139 ss.; M. RASMUSSEN, *The Origins of a Legal Revolution – The Early History of the European Court of Justice*, in *Zeitschrift für Geschichte der Europäischen Integration*, 2008, p. 77 ss.; P. PESCATORE, *Van Gend en Loos, 3 February 1963 – A View from Within*, in M. POIARES MADURO, L. AZOULAI (eds.), *The Past and Future of EU Law. The Classics of EU Law Revisited on the 50th Anniversary of the Rome Treaty*, Oxford-Portland, 2010, p. 3 ss.; B. DE WITTE, *The Continuous Significance of Van Gend en Loos*, *ivi*, p. 9 ss.; F. C. MAYER, *Van Gend en Loos: The Foundation of a Community of Law*, *ivi*, p. 16 ss.; D. HALBERSTAM, *Pluralism in Marbury and Van Gend*, *ivi*, p. 26 ss.; J. ZILLER, *Relire Van Gend en Loos*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2012, p. 513 ss.

¹⁰ È questa l'espressione recentemente usata da A. TIZZANO, *I “Grands Arrêts” della giurisprudenza dell'Unione europea*, Torino, 2012, tra i quali, ovviamente, è presente, a p. 16 ss., la sentenza *Van Gend en Loos*.

¹¹ In *Raccolta*, p. 7 ss.

¹² *Ivi*, p. 42.

Anche il riconoscimento dell'idoneità dei Trattati a porre norme direttamente applicabili trovava un precedente in una sentenza del 23 aprile 1956, cause 7 e 9/54¹³. In essa, relativamente all'art. 4 del Trattato CECA – il quale dichiarava “incompatibili col mercato comune e pertanto aboliti e vietati, nelle condizioni previste dal presente Trattato” i sistemi e le pratiche enunciati nei commi a), b), c), d) – aveva affermato che “quelle disposizioni dell'art. 4 che non trovano nel Trattato alcuna norma integrativa, sono di per sé complete ed immediatamente applicabili”¹⁴. La stessa diretta applicazione delle disposizioni comunitarie, nella versione più avanzata consistente nell'attribuzione di un diritto ai singoli, sia pure in un ambito molto limitato, come quello dei privilegi e delle immunità dei funzionari delle Comunità, era stata dichiarata dalla Corte nella sentenza del 16 dicembre 1960, causa 6/60¹⁵. Secondo la Corte il Protocollo relativo a tali privilegi e immunità “attribuisce quindi alle persone alle quali si riferisce un diritto soggettivo di cui è assicurata la tutela mediante il diritto di ricorso previsto dall'art. 16 del Protocollo stesso”¹⁶, esperibile, peraltro, dinanzi alla stessa Corte, non al giudice nazionale.

Questa sentenza si segnala anche per un altro importante principio, che, sebbene non esplicito nella sentenza *Van Gend en Loos*, è da essa presupposto: quello del primato del diritto comunitario sul diritto nazionale degli Stati membri. Con riguardo sempre al Trattato CECA e al predetto Protocollo, la Corte dichiara, infatti, che essi, “a seguito della loro ratifica, hanno forza di legge negli Stati membri e prevalgono sul diritto interno”. La Corte, peraltro, non costruisce ancora tale primato come implicante l'invalidità (o almeno la disapplicazione) del diritto interno; la sentenza in esame dichiara, invero, che “ove in una sua sentenza la Corte accerti che un atto legislativo od amministrativo degli organi di uno Stato membro contrasta col diritto comunitario, l'art. 86 del Trattato C.E.C.A. impone a tale Stato tanto di revocare l'atto di cui trattasi quanto di riparare gl'illeciti effetti che ne possono essere derivati”¹⁷.

Anche la configurazione dei rapporti tra il diritto interno e il comunitario come due ordinamenti giuridici distinti e diversi, pur non priva – come vedremo – di una certa ambiguità, ma utile nel ragionamento della Corte per affermare l'autonomia e l'indipendenza del diritto comunitario rispetto al diritto interno, è già presente nella sentenza del 6 aprile 1962, causa 13/61¹⁸, concernente il Trattato CEE.

Come abbiamo accennato, la sentenza *Van Gend en Loos* è preceduta di pochi mesi da una sentenza nazionale, del Consiglio di Stato italiano, la quale, presumibilmente in maniera indipendente e inconsapevole, rispetto alla sentenza della Corte di Lussemburgo, ne anticipava le conclusioni riguardo all'efficacia diretta delle disposizioni dei Trattati comunitari. Si tratta della sentenza del 7 novembre 1962 n. 778¹⁹. Riguardo all'art. 31 del Trattato CEE, il quale vietava l'introduzione di nuove restrizioni alle importazioni intracomunitarie e di misure di effetto equivalente, il Consiglio di Stato respinse l'eccezione dei Ministeri del commercio estero e delle

¹³ In *Raccolta*, p. 57 ss.

¹⁴ *Ivi*, p. 88.

¹⁵ In *Raccolta*, p. 1099 ss.

¹⁶ *Ivi*, p. 1115.

¹⁷ *Ivi*, p. 1113.

¹⁸ In *Raccolta*, p. 95 ss., in specie p. 99.

¹⁹ In *Foro padano*, 1963, V, c. 34 ss., con nota di N. CATALANO, *op. cit.*

finanze, secondo la quale il Trattato avrebbe potuto creare solo obblighi tra gli Stati membri e non anche posizioni giuridicamente tutelate a favore dei loro cittadini. Esso affermò, al contrario, che, con la ratifica e l'esecuzione del Trattato, l'art. 31 era stato recepito nell'ordinamento italiano, "per cui il cittadino che venga direttamente leso da un rifiuto d'importazione (in base a sopravvenuta circolare ministeriale) ha interesse a far valere il vizio di tale provvedimento e della circolare su cui si basa". Il Consiglio di Stato, peraltro, aggiunse che tale soluzione s'imponeva "in difetto di una norma di legge [successiva all'entrata in vigore del Trattato CEE] che autorizzi tale limitazione"²⁰.

3. Rispetto al quadro della giurisprudenza ora descritto, le novità della sentenza *Van Gend en Loos* – che pure si colloca in una sostanziale continuità – sono costituite, anzitutto, dalla costruzione sistematica dell'ordinamento comunitario, fondata su un originale impianto teorico e dalla quale, attraverso una serie di serrati passaggi logico-giuridici, si ricava il principio dell'effetto diretto; costruzione sulla quale si baserà tutto lo sviluppo successivo del diritto comunitario. In secondo luogo, dalla presenza di taluni principi fondamentali del diritto comunitario, qui, talvolta, solo accennati o sottintesi, ma che, resi espliciti e sviluppati nella giurisprudenza seguente, diventeranno dei tasselli centrali e imprescindibili nel mosaico complessivo del sistema giuridico dell'Unione.

L'impostazione di fondo della sentenza *Van Gend en Loos* è data dalla ricordata qualificazione dell'ordinamento della Comunità come "un ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti, non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini". Una volta affermata, quale elemento caratterizzante dall'"ordinamento di nuovo genere", la soggettività degli individui, l'idoneità di questi ultimi ad essere titolari di diritti derivanti dall'ordinamento comunitario va verificata esclusivamente alla luce del contenuto e della formulazione delle norme di tale ordinamento (come anche la Commissione sosteneva²¹). Vi è, quindi, una radicale differenza di prospettiva, nell'indagine della Corte di giustizia, rispetto a quella nella quale si pone, invece, l'Avvocato generale Karl Roemer²², così come i governi intervenuti nel procedimento e, una volta resa la sentenza, larga parte della dottrina. Questa, infatti, si chiede se gli ordinamenti interni degli Stati membri, in particolare quello olandese, permettano un'applicazione diretta delle disposizioni del Trattato, quindi in virtù delle norme costituzionali interne, oppure a seguito dell'adattamento del diritto interno al Trattato CEE effettuato mediante la legge statale di esecuzione dello stesso²³. La Corte di giustizia, al contrario, enunciò gli indicati caratteri del diritto comunitario, dichiarò che "pertanto" esso, "nello stesso modo in cui impone ai singoli degli obblighi, attribuisce loro dei diritti soggettivi", e ciò "indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri"²⁴.

²⁰ *Ivi*, c. 41 s.

²¹ Cfr. *Raccolta*, p. 13.

²² Cfr. *Raccolta*, p. 45 ss.

²³ Cfr., ad esempio, per una rigorosa indagine in questa prospettiva, N. RONZITTI, *op. cit.*, c. 99 ss.

²⁴ Cfr. *Raccolta*, p. 23.

Come si vede, la Corte effettua un rovesciamento rispetto all'impostazione tradizionale dei rapporti tra diritto nazionale e diritto internazionale, secondo la quale il conferimento di diritti agli individui non può derivare da quest'ultimo, poiché "selon un principe de droit international bien établi", un "accord international, ne peut, comme tel, créer directement des droits et des obligations pour des particuliers", ma solo dal diritto interno, in particolare quando "l'objet même d'un accord international [...] puisse être l'adoption, par les Parties, de règles déterminées, créant des droits et obligations pour des individus, et susceptibles d'être appliquées par les tribunaux nationaux"²⁵.

In altri termini, come chiarirà limpidamente la dottrina negli anni seguenti, non si verifica alcun fenomeno di adattamento del diritto interno al diritto comunitario, né di "trasformazione" del diritto comunitario in diritto interno, trasformazione che avrebbe la conseguenza di frammentare il diritto comunitario in una pluralità di "spezzoni" nazionali, in corrispondenza con l'ordinamento di ciascuno Stato membro, così contraddicendo il carattere unitario del diritto comunitario²⁶. Quest'ultimo mostra, nei confronti del diritto statale, la sua autonomia, la quale è confermata – come osservò il giudice Trabucchi nel ricordato articolo coevo alla sentenza *Van Gend en Loos*²⁷ – dalla sottrazione ai giudici interni della competenza a interpretare il diritto comunitario, in conformità dell'art. 177 del Trattato CEE (corrispondente al vigente art. 267 TFUE), a favore della Corte di giustizia, sottrazione che si giustifica proprio per l'autonomia del diritto comunitario e che sarebbe inimmaginabile ove, a seguito di adattamento, esso si trasformasse in diritto nazionale.

4. Il principio dell'autonomia dell'ordinamento comunitario, pur rappresentando un presupposto della efficacia diretta delle norme del Trattato comunitario, non può dirsi, peraltro, pienamente coerente con la stessa efficacia diretta, se per autonomia si intende anche radicale separatezza e distinzione. Come la dottrina avvertì con riferimento alla ricordata sentenza della Corte di giustizia del 6 aprile 1962, causa 13/61, sarebbe contraddittorio affermare, da un lato, che le norme comunitarie appartengono a un ordinamento distinto e diverso da quello interno e, dall'altro, che tali norme producono effetti nell'ordinamento interno²⁸. Invero, la configurazione dei rapporti tra diritto comunitario e diritto interno come "due ordinamenti giuridici distinti e diversi" – che era funzionale all'affermazione, contenuta nella stessa sentenza del 6 aprile 1962, della irrilevanza, ai fini della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia, di ipotetiche condizioni desumibili dal diritto interno – appare ridimensionata, sia pure implicitamente, nella sentenza *Van Gend en Loos*²⁹.

²⁵ In questi termini si veda il celebre parere consultivo della Corte permanente di giustizia internazionale del 3 marzo 1928 relativo alla *competenza dei tribunali di Danzica*, in *Publications de la Cour permanente de Justice internationale*, Série B – N° 15, p. 17 ss.

²⁶ Cfr. F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario dal punto di vista del giudice nazionale*, in *Rivista di diritto internazionale privato e processuale*, 1977, p. 497 ss., in specie p. 500.

²⁷ A. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 262.

²⁸ Cfr. F. DURANTE, *op. cit.*, p. 419.

²⁹ Cfr. A. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 270. Giustamente P. GORI, *op. ult. cit.*, c. 53, sottolinea che la sentenza si muove nell'ottica di un rapporto d'integrazione tra l'ordinamento comunitario e quelli degli Stati membri.

Tale configurazione sarà di lì a poco corretta dalla sentenza della Corte di giustizia del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. ENEL*³⁰, la quale, riaffermando l'autonomia del diritto comunitario (“scaturito da una fonte autonoma”), dichiara che esso è “integrato nell’ordinamento giuridico degli Stati membri” e, pertanto, i giudici nazionali sono tenuti ad osservarlo. Ed è su tale “integrazione” (non più “distinzione”) che si giustifica, quale logico corollario della stessa, il primato del diritto comunitario sul diritto statale incompatibile, pure se successivo, cioè “l'impossibilità per gli Stati di far prevalere, contro un ordinamento giuridico da essi accettato a condizione di reciprocità, un provvedimento unilaterale ulteriore, il quale pertanto non potrà essere opponibile all'ordine comune”³¹.

La qualificazione del diritto comunitario come “integrato” nell’ordinamento degli Stati membri, in una posizione di superiorità rispetto a quest’ultimo, verrà a consolidarsi nella successiva giurisprudenza della Corte di giustizia, in particolare nella sentenza del 13 febbraio 1969, causa 14/68, *Wilhelm*³², e, in maniera ancor più esplicita, in quella del 9 marzo 1978, causa 106/77, *Simmenthal*³³. Muovendosi, sostanzialmente, in una visione monista circa i rapporti tra gli ordinamenti comunitario e nazionale³⁴ la Corte, infatti, giunge ad affermare l’invalidità di leggi statali contrastanti con precedenti disposizioni comunitarie (direttamente applicabili), le quali hanno l’effetto “– in quanto dette disposizioni e detti atti fanno parte integrante, con rango superiore rispetto alle norme interne, dell’ordinamento giuridico vigente nel territorio dei singoli Stati membri – di impedire la valida formazione di nuovi atti legislativi nazionali, nella misura in cui questi fossero incompatibili con norme comunitarie”³⁵.

5. Nella sentenza *Van Gend en Loos* la riconduzione della questione relativa all’efficacia diretta delle norme comunitarie nell’ambito esclusivamente dello stesso diritto comunitario – a prescindere da qualsiasi considerazione desumibile dal diritto interno – ha l’ulteriore conseguenza di risolvere a favore della Corte di giustizia il problema concernente la competenza a decidere su tale questione³⁶.

Va ricordato che sia il governo olandese che quello belga avevano contestato la competenza della Corte, sostenendo che la questione ad essa sottoposta dalla *Tariefcommissie* non vertesse sull’interpretazione del Trattato CEE, ma sulla sua applicazione nell’ambito del diritto costituzionale olandese e, più precisamente, sull’eventuale prevalenza di tale Trattato rispetto al diritto interno olandese (o altri

³⁰ In *Raccolta*, p. 1129 ss.; in dottrina, già in precedenza, cfr. R. MONACO, *Primi lineamenti di diritto pubblico europeo*, Milano, 1962, p. 61 ss.

³¹ *Ivi*, p. 1144 s.; si vedano anche le conclusioni dell’Avvocato generale Maurice Lagrange, in *Raccolta*, p. 1153 ss.

³² In *Raccolta*, p. 1 ss.

³³ In *Raccolta*, p. 629 ss.

³⁴ È stato giustamente osservato: “L’acte judiciaire fondateur du monisme communautaire est l’arrêt *Van Gend en Loos*, du 5 février 1963” (P. PESCATORE, *Monisme, dualisme et “effet utile” dans la jurisprudence de la Cour de justice de la Communauté européenne*, in *Une communauté de droit. Festschrift für Gil Carlos Rodríguez Iglesias*, Berlin, 2003, p. 329 ss., in specie p. 331).

³⁵ Sentenza del 9 marzo 1978, causa 106/77, punto 17.

³⁶ Ha osservato al riguardo F. C. MAYER, *op. cit.*, p. 22: “What is probably as important in *Van Gend en Loos* as the question of *what* was decided is the question of *who* took the decision”.

trattati stipulati dall'Olanda). E tale questione sarebbe stata di esclusiva competenza dei giudici nazionali³⁷. Muovendo dal presupposto che l'efficacia diretta di una norma comunitaria dipende solo dallo stesso diritto comunitario e che, nella specie, la questione si poneva riguardo all'art. 12 del Trattato CEE – prescindendo dall'atteggiarsi dell'ordinamento interno olandese – era indiscutibile che spettasse invece alla Corte di giustizia interpretare tale disposizione e decidere se fosse idonea ad attribuire diritti ai singoli. Ai sensi dell'art. 164 del Trattato CEE, infatti, è la Corte che “assicura il rispetto del diritto nell'interpretazione e nell'applicazione del presente Trattato”.

Si aggiunga che, dato che la Corte era chiamata a pronunciarsi nell'esercizio della competenza a titolo pregiudiziale, la sua sentenza era anch'essa idonea a determinare, in maniera immediata e “diretta”, l'applicazione della disposizione comunitaria (ovviamente in maniera conforme alla sentenza) da parte del giudice nazionale e, quindi, la tutela giudiziaria del diritto nascente della norma in questione.

La pronuncia della Corte appare anche – sia pure, forse, *in nuce* – come una prima manifestazione di quell'uso “alternativo” della competenza pregiudiziale consistente, nella sostanza, in una valutazione della conformità con il Trattato di una legge di uno Stato membro (così come, più in generale, della sua condotta, risultante, eventualmente, anche da una sentenza o da un atto amministrativo nazionale)³⁸. La Corte, infatti, pur pronunciandosi sull'interpretazione dell'art. 12 del Trattato CEE, implicitamente, ma molto chiaramente, giudica contraria allo stesso art. 12 la legislazione olandese che (in esecuzione di un Protocollo stipulato a Bruxelles il 25 luglio 1958 tra la stessa Olanda, il Belgio e il Lussemburgo) aveva aumentato il dazio d'importazione sulla merce in questione. L'importanza (o la ... pericolosità) di questa scelta della Corte non era sfuggita al governo olandese, il quale si era opposto alla ricevibilità della questione sottoposta alla Corte di giustizia sostenendo (per il profilo che ora ci interessa) che essa comportava un giudizio su un'asserita violazione del Trattato e, pertanto, poteva essere deferita alla Corte solo mediante una procedura d'infrazione, ad opera della Commissione o di uno Stato membro, in conformità, rispettivamente, degli articoli 169 e 170 del Trattato³⁹.

Si noti che la Corte di giustizia, nel respingere tale argomento, individua ulteriori motivi a sostegno dell'effetto diretto del diritto comunitario. La Corte, premesso che il ricorso alla procedura d'infrazione, di per sé, non preclude ai singoli di far valere gli obblighi degli Stati membri dinanzi al giudice nazionale, osserva, anzitutto, che se l'unica garanzia contro le violazioni del diritto comunitario si riducesse alla procedura d'infrazione, “i diritti individuali degli amministrati rimarrebbero privi di tutela giurisdizionale diretta”. D'altra parte – aggiunge la Corte – la vigilanza dei singoli, esercitata promuovendo la tutela giudiziaria dei propri diritti derivanti dal diritto comunitario, costituisce un efficace controllo sul rispetto da parte degli Stati membri dei propri obblighi, che si aggiunge a quello affidato dagli articoli 169 e 170 alla Commissione e agli Stati membri⁴⁰.

³⁷ Cfr. *Raccolta*, p. 12 ss.

³⁸ Ci permettiamo di rinviare, sul punto, a U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2013, III ed., p. 376 ss.

³⁹ Cfr. *Raccolta*, p. 12.

⁴⁰ *Ivi*, p. 23.

Nell'ottica della Corte, dunque, la procedura d'infrazione e l'uso "alternativo" del rinvio pregiudiziale non solo non si escludono reciprocamente, ma, al contrario, rappresentano strumenti complementari di vigilanza sul rispetto degli obblighi nascenti per gli Stati membri dal diritto comunitario. Per altro verso, l'effetto diretto finisce per rispondere a due obiettivi, tra di loro strettamente legati: impedire che i diritti dei singoli (non legittimati a un'azione d'infrazione) restino privi di tutela giurisdizionale e rafforzare, per tale via, il controllo sul rispetto del diritto comunitario. La tutela giudiziaria, a livello nazionale, dei diritti soggettivi dei singoli diventa così anche strumento per la tutela giudiziaria, a livello europeo (nel quadro della competenza pregiudiziale), del diritto "oggettivo" comunitario.

6. Nella sentenza *Van Gend en Loos* la Corte di giustizia non si pronuncia espressamente sulla questione del primato – e delle relative conseguenze – del diritto comunitario su quello nazionale degli Stati membri. In effetti la Corte non era stata chiamata dal giudice olandese a decidere su tale questione. D'altra parte, una pronuncia della Corte sarebbe stata superflua, poiché la stessa Costituzione olandese stabiliva, all'art. 66, la prevalenza dei trattati internazionali sulle norme interne, a condizione che le loro disposizioni fossero generalmente vincolanti e direttamente applicabili (*self-executing*)⁴¹.

Tuttavia la pronuncia della Corte di giustizia presuppone necessariamente il primato del diritto comunitario, direttamente applicabile, sulle disposizioni confliggenti del diritto interno. Come si è ricordato, la Corte afferma che il diritto soggettivo nasce dall'ordinamento comunitario "indipendentemente dalle norme emananti dagli Stati membri". Ma nel caso della *Van Gend en Loos* esistevano norme olandesi che precludevano il diritto a non subire dazi d'importazione, scaturente dall'art. 12 del Trattato CEE. Dopo avere dichiarato che tale diritto nasceva direttamente dall'art. 12, senza bisogno di alcuna legge nazionale, occorreva pertanto risolvere un'ulteriore questione: se il diritto soggettivo potesse essere tutelato all'interno dell'ordinamento dello Stato membro *nonostante* una disposizione di questo ordinamento positivamente si ponesse in contrasto con il riconoscimento del predetto diritto. Le questioni, per quanto collegate, erano concettualmente distinte. Della distinzione era apparso ben consapevole il Consiglio di Stato italiano, il quale, nella menzionata sentenza del 7 novembre 1962⁴², nell'affermare l'efficacia diretta dell'art. 31 del Trattato CEE contenente il divieto di introdurre nuove restrizioni quantitative all'importazione, aveva "messo in rilievo che neppure risulta alcun provvedimento legislativo che, successivamente all'entrata in vigore del trattato suddetto, abbia autorizzato, per una merce consolidata, l'imposizione, mediante provvedimento ministeriale, di una limitazione del genere di quella in questione"; e aveva concluso la sua argomentazione favorevole al riconoscimento di una posizione giuridicamente tutelata degli individui con la precisazione "in difetto di una norma di legge che autorizzi tale limitazione".

La Corte di giustizia, dunque, trovandosi in presenza di una legge statale, successiva all'entrata in vigore del Trattato CEE, compie un ulteriore, decisivo passo

⁴¹ Cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Karl Roemer, in *Raccolta*, pp. 38 e 45 s. Sul punto, di recente, J. ZILLER, *op. cit.*, p. 518 s.

⁴² Sopra, par. 2.

innanzi, poiché dispone che il diritto a non corrispondere il dazio istituito da tale legge sia tutelato dal giudice olandese malgrado la legge stessa. È quindi evidente, sebbene implicito, il dovere del giudice nazionale di “disapplicare” la propria legge ove sia in contrasto con una disposizione direttamente applicabile dell’ordinamento comunitario. Il primato di quest’ultimo rispetto al diritto interno, che troverà un’esplicita e vigorosa affermazione nella citata sentenza della Corte del 15 luglio 1964, causa 6/64, *Costa c. ENEL*, in realtà è già nitidamente presente nella sentenza *Van Gend en Loos*. Ciò, del resto, era chiaro non solo alla Corte, ma anche agli Stati membri, tanto che, contestando la competenza della Corte ai sensi dell’art. 177 del Trattato CEE, il governo olandese e quello belga avevano esplicitamente sostenuto che “la Corte non sarebbe competente a statuire sull’eventuale prevalenza del Trattato CEE rispetto al diritto interno olandese”⁴³.

7. La sentenza *Van Gend en Loos* contiene ulteriori elementi d’interesse e spunti ricostruttivi che troveranno uno sviluppo e una “maturazione” nella giurisprudenza e nella normativa successive.

In primo luogo il diritto comunitario, malgrado i caratteri di peculiarità del fenomeno, è inquadrato “nel campo del diritto internazionale”⁴⁴. Tale qualificazione mette in luce, anzitutto, la presenza di un complesso di norme comunitarie che regolano, al pari di quelle “classiche” del diritto internazionale, i rapporti tra gli Stati membri. Inoltre essa si riflette in concetti e categorie giuridiche di stampo tipicamente internazionalistico, come quelli concernenti la responsabilità degli Stati membri per violazioni di obblighi, derivanti dai Trattati europei, commesse da regioni o altri enti locali, le quali sono imputate non già a tali enti ma allo Stato al quale appartengono. Va poi ricordato che il metodo “intergovernativo” ha ancora un cospicuo ambito di applicazione nell’ordinamento dell’Unione (a scapito di quello di origine “comunitaria”) e risulta dominante in delicati settori come, principalmente, nella politica estera e di sicurezza comune. Ma l’impronta internazionalistica, che segnava – e segna tuttora – l’integrazione europea, si manifesta, principalmente, nella “dipendenza” dell’Unione, come già delle Comunità, dalla volontà dei singoli Stati membri, i quali restano *Herren der Verträge* in alcuni snodi essenziali per la vita e lo sviluppo della costruzione europea, come l’ammissione di nuovi membri, i procedimenti di revisione dei Trattati, il recesso. E tale “dipendenza” emerge, talvolta persino in maniera drammatica, particolarmente nei momenti di crisi, politica, economica, sociale.

8. Inoltre la sentenza *Van Gend en Loos*, come accennavamo, presenta spunti e anticipazioni rispetto a principi che troveranno di lì a poco compiuta sistemazione. Ci riferiamo, anzitutto, al metodo interpretativo dei trattati internazionali, applicato dalla Corte di giustizia per accertare se l’art. 12 del Trattato CEE fosse immediatamente produttivo di diritti soggettivi per i singoli⁴⁵. La Corte, alcuni anni prima che

⁴³ *Raccolta*, p. 21.

⁴⁴ Sul significato di tale qualificazione rinviamo anche a U. VILLANI, *Il diritto dell’Unione europea è ancora materia per internazionalisti?*, in *La Comunità Internazionale*, 2011, p. 553 ss., in specie p. 557 ss.

⁴⁵ Sul punto cfr., di recente, le osservazioni di F. C. MAYER, *op. cit.*, p. 20 s.

le regole ermeneutiche contenute negli articoli 31-33 della Convenzione di Vienna del 23 maggio 1969 sul diritto dei trattati consacrassero il metodo obiettivistico⁴⁶, a tale metodo fa ricorso, dichiarando che occorre avere riguardo “allo spirito, alla struttura e al tenore” (“*esprit*”, “*économie*”, “*termes*”) del trattato. La Corte, sempre nel quadro di un’interpretazione obiettivistica, sottolinea poi lo scopo del Trattato CEE, “cioè l’instaurazione di un mercato comune il cui funzionamento incide direttamente sui soggetti della Comunità”, per dedurne, come prima conclusione, che “esso va al di là di un accordo che si limitasse a creare degli obblighi reciproci fra gli Stati contraenti” e quindi, alla luce di ulteriori considerazioni, concernenti ancora elementi oggettivi (quali il contesto dei termini del Trattato, comprensivo del preambolo, e il quadro sistematico dello stesso Trattato), il riconoscimento della idoneità del Trattato ad attribuire diritti ai singoli. Si tratta del metodo interpretativo espresso dall’art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969 (e dalla corrispondente norma di diritto consuetudinario), secondo il quale “un trattato deve essere interpretato in buona fede seguendo il senso ordinario da attribuire ai termini del trattato nel loro contesto e alla luce del suo oggetto e del suo scopo”.

Sul piano interpretativo la sentenza *Van Gend en Loos* muove anche i primi passi verso la definizione dell’effetto utile⁴⁷, quale principio generale dell’ordinamento comunitario, in virtù del quale ogni norma deve essere interpretata in modo che possa raggiungere nella maniera più efficace il proprio obiettivo. Questo profilo emerge dalla parte della sentenza in cui la Corte, come si è visto⁴⁸, respinge l’argomento, avanzato dai governi intervenuti contro l’efficacia diretta del diritto comunitario, secondo il quale gli inadempimenti degli Stati membri potrebbero essere fatti valere solo nel quadro della procedura d’infrazione. Abbiamo già rilevato che la Corte afferma che, seguendo una siffatta interpretazione, “i diritti individuali degli amministrati rimarrebbero privi di tutela giurisdizionale diretta”. Essa è quindi respinta a favore di una diversa interpretazione che – potrebbe dirsi – risulti “utile” per la tutela dei diritti nascenti dalle norme comunitarie. La Corte si spinge anche oltre, nel rifiuto degli argomenti addotti dai governi intervenuti. Essa rileva che il ricorso agli articoli 169 e 170 del Trattato CEE “rischierebbe di essere inefficace qualora dovesse intervenire solo dopo l’esecuzione di un provvedimento interno adottato in violazione delle norme del Trattato”. Anche qui la Corte fonda il suo ragionamento sulla “efficacia” delle norme; il passo per tradurre tale efficacia in “effetto utile” quale criterio interpretativo delle stesse norme sarà rapido e breve.

⁴⁶ Per una recente riaffermazione della corrispondenza di tali articoli al diritto internazionale consuetudinario si veda la sentenza della Corte internazionale di giustizia del 13 luglio 2009 concernente la controversia relativa a diritti di navigazione e a diritti connessi, *Costarica c. Nicaragua*, in *I.C.J. Reports 2009*, p. 213 ss., p. 237.

⁴⁷ Sull’effetto utile nel diritto comunitario cfr., tra gli altri, R. STREINZ, *Der Effekt utile in der Rechtsprechung des Gerichtshofs der Europäischen Gemeinschaften*, in *Festschrift für Ulrich Everling*, Baden-Baden, 1995, p. 1491 ss.; H. HONSELL, *Der effet utile under der EuGH*, in *Festschrift Heinz Krejci zum 60. Geburtstag: zum Recht der Wirtschaft*, Wien, 2001, p. 1929 ss.; P. PESCATORE, *Monisme*, cit., p. 339 ss.; M. G. SCORRANO, *Il principio dell’effetto utile*, in S. MANGIAMELI (a cura di), *L’ordinamento europeo. L’esercizio delle competenze*, Milano, 2006, p. 349 ss.; G. ITZCOVICH, *L’interpretazione del diritto comunitario*, in *Materiali per una storia della cultura giuridica*, 2008, p. 429 ss.

⁴⁸ Sopra, par. 5.

9. Infine, con specifico riguardo all'art. 12 del Trattato CEE, la Corte di giustizia ha modo di definire non solo il concetto di efficacia diretta, ma anche le condizioni necessarie affinché una norma (anche se non menzioni esplicitamente i diritti da essa derivanti, né i suoi beneficiari) possa conferire diritti tutelabili dinanzi ai giudici nazionali⁴⁹. La Corte, riguardo all'art. 12, ricorre essenzialmente ai seguenti argomenti: tale articolo pone un divieto chiaro e incondizionato; esso si concreta in un obbligo non già di fare, bensì di non fare; al divieto non fa riscontro alcuna facoltà degli Stati di subordinarne l'efficacia all'emanazione di un provvedimento di diritto interno; tale divieto è perfettamente atto a produrre direttamente degli effetti sui rapporti giuridici intercorrenti fra gli Stati membri e i loro amministrati, senza necessità di un intervento legislativo; i diritti attribuiti ai singoli dal diritto comunitario sussistono non solo quando siano espressamente menzionati, ma anche come contropartita di precisi obblighi imposti ai singoli, agli Stati (come nel caso di specie) o alle istituzioni comunitarie. La conclusione, alla luce – come si è detto – dell'interpretazione condotta dalla Corte “secondo lo spirito, la struttura ed il tenore del Trattato”, è che l'art. 12 ha valore precettivo e attribuisce ai singoli diritti soggettivi che i giudici nazionali sono tenuti a tutelare.

Da tale pronuncia si ricavano, dunque, tutti gli elementi necessari affinché una norma comunitaria (come, oggi, del diritto dell'Unione europea) produca effetti diretti: deve trattarsi, in definitiva, di una norma che abbia un contenuto chiaro, preciso e incondizionato, la cui applicazione, cioè, non sia subordinata all'emanazione di ulteriori atti da parte degli Stati membri o delle istituzioni europee, e che, beninteso, risulti orientata a conferire diritti ai singoli (anche se solo implicitamente).

Affermati rispetto a una disposizione del Trattato CEE, tali caratteri saranno costantemente ribaditi dalla giurisprudenza successiva⁵⁰ riguardo agli atti comunitari (regolamenti, direttive, decisioni) e a qualsiasi norma giuridica, comprese quelle poste da accordi internazionali conclusi dalla Comunità (come oggi dall'Unione) europea, applicabile nell'ordinamento comunitario.

10. Le considerazioni sin qui svolte testimoniano che nella sentenza *Van Gend en Loos* c'è già, per molti versi in forma compiuta, per altri in maniera embrionale, la “sistemazione” del diritto comunitario, nel senso, precisamente, di ricomposizione dello stesso in un sistema, il quale – come è stato rilevato, con riferimento anche alla sentenza *Costa c. ENEL* del 15 luglio 1964 – si fonda su un “*triangle magique*” costituito dall'effetto diretto, dal primato e dal rinvio pregiudiziale⁵¹. Riconsiderare, a cinquant'anni di distanza, la sentenza *Van Gend en Loos* rappresenta, dunque, non un omaggio rituale, ma il riconoscimento della sua “paternità” dei caratteri essenziali e distintivi dell'ordinamento comunitario, senza dei quali quest'ultimo non avrebbe potuto sviluppare le potenzialità, presenti nel quadro normativo, ma condotte al suo massimo livello di realizzazione proprio dalla sentenza in parola. Il suo valore è propriamente storico, perché essa ha determinato la storia

⁴⁹ Cfr. B. DE WITTE, *op. cit.*, p. 11 ss.

⁵⁰ Cfr. R. LUZZATTO, *La diretta applicabilità nel diritto comunitario*, Milano, 1980, p. 11 ss.

⁵¹ In questo senso A. VAUCHEZ, *op. cit.*, p. 139.

dell'ordinamento comunitario. Come ha dichiarato Eric Stein, “it is safe to say, with the benefit of hindsight, that had the Court followed the Governments [belga, olandese e tedesco], Community law would have remained an abstract skeleton, and a great variety and number of Treaty violations would have remained undisclosed and unredressed”⁵². Rileggere la *Van Gend en Loos* significa, in definitiva, ripercorrere la storia giuridica dell'integrazione europea e riflettere sui principi che ne rappresentano tuttora i capisaldi e dai quali, riteniamo, non potrà prescindere qualsiasi eventuale futuro sviluppo.

Abstract

A Reading of *Van Gend en Loos* Judgment Fifty Years Later

This article examines the famous judgment of the Court of Justice of the European Communities of 3 February 1963 in the case *Van Gend en Loos*, which established the foundations of the European legal order. After recalling the precedents of this judgment the author dwells upon the declaration of the Court according to which the Community constitutes a new legal order of international law for the benefit of which Member States have limited their sovereign rights and the subjects of which are not only these States, but also their nationals. According to this construction Community law provisions can directly confer upon individuals rights which national courts must protect. Moreover the article considers the question relating to the scope of jurisdiction of the Court, as well as the contribution of judgment *Van Gend en Loos* to the subsequent developments concerning the supremacy of Community law over national law.

⁵² E. STEIN, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, in *American Journal of International Law*, 1981, p. 1 ss., in specie p. 6; cfr. anche R. LECOURT, *op. cit.*, p. 360 s.

Giovanni Cellamare*

Caratteri e funzioni delle attività operative integrate per il Mali

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. L'EUTM Mali come attività autonoma dell'Unione europea inserita nel contesto delineato dal Consiglio di sicurezza delle NU. – 3. Il controllo di detto Consiglio sulla Missione dell'UA in Mali. – 4. *Segue*: e la sua primazia nei rapporti con le organizzazioni regionali africane. – 5. L'autorizzazione, ex Cap. VII della Carta delle NU, al dislocamento della Missione: le caratteristiche della stessa. – 6. *Segue*: l'indicazione del Cap. VII come dato che induce a concentrare l'attenzione sul contesto operativo. La lotta al terrorismo come mezzo di tutela dei valori tradizionali dell'integrità territoriale e dell'unità statale. – 7. L'intervento francese in Mali: le ragioni addotte a fondamento della sua conformità con il diritto internazionale. – 8. *Segue*: la richiesta del Mali come fondamento dell'intervento nel contesto che si è venuto a delineare per effetto delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza.

1. Tra le crisi interne che interessano gli Stati dell'Africa Nord occidentale, particolare intensità ha assunto quella in corso nel Mali. Si ha riguardo a una situazione di emergenza umanitaria aggravata dalla ribellione armata avviata, nel gennaio 2012, dal Movimento Nazionale per la Liberazione dell'Azauad (MNLA), nonché dal colpo di Stato militare promosso, nel marzo dello stesso anno, in reazione all'incapacità delle autorità governative nel gestire la questione della pretesa indipendenza dell'Azauad (Mali settentrionale).

In questo quadro, si è avuta la conquista di detta regione da parte dei ribelli favoriti dall'operare nel Nord del Mali del gruppo tuareg salafita Ansar Dine e di note organizzazioni terroriste, invero già presenti in Mali da un decennio¹. Siffatti gruppi, forniti di armi e finanziati dall'attività della criminalità transnazionale organizzata², perseguivano obiettivi non coincidenti con le pretese independentiste del (laico e filofrancese) MNLA, con conseguente emarginazione di detto Movimento, anche a mezzo dell'uso della forza. In effetti, proclamata l'indipendenza dell'Azauad – considerata nulla e non avvenuta dal Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite (NU) e da organizzazioni regionali, con il conseguente effetto di disconosci-

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

¹ Al-Qaeda nel Maghreb Islamico (AQIM), dal quale è sorta la frazione dissidente del Movimento per l'Unità della Jihad in Africa occidentale (MUJO), e il gruppo Boko Haram: v. UN doc. S/2012/894 e doc. SC/11590, par. 10 (reperibili in www.un.org; documenti d'ora in poi indicati solo con la sigla pertinente e il numero).

² Cfr. www.lepoint.fr; v. pure le risoluzioni 2056, del 5 luglio 2012 (par. 10 s.), e 2095, del 14 marzo 2013 (10° e 15° 'considerando'; e par. 7a); S/PRST/2013/5, al. 4.

mento del *fait accompli*³ –, quel Movimento ha controllato una minima parte del territorio di cui si tratta, bensì ampiamente sottoposto all'attività degli altri gruppi e organizzazioni. Anzi, nel corso degli accadimenti in parola, il Presidente dell'MNLA, Bilal Ag Acherif, ha chiesto al Governo francese aiuti per combattere i terroristi; inoltre quel Movimento ha manifestato disponibilità a risolvere l'annosa questione della posizione dei tuareg in Mali (invero non unica etnia presente in quello Stato).

Siffatto atteggiamento, che si è evoluto fino a ufficializzare l'opzione “pour des négociations avec le Mali dans le cadre du respect de sa son intégrité” territoriale, ancorché accompagnata dal rifiuto di disarmo unilaterale prima dell'avvio dei negoziati, per timori di rappresaglia dell'esercito del Mali⁴, ha contribuito a differenziare l'MNLA dagli altri gruppi⁵. La qual cosa – sebbene non congruente con una dichiarazione davanti al Consiglio di sicurezza delle NU del Ministro degli affari esteri del Mali⁶ – risulta altresì dall'atteggiamento tenuto da quel Movimento nei rapporti con il Governo francese intervenuto militarmente in Mali nel gennaio 2013⁷. Tale intervento, come si vedrà⁸, è stato richiesto dalle Autorità dello Stato africano create da un Accordo, tra la giunta militare e la CEDEAO, per favorire la transizione verso elezioni presidenziali e legislative⁹. Alla stessa organizzazione è dovuta in particolare l'iniziativa per la costituzione del Governo di unità nazionale.

Gli svolgimenti ora indicati hanno mutato, ci sembra, le caratteristiche iniziali del contesto cui si ha riguardo: non si trattava più di affrontare, in una vasta crisi umanitaria, la questione dell'indipendentismo dei tuareg organizzati nell'MNLA; si trattava bensì principalmente di lottare, in una siffatta situazione, contro i gruppi terroristi e il radicalismo islamico importato di Ansar Dine, radicalismo invero non condiviso dalla popolazione del Nord¹⁰. Il quadro velocemente descritto va completato ricordando la iniziale lentezza delle organizzazioni regionali africane e delle NU nel fronteggiare operativamente quella crisi in parola.

³ V. il 9° ‘considerando’ della risoluzione 2056; per la proclamazione, www.bbc.co.uk/news/world-africa-17635437. Sugli effetti del disconoscimento, U. VILLANI, *Riconoscimento (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del Diritto*, XL, 1989, p. 633 ss., in specie p. 661 s.; N. RONZITTI, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, 2013, IV ed., p. 54 ss.

⁴ Cfr. www.ansa.it e www.operationspaix.net; v. pure il Comunicato del Segretario generale del MNLA in www.mnlamov.net; v. pure *infra*, nota 7.

⁵ Vedi D. CRISTIANI, R. FABIANI, *From Disfunctionality to Disaggregation and Back? The Malian Crisis, Local Players and European Interests*, www.iai.it.

⁶ S/PV.6952.

⁷ www.operationspaix.net (nonché, dallo stesso sito, le notizie indicate con i numeri 34660, 34662, 34656); www.lemonde.fr; comunicato N-46 in www.mnlamov.net. V. pure le posizioni dei tuareg a favore dell'intervento su *La Repubblica* del 20 gennaio 2013, pp. 1 e 13.

⁸ *Infra*, par. 7.

⁹ www.maliweb.net.

¹⁰ Da segnalare in proposito il distacco da Ansar Dine (inserito dal Consiglio di sicurezza tra i gruppi terroristi: 11° ‘considerando’ della risoluzione 2100, del 25 aprile 2013; S/PRST/2013/5, al. 14) di suoi militanti confluiti nel Movimento islamico per l'Azauad, formatosi subito dopo l'intervento francese a sostegno dell'autonomia, non dell'indipendenza, di quella parte del Mali (*Corriere della sera* del 17 gennaio 2013, p. 3). Sull'attività di Ansar Dine, v. www.ipinst.org/media/pdf/publications/ipi_e_pub_mali_and_sahel__2_.pdf.

2. Invero, qualificata la situazione del Mali come minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale, nelle risoluzioni 2056 e 2071, del 12 ottobre 2012, il Consiglio di sicurezza aveva preso in considerazione le pertinenti iniziative delle organizzazioni regionali africane e sollecitato aiuti e assistenza a favore delle forze dell'esercito del Mali "dans le but de rétablir l'autorité de l'État sur tout le territoire", di difenderne "l'unité et l'intégrité" e ridurre la minaccia dei gruppi terroristi¹¹.

Solo il 20 dicembre 2012, con la risoluzione 2085, il Consiglio delle NU ha accolto le richieste di quelle organizzazioni e delle Autorità di transizione e ha autorizzato, ex Cap. VII della Carta, il dislocamento della *Mission internationale de soutien au Mali* (MISMA) (par. 7 ss.). In particolare, il Consiglio ha autorizzato la Missione, a conduzione africana, a prendere "toute mesure utile (necessary)" allo scopo di aiutare la ricostruzione delle capacità delle forze di difesa e di sicurezza in Mali, in stretto coordinamento con gli altri partners internazionali coinvolti nel processo, compresa l'UE e gli Stati membri; nonché assistere le autorità del Mali a riprendere le zone settentrionali del territorio, controllate da gruppi armati terroristi ed estremisti, prendendo al tempo stesso misure per ridurre gli effetti delle operazioni militari sulla popolazione civile; aiutare successivamente le Autorità del Mali a rafforzare l'autorità statale e assumere la propria responsabilità principale di proteggere la popolazione (par. 9).

Il concetto operativo posto a base di quell'autorizzazione ha subito delle modifiche nel febbraio 2013, con la richiesta di trasformazione della MISMA in una un'operazione robusta delle NU. La qual cosa è stata autorizzata con la risoluzione 2100¹².

Nell'impianto della risoluzione 2085, le misure indicate accompagnano altre volte a stabilire un processo politico per la soluzione della crisi con tutte le parti interessate che accettino, senza condizione, l'unità e l'integrità territoriale del Mali,

¹¹ Risoluzione 2071, par. 9. Siffatto obiettivo corrisponde sostanzialmente a quello perseguito dalle Autorità del Mali, chiedendo alla CEDEAO "assistance militaire" al fine di "enrayer la crise qui frappe le nord du pays" e riconquistare lo stesso, non già per garantire le Autorità di transizione (S/2012/739, Annexe) o contro una minoranza (S/PV.6789). Ciò sulla base delle Conclusioni del c.d. Gruppo di sostegno e di monitoraggio del Mali (www.peaceau.org/uploads/cua.conclusions.gss.mali.05.02.pdf) recanti il Concetto strategico della soluzione della crisi, adottato della CEDEAO, approvato dal Consiglio di sicurezza dell'Unione Africana (UA), doc. PSC/MIN/COMM.2(CCCXXXIX) e ulteriormente perfezionato operativamente dal Concetto strategico congiunto sostenuto dalla stessa Unione, doc. PSC/PR/COMM.2(CCCXLI). Per la revisione del concetto v. la nota che segue. Gli atti dell'UA sono reperibili in www.peaceau.org.

¹² Il concetto operativo rivisto è nel doc. PSC/PR/2(CCCLVIII); v. inoltre S/2013/163, l'Annexe. Nella risoluzione 2100 il Consiglio ha attribuito all'Operazione (*Mission multidimensionnelle intégrée des Nations Unies pour le Mali* – MINUSMA) un mandato "multidimensionale" e ha autorizzato la stessa "à user de tous moyens nécessaires, dans la limite de ses capacités et dans ses zones d'opérations, pour s'acquitter du mandat défini (...)" (par. 16 s.); inoltre, ha autorizzato "l'armée française dans la limite de ses capacités et dans ses zones de déploiement, à user de tous moyens nécessaires, du commencement des activités de la MINUSMA jusqu'à la fin du mandat autorisé par la présente résolution, pour se porter au secours d'éléments de la Mission en cas de danger grave et imminent, sur la demande du Secrétaire général" (par. 18; corsivo aggiunto). La circostanza che il Consiglio abbia avuto cura di riaffermare nel preambolo "les principes fondamentaux du maintien de la paix, y compris ceux du consentement des parties, d'impartialité et de non-recours à la force sauf le cas de légitime défense ou de défense de mandat" (3° 'considerando'), contribuisce a distinguere le operazioni, ancorché robuste, di *peace-keeping* da quelle di *enforcement*.

e che abbiano rotto ogni legame con le organizzazioni criminali e terroriste. Si tratta di organizzazioni già iscritte nelle liste create con le risoluzioni 1267 e 1989 relative ad Al-Qaida e persone associate¹³. Se ne desume che il processo politico, preceduto dalla manifestata *opinio juris* della comunità internazionale in senso contrario alla proclamazione dell'indipendenza del Nord del Mali, è funzionale all'affermazione dell'ordine costituzionale e alla soluzione della questione delle popolazioni del Nord del Mali nei (e nel rispetto dei) confini attuali; con l'effetto di isolare, grazie al medesimo processo, i gruppi terroristi ed estremisti¹⁴.

Nella risoluzione in parola, il Consiglio ha sottolineato che la situazione nel Nord del Mali e l'operare in quel territorio di reti terroristiche e criminali “continuent de faire peser une grave menace (...) sur la population du Mali (...) et la stabilité du Sahel, de l'Afrique en général et de la communauté internationale dans son ensemble” (3° ‘considerando’). Invero, il Consiglio aveva già concentrato la propria attenzione sulle crisi interne degli Stati del Sahel e aveva sostenuto un approccio integrato e strategico per la sicurezza di quella regione¹⁵.

Con un siffatto approccio – che ha ricevuto svolgimenti operativi nella risoluzione 2100 (par. 31) – è coerente quello dell'UE, a mezzo della strategia per lo sviluppo del Sahel, comprensiva di azioni contro l'estremismo violento, il terrorismo e la criminalità organizzata¹⁶. In questo quadro è stata lanciata, anzitutto, su richiesta dello Stato ospite, una Missione civile nell'ambito della PSDC, a favore delle forze di sicurezza del Niger (EUCAP Sahel Niger)¹⁷.

Parte dell'approccio integrato seguito dall'UE per il Sahel è altresì l'EUTM Mali, creata con la decisione 2013/34/PESC¹⁸. La Missione è “volta a contribuire alla formazione delle forze armate maliane”, così dando seguito alla richiesta di assistenza del Presidente della Repubblica del Mali e al riferito invito contenuto nella risoluzione 2071 (2°, 3° e 6° ‘considerando’). In altri termini, la Missione dell'UE, fondata sulla richiesta e decisione indicate, si svolge indipendentemente dall'attività del Consiglio di sicurezza in Mali; come tale, non è sottoposta al controllo politico di quest'ultimo.

¹³ Paragrafi 2 e 3. V. pure l'11° ‘considerando’ della risoluzione 2100.

¹⁴ Rilevante in tal senso la *feuille de route pour la transition*, approvato all'unanimità dal parlamento del Mali (in S/2013/189, par. 8, dove, d'altro canto, si ricorda – par. 59 – che il progetto approvato non è accompagnato da un piano di disarmo, smobilitazione e reintegrazione di alcuni ex combattenti: cfr. *supra*, testo e nota 4). Beninteso, la circostanza che il Consiglio abbia concentrato la propria attenzione sulla lotta contro le organizzazioni terroristiche indicate non esclude la pericolosità di altri gruppi estremisti, come risulta dal 6° ‘considerando’ della risoluzione 2085, e dalle indagini sulla commissione di crimini in Mali aperte dal Procuratore della Corte penale internazionale (il rapporto del 16 gennaio 2013 è reperibile in www.icc-cpi.int), nonché della minacciata estensione ai gruppi che non avessero preso le distanze da quelle organizzazioni delle sanzioni già applicate a queste (così pure nel par. 4 della risoluzione 2100).

¹⁵ S/PRST/2012/26; inoltre S/PV.6882, p. 4 ss.; CS /1053; S/2013/133, par. 2 ss.

¹⁶ www.eas.europa.eu/africa/docs/sahel_strategy_en.pdf.

¹⁷ Creata con decisione 2012/392/PESC del Consiglio, del 16 luglio 2012, relativa alla missione dell'Unione europea in ambito PSDC in Niger (EUCAP Sahel Niger), *GUUE* L 187, 17 luglio 2012, p. 48 ss. (per la richiesta v. il 3° ‘considerando’).

¹⁸ Decisione 2013/34/PESC del Consiglio, del 17 gennaio 2013, relativa a una missione militare dell'Unione europea volta a contribuire alla formazione delle forze armate maliane (EUTM Mali), *GUUE* L 14, 18 gennaio 2013, p. 19 ss.

Ciò trova riscontro nella disciplina della direzione militare dell'EUTM e nella sua sottoposizione unicamente al controllo e direzione strategica del Comitato politico e di sicurezza, sotto la responsabilità del Consiglio dell'Unione (8° 'considerando'; articoli 5 e 6). Nello stesso senso possono essere richiamate le disposizioni contenute nella decisione 2013/133/PESC¹⁹. L'autonomia in parola è ben posta in luce anche dalle disposizioni sulle informazioni operative che possono essere limitate nei termini indicati dall'art. 11 della decisione 2013/34/PESC. Disposizioni di contenuto analogo a quelle ora rapidamente ricordate sono presenti nella citata decisione 2012/392/PESC, che in effetti non reca riferimenti alle attività delle NU nel Sahel (articoli 9 e 15).

Ciò posto, il contatto posto dall'atto in esame con la risoluzione 2071 è idoneo a inserire la Missione nel contesto delineato dal Consiglio delle NU, in consonanza con gli obiettivi da questo perseguiti²⁰. A parte la considerazione che, nelle conclusioni sul Mali, il Consiglio dell'Unione ha seguito da vicino il riferito doppio approccio indicato dall'altro Consiglio²¹, può notarsi che la Missione è volta a fornire aiuti "al sud del Mali" in modo da favorire azioni militari "volte a ripristinare l'integrità territoriale (...) e ridurre la minaccia dei gruppi terroristici" (art. 1). Si tratta di un obiettivo, che oltre a coincidere in ultima analisi con quello perseguito dal Consiglio di sicurezza, è funzionale al dispiegamento della Missione internazionale autorizzata dalla risoluzione 2085²². Tanto più che l'Unione ha partecipato all'elaborazione del concetto operativo posto alla base di quella Missione²³.

Da quanto osservato risulta il rilievo dato dall'Unione alla lotta contro la criminalità organizzata e il terrorismo nella regione considerata; siffatta preoccupazione è idealmente ricollegabile con l'impegno più generale dell'Unione in materia e con il principio solidaristico, a tal fine, posto dall'art. 222 TFUE. La qual cosa trova riscontro nell'assistenza dell'UE a Stati terzi, quale componente del Piano d'azione della stessa Unione nella lotta al terrorismo²⁴. Nel contesto di cui si tratta quella lotta viene ad assumere, dunque, il carattere di esigenza diffusamente sentita, sostenuta dal Consiglio di sicurezza.

Da quanto precede risulta, altresì, che la Missione dell'Unione è destinata a svolgersi nel Sud del Mali, con una forma di assistenza a favore delle sue Autorità, senza coinvolgimento in attività belliche²⁵. Ora, è da notare che quella decisione richiama *tout court* la richiesta del Presidente della Repubblica del Mali; la richiesta, cioè, di una di dette Autorità, ancorché le medesime controllassero, e a quanto pare con scarsa effettività, solo quella regione. In altri termini, tenuto conto degli obiet-

¹⁹ Decisione 2013/133/PESC del Consiglio, del 18 marzo 2013, che nomina il rappresentante speciale dell'Unione europea per il Sahel, *GUUE* L 75, 19 marzo 2013, p. 29 ss.

²⁰ Cfr. register.consilium.europa.eu/pdf/it/12/st17/st17535.it12.pdf.

²¹ V. www.consilium.europa.eu/homepage/highlights/eu-support-for-mali?lang=it.

²² Cfr. le dichiarazioni del Comandante dell'EUTM in www.operationspaix.net.

²³ Ampie informazioni sugli svolgimenti in parola possono leggersi nella "chronologie" dell'operazione in www.operationspaix.net.

²⁴ Consiglio dell'Unione europea, doc. 15893/1/10 REV. 1, reperibile *online*.

²⁵ V. il documento dell'UE n. 17395/12 Presse 512. Sull'ammissibilità dell'assistenza a favore di una delle parti di un conflitto interno in quanto raccomandata dal Consiglio di sicurezza, v. l'art. 3 della risoluzione adottata dall'*Institut de droit international* nella sessione del 1975 di Wiesbaden, sul "Principle of Non-Intervention in Civil Wars", www.idi-iil.org/idiF/navig_chron1973.html.

tivi cui la Missione è funzionale, la decisione si riferisce a quelle Autorità considerandole, evidentemente, come pure risulta dalle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, i legittimi rappresentanti del Mali, nonostante, per l'appunto, il limitato controllo territoriale esercitato dalle stesse al momento dell'adozione degli atti in parola. Invero, già nella risoluzione 2056, agendo *ex Cap. VII*, il Consiglio di sicurezza aveva manifestato “son appui aux autorités de transition du Mali” (par. 8). Si tratta delle Autorità cui il Consiglio di sicurezza manifesterà il proprio sostegno nella risoluzione 2071, richiamata dalla decisione dell'Unione.

Quanto precede denota l'importanza che, in determinate situazioni, può assumere il riconoscimento di entità governative da parte di organizzazioni internazionali, con una presunzione di legittimità delle stesse, ancorché si possa dubitare che quelle entità controllino effettivamente il territorio²⁶: quel riconoscimento ha l'effetto di rafforzare la posizione delle entità in parola. Noti recenti svolgimenti della vita di relazioni internazionali mostrano il ruolo assunto nel senso indicato dal Consiglio di sicurezza, il quale talvolta ha svolto funzioni di indirizzo dell'attività di siffatte entità²⁷.

Su queste basi, l'attenzione viene a concentrarsi, ci sembra, non sull'effettività di controllo del richiedente aiuto, bensì sui motivi della richiesta ritenuti meritevoli di tutela da parte delle organizzazioni sollecitate; e, quindi, sui valori sottostanti alla medesima²⁸. Siffatta considerazione trova riscontro nella determinazione dell'UE a fornire ampi aiuti economici al Mali, a sostegno della *road map* per la transizione²⁹.

3. Nella risoluzione 2085, par. 28, il Consiglio di sicurezza ha richiamato l'iniziativa dell'Unione, autonoma, come si è visto, rispetto all'attività complessiva dello stesso Consiglio in Mali (par. 7 s.).

Peraltro, ove si abbia riguardo alla posizione delle organizzazioni regionali africane, da quella risoluzione (e dalle altre prima indicate) emerge il ruolo di controllo politico e dirigistico del Consiglio di sicurezza rispetto alle stesse, nella gestione dell'operazione che quelle entità avevano chiesto allo stesso Consiglio di essere autorizzate a svolgere in Mali. Le componenti di detto controllo appaiono nel loro insieme coerenti con quelle, qui sinteticamente richiamate, che consentono teoricamente di valutare se un'operazione creata e condotta da un'entità esterna alle NU sia sottoposta o no al controllo di quel Consiglio; e quindi sia riportabile o no al sistema della Carta delle NU (d'ora in poi, la Carta)³⁰.

²⁶ Tra gli altri, v. V. GRADO, *Guerre civili e terzi Stati*, Napoli, 1998, p. 67; F. SALERNO, *Diritto internazionale. Principi e norme*, Padova, 2011, II ed., pp. 229 s. e 439 s.: inoltre il rapporto di G. HAFNER, *Intervention by Invitation*, nell'ambito dei problemi sullo *Use of Force in International Law*, in *Annuaire de l'Institut de droit international*, 2009, p. 299 ss., in specie p. 397 ss.

²⁷ Sui due aspetti richiamati nel testo, v. T. TREVES, *Piracy, Laws of the Sea, and Use of Force: Developments off the Coasts of Somalia*, in *European Journal of International Law*, 2009, p. 399 ss.; P. PICONE, *Considerazioni sulla natura della risoluzione del Consiglio di sicurezza a favore di un intervento 'umanitario' in Libia*, in *Diritti umani e diritto internazionale*, 2011, p. 213 ss., in specie p. 229 ss.

²⁸ Cfr. i documenti dell'UA e dell'UE, citati nelle note che precedono; più in generale, v. *infra*, par. 8.

²⁹ www.bbc.co.uk/news/world-africa-22535265?cid=nlc-dailybrief-daily_news_brief-link16-20130515.

³⁰ Nell'ampia bibliografia in materia, anche per quanto di seguito nel testo, v. L. A. SICILIANOS, *Entre multilatéralisme et unilatéralisme: l'autorisation par le Conseil de sécurité de recourir à la force*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, CCCXXXIX, 2008, p. 9 ss.

In dottrina è stato diffusamente osservato che il controllo del Consiglio di sicurezza su un'operazione presuppone che la medesima abbia obiettivi chiari: questi devono essere idonei, cioè, a definirne la portata. Tali obiettivi, ci sembra, vanno intesi alla luce dei rapporti di rinvio e di presupposizione reciproca che vengono a stabilirsi tra gli accordi di pace, gli atti delle organizzazioni regionali e le risoluzioni del Consiglio di sicurezza³¹.

Or bene, l'esigenza di obiettivi chiari e non generici dell'operazione è stata posta in luce efficacemente dal Consiglio delle NU nelle risoluzioni pertinenti.

Nella risoluzione 2056, lo stesso si è dichiarato "prêt à examiner plus avant" le richieste della CEDEAO e dell'UA per il dislocamento di una Forza in Mali, "dès qu'il aura obtenu davantage de précisions sur les objectifs, les moyens et les modalités du déploiement envisagé et sur d'autres mesures possibles" (par. 18). Nella risoluzione 2071, agendo *ex Cap. VII* della Carta, il Consiglio ha chiesto al Segretario generale, in particolare, di "lui soumettre un rapport écrit (...) pour donner suite à la demande des autorités de transitions maliennes concernant une force militaire internationale, notamment les moyens et modalités du déploiement envisagé et, en particulier, le concept d'opérations, les capacités de constitution de la force, ses effectifs et les coûts financiers de soutien" (par. 7)³². Infine, con la risoluzione 2085, preso atto dei comunicati dell'ECOWAS e dell'UA "approuvant le concept stratégique opérationnel conjoint" (9° 'considerando'), agendo *ex Cap. VII* della Carta, ha deciso di autorizzare l'operazione "sous conduite africaine" (par. 9).

Le risoluzioni richiamate appaiono indicative dei rapporti di interazione che vengono a stabilirsi, nel senso poc'anzi indicato, tra gli atti delle NU e quelli delle altre entità coinvolte nel processo formativo dell'operazione, in vista della definizione degli obiettivi perseguiti dalla stessa, sottoposti al controllo del Consiglio di sicurezza.

Il Consiglio ha limitato l'efficacia temporale della propria autorizzazione a un periodo iniziale di un anno (par. 19). Ora, a prescindere dall'esaminare la questione dei tempi (rallentati) di avvio della MISMA, qui interessa rilevare che anche la definizione della durata di un'operazione costituisce una componente di questa che contribuisce alla sua supervisione attiva da parte del Consiglio³³.

Infine, alla stessa sono funzionali le informazioni relative all'operazione di cui si tratta: delle stesse fa menzione, in chiusura del Cap. VIII, l'art. 54 della Carta³⁴.

³¹ Ci sia consentito di rinviare a G. CELLAMARE, *Le operazioni di peace-keeping multifunzionali*, Torino, 1999, p. 59 ss.; e, con ampi riferimenti alla prassi delle operazioni di organizzazioni regionali, ID., *Le attività di mantenimento della pace nei rapporti tra Nazioni Unite e organizzazioni regionali (II parte)*, in *La Comunità Internazionale*, 2013, p. 233 ss.

³² Pertinenti gli svolgimenti dello stesso Segretario sui rapporti tra NU e UA, in S/2011/805, par. 4.

³³ Anche per altre indicazioni bibliografiche, v. G. CELLAMARE, *Le attività di mantenimento della pace nei rapporti tra Nazioni Unite e organizzazioni regionali (I parte)*, in *La Comunità Internazionale*, 2013, p. 51 ss., in specie p. 54; sull'avvio della MISMA v. www.jeuneafrique.com/Article/ARTJAWEB20121224111451.

³⁴ Sulla prassi, non omogenea, in materia, v. D. M. HUMMER, W. SCHWEITZER, *Article 54*, in B. SIMMA, D.-E. KHAN, G. NOLTE, A. PAULUS (eds.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, II, Oxford, 2002, II ed., p. 890 ss.; M. L. GUEYUOU, *Article 54*, in J. P. COT, A. PELLET, M. FORTEAU (dirs.), *La Charte des Nations Unies. Commentaire article par article*, II, Paris, 2005, II ed., p. 1339.

Quella norma non esclude affatto che il Consiglio, nell'esercizio delle proprie responsabilità, richieda informazioni su profili operativi da esso indicati o che precedano il dislocamento dell'operazione da autorizzare. La qual cosa è rilevabile dalla risoluzione 2085 (par. 10), ancorché fondata, come sappiamo, sul Cap. VII e non sul Cap. VIII della Carta.

Invero, richiamando l'art. 54, il Consiglio ha statuito più volte "the need for regional and subregional organizations at all times to keep the Security Council fully informed of these efforts in a comprehensive and coordinated manner"³⁵. Siffatta affermazione ben si comprende ove si consideri che le informazioni sono funzionali all'esercizio, da parte del Consiglio, della sua responsabilità principale per il mantenimento della pace (art. 24, par. 1)³⁶. Ciò posto, le statuizioni richiamate, sebbene ricollegate all'art. 54, non limitano il dovere di informazione alle azioni progettate o intraprese *ex Cap. VIII*. Invero, sull'obbligo di informazione non incidono le caratteristiche o il fondamento delle attività delle organizzazioni regionali; lo stesso sussiste anche ove si tratti, come spesso accade, di azioni coercitive che il Consiglio autorizzi, *ex Cap. VII* della Carta, non rivolgendosi direttamente alle organizzazioni ma agli Stati membri nel quadro delle medesime (senza richiamare espressamente l'altro Cap.). In tal senso depone la *ratio* dell'art. 54, nonché, come risulta dai lavori preparatori della Carta, la considerazione del Cap. VIII quale continuazione logico-sistemica del Cap. VII³⁷.

Or bene, posta la natura di organo politico del Consiglio di sicurezza, sulla base delle osservazioni svolte, è legittimo ritenere che il requisito del controllo possa aversi per soddisfatto se il Consiglio di sicurezza eserciti il controllo politico sulle operazioni. In altri termini, non è indispensabile il controllo operativo-militare: quest'ultimo, come mostra l'esperienza, può fare difetto rispetto a operazioni create dallo stesso Consiglio³⁸. La circostanza dunque che quest'ultimo abbia autorizzato un'operazione sotto comando africano non esclude il controllo politico e, quindi, normativo dello stesso Consiglio sulla MISMA.

4. Nella risoluzione 2063, del 31 luglio 2012, il Consiglio di sicurezza ha affermato la propria "primary responsibility" in materia di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale (9° 'considerando'). Le risoluzioni considerate nelle

³⁵ 8° 'considerando' della risoluzione 2033, del 12 gennaio 2012; v. inoltre il par. 9 della risoluzione 1631, del 17 ottobre 2005, e la dichiarazione presidenziale in S/PRST/2007/7.

³⁶ Cfr. le osservazioni del Segretario generale nel "Supplemento all'Agenda per la pace" (A/50/60-S/1995/1), paragrafi 27, 37, 39, 46 e 56; inoltre gli scritti cit. in nota 34.

³⁷ Vedi A. ABASS, *Extraterritorial Collective Security: The European Union and Operation Artemis*, in M. TRYBUS, N. WHITE (eds.), *European Security Law*, Oxford, 2007, p. 134 ss., in specie p. 148 ss.; L. A. SICILIANOS, *op. cit.*, p. 154 ss., il quale ricorda che le informazioni vanno rese ancorché non richieste. Si vedano le risoluzioni 1862, del 14 gennaio 2009 (par. 10); 1809, del 16 aprile 2008 (3° 'considerando'); 2033, del 12 gennaio 2012 (2° 'considerando' e s.). Le statuizioni contenute in dette risoluzioni sono state sostanzialmente riprese dal Presidente del Consiglio in S/PRST/2012/26, dichiarando che quest'ultimo "reiterates its primary responsibility for the maintenance of international peace and security under the Charter of the United Nations and recalls that cooperation with regional and sub-regional organizations, consistent with Chapter VIII of the Charter of the United Nations is an important pillar of collective security".

³⁸ Cfr., con critiche all'A. ult. cit. nella nota che precede, P. PICONE, *op. cit.*, p. 217.

pagine che precedono, nel loro insieme, appaiono indicative di siffatta primazia³⁹. In effetti, il Consiglio ha chiesto all'UA, in collaborazione con la CEDEAO, il Segretario generale e altre organizzazioni e partners coinvolti, di presentare, con la cadenza indicata, dei rapporti sul dislocamento e le attività della Missione (par. 10).

D'altro canto, ove si abbia riguardo ai rapporti con l'UA, già nella risoluzione 2033 il Consiglio delle NU aveva avuto cura di fornire indicazioni generali circa la propria posizione nei confronti del Consiglio di pace e sicurezza di quell'Organizzazione, "based on their respective authorities, competencies and capacities". Tale riferimento, alle "respective authorities, competencies and capacities" dei due Consigli, induce a concentrare l'attenzione sui sistemi e meccanismi di funzionamento degli stessi. Ora, a prescindere dall'esaminare il problema – altrove considerato⁴⁰ – se alcune norme dell'Atto istitutivo dell'UA siano di per sé idonee o no (come a noi pare di dovere preferire) ad attribuire al Consiglio africano totale autonomia rispetto all'altro Consiglio nel porre in essere le azioni coercitive previste da quelle stesse norme⁴¹, per quanto qui interessa, ci limitiamo a rilevare che la *partnership* emergente NU/AU appare caratterizzata da un rapporto di dipendenza dell'organizzazione regionale dalle risorse fornite da quella universale, oltre che da altre organizzazioni regionali (l'UE, la NATO) e da Stati. Ne consegue una posizione di subordinazione strategico-economica, e quindi operativa, dell'organizzazione africana⁴².

Siffatta valutazione generale non è esclusa dalla circostanza che, a differenza di quanto accaduto in passato (anche in esperienze della CEDEAO e della SADC), nel caso in esame l'UA abbia deciso di mobilitare risorse per la Missione in Mali. Invero, ampia parte della risoluzione 2085 è dedicata al sostegno internazionale (paragrafi 13-16) e all'accantonamento di fondi (paragrafi 20-22) indispensabili per il funzionamento dell'operazione in Mali. Aiuti sono stati richiesti ad altre organizzazioni regionali e Stati. A quello stesso scopo, nel gennaio 2013, si è tenuta una Conferenza di Stati donatori⁴³.

La pressante e continua richiesta di aiuti per il funzionamento della Missione; la circostanza che il suo avvio sia collegato alle attività e contributi operativi di altre organizzazioni regionali e Stati non africani; il rilevato funzionamento dell'EUTM a favore non solo dell'esercito del Mali ma anche dei contingenti presenti nella

³⁹ Sulla quale, tra gli altri, v. P. GARGIULO, *Uso della Forza (diritto internazionale)*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, V, 2012, p. 1367 ss., in specie p. 1381 ss.

⁴⁰ G. CELLAMARE, *Le attività (I parte)*, cit., p. 64 ss.

⁴¹ V. l'art. 4 dell'Atto istitutivo dell'UA dell'11 luglio 2000, cui si ricollega l'art. 6 del Protocollo del 9 luglio 2002 istitutivo del Consiglio di pace e sicurezza della stessa Unione, norma che attribuisce al Consiglio le funzioni di *peace-making*, di *peace-building*, la competenza a creare *peace-support operations*, a operare per prevenire conflitti e politiche suscettibili di condurre al genocidio o a crimini, a raccomandare all'Assemblea l'intervento nelle gravi circostanze indicate dall'art. 4, nonché a dare attuazione alle decisioni dell'Assemblea, compreso l'intervento in uno Stato membro (art. 6). Altre disposizioni del sistema dell'UA hanno previsto la creazione di una *stand-by Force* Africana (v. D. M. HOLLYWOOD, *It Takes a Village...or at Least a Region: Rethinking Peace Operations in the Twenty-first Century, the Hope and Promise of African Regional Institutions*, in *Florida Journal of International Law*, 2007, p. 75 ss.).

⁴² Anche per indicazioni della documentazione v. G. CELLAMARE, *Le attività (I parte)*, cit., p. 270 ss.

⁴³ www.ipinst.org/media/pdf/publications/ipi_e_pub_mali_and_sahel__2_.pdf.

MISMA, costituiscono dati che inducono a rilevare un divario tra le ambizioni autonomistiche desunte, in dottrina, dalle norme dell'Atto istitutivo dell'UA poc' anzi richiamate (e di altre organizzazioni regionali e sub-regionali africane) e l'effettiva capacità operativa dell'organizzazione di cui si tratta. Ciò trova importante riscontro nella richiesta (e nelle ragioni addotte per la) trasformazione della MISMA, già prima che fosse completamente dislocata, in un'operazione robusta delle NU⁴⁴.

Quanto precede non esclude affatto che le norme dell'UA possano esser assunte come base di un rapporto di partenariato con le NU nel quale si ha la primazia del Consiglio di pace e di sicurezza dell'UA, in quanto organizzazione proiettata nel continente africano, rispetto agli organi di altre organizzazioni regionali e sub-regionali di quel continente, con competenze in materia di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale⁴⁵. In tal senso, è degno di nota che il Consiglio africano abbia "authorized ECOWAS, in collaboration, as appropriate with the core countries (...) to put in place the required military and security arrangements towards" gli obiettivi elencati nel concetto strategico per la risoluzione della crisi in Mali⁴⁶. In effetti la Missione è stata avviata nell'ambito della CEDEAO⁴⁷.

5. Come sappiamo, la risoluzione 2085 reca un doppio approccio per la soluzione della crisi in Mali: la stessa ha previsto, in una prima parte, un processo politico volto all'affermazione, a mezzo di elezioni, dell'ordine costituzionale e dell'unità nazionale, con l'inserimento in questo quadro di negoziati volti a fornire una soluzione alle preoccupazioni antiche della popolazione del Nord⁴⁸. Siffatti negoziati, presupponendo che le forze ribelli rompano ogni collegamento con le organizzazioni terroristiche e estremiste, appaiono politicamente funzionali a isolare le seconde.

Peraltro, preliminare a quel processo è il dispositivo di sicurezza contenuto nella seconda parte della risoluzione: al fine di realizzare condizioni di sicurezza e di stabilità con il dislocamento delle forze del Mali su tutto il territorio statale – per realizzare, cioè, l'integrità territoriale del Mali – il Consiglio di sicurezza ha autorizzato *ex Cap. VII* il dislocamento della MISMA, con i compiti e i poteri indicati. Come è facile scorgere, i due approcci risultano tra loro collegati.

⁴⁴ S/2013/163, con l'allegata richiesta del Consiglio dell'UA (v. pure il doc. PSC/PR/2 (CCCLVIII), e, per la posizione della CEDEAO, S/PV.6994) per la trasformazione della MISMA in operazione robusta delle NU; inoltre S/2013/189, par. 28. In argomento, non è privo di rilievo ricordare il comunicato con il quale il Consiglio africano ha rilevato l'assenza di una sua adeguata consultazione da parte del Consiglio di sicurezza in vista della trasformazione della MISMA in un'operazione delle NU: appablog.wordpress.com.

⁴⁵ Cfr. l'art. 16 del Protocollo cit. *supra*, nota 41. Quelle stesse norme inducono a concentrare l'attenzione sulla eccezionalità della situazione africana e sui pertinenti contesti operativi (L. BOISSON DE CHAZOURNES, *Les relations entre organisations régionales et organisations universelles*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, CCCXLVII, 2010, p. 101 ss., in specie p. 289 ss.). La qual cosa trova riscontro nella recente attività del Consiglio di sicurezza (v. il doc. "2011 Highlights of Security Council Practice", reperibile *online*, p. 3), nonché nei lavori del Comitato speciale sulle operazioni per il mantenimento della pace, nei quali è stato esaminato il tema della "Cooperation with regional arrangements", conferendo autonomo rilievo all'"Enhancement of African peacekeeping capacities": v. i rapporti degli anni 2010-2012, rispettivamente in A/64/19, A/65/19 e A/66/19.

⁴⁶ V. PSC/PR/3 (CCCXXXIX), par. 1.

⁴⁷ Dati informativi in www.operationspaix.net.

⁴⁸ Cfr. la posizione dell'UA davanti al Consiglio di sicurezza, in S/PV.7879, p. 11 s.

Nella risoluzione in esame, il Consiglio ha avuto cura di ricordare che le autorità di transizione del Mali avevano indirizzato al Segretario generale delle lettere con cui avevano chiesto il dislocamento di una forza militare volta ad aiutare l'esercito dello stesso Stato a riprendere il controllo delle regioni occupate, e coadiuvare le attività che consentano di assicurare alla giustizia gli autori di crimini di guerra e contro l'umanità commessi nel Nord (8° 'considerando'). Ciò posto, e dato che la Missione è fornita, *ex Cap. VII*, dei poteri di prendere "toute mesure utile (necessary)" funzionali al mandato ricevuto, la MISMA viene a configurarsi come operazione multifunzionale coercitiva (par. 10), così come richiesta dalle Autorità territoriali. Su queste basi si intende realizzare l'operare di principi che presiedono lo svolgimento del processo politico/elettorale⁴⁹.

Come in altre esperienze del continente africano (in Liberia, in Sierra Leone)⁵⁰, si tratta, dunque, di una Missione che si svolge essenzialmente a favore del regime o Autorità richiedenti e (per evitare o) contro mutamenti costituzionali violenti, ancorché quelle Autorità (come nei casi ricordati) non avessero il controllo effettivo di tutto il territorio⁵¹.

Da quanto precede, risulta che la risoluzione 2085 ha riguardo a una situazione nella quale il Consiglio di sicurezza ha richiamato nel suo complesso il Cap. VII della Carta. Ciò posto, e dato il carattere di organo politico del Consiglio, quel richiamo, oltre a evocare possibili sviluppi coercitivi, è indicativo dell'impegno assunto dal medesimo Consiglio nel perseguire gli obiettivi da esso indicati a mezzo dei poteri derivanti, per l'appunto, dal Cap. VII⁵². D'altro canto, il richiamo di quest'ultimo, giacché posto a fondamento di un'operazione esterna alle NU, appare idoneo ad assorbire la stessa nel sistema della Carta⁵³. Invero, indicando il Cap. VII (e non il Cap. VIII), il Consiglio ha autorizzato il dispiegamento di un'operazione, sostenuta dagli Stati, nonché gli svolgimenti operativi comprensivi di possibili azioni coercitive nel quadro della Missione: questa dunque è stata posta complessivamente – giusta un'espressione dell'Assemblea generale delle NU – "under the authority" del Consiglio⁵⁴; come tale si manifesta nell'esercizio di compiti di varia

⁴⁹ Sul carattere multifunzionale della Missione v. ampiamente il concetto strategico rivisto allegato a S/2013/163, p. 10 s., al quale si rinvia anche per le potenzialità militari/coercitive della missione. Come è facile scorgere, quei principi, oltre a svolgere un ruolo riformistico interno, vengono a essere percepiti come fattore di sicurezza internazionale nelle pertinenti aree geopolitiche operative (G. CELLAMARE, *Le operazioni*, cit., p. 187 ss.). La qual cosa risulta in particolare da dichiarazioni e atti delle organizzazioni regionali africane direttamente coinvolte nel processo di pacificazione e di cui il Mali è parte: cfr. gli atti dell'UA citati nelle note che precedono.

⁵⁰ Anche per le indicazioni bibliografiche, v. G. CELLAMARE, *Le attività (II parte)*, cit., paragrafi 4 nonché 6 a) e b), testo e note richiamate.

⁵¹ Invero già nella risoluzione 2056, seguendo le organizzazioni regionali africane, il Consiglio di sicurezza aveva deciso "la dissolution" del CNRDRE (par. 3). Rispetto a quanto osservato nel testo, va tenuto presente che, nella situazione in esame, nei rapporti tra le organizzazioni regionali indicate e le parti del processo di pace, vengono in gioco risoluzioni fondate sul Cap. VII, come tali suscettibili di sovrapporsi al consenso alle operazioni di mantenimento della pace: anche con riguardo all'operazione in Mali, v. G. CELLAMARE, *Le attività (II parte)*, cit., par. 4.

⁵² Cfr. in generale U. VILLANI, *La politica europea in materia di sicurezza e di difesa e i suoi rapporti con le Nazioni Unite*, in *La Comunità Internazionale*, 2004, p. 63 ss., in specie p. 86 s.

⁵³ In argomento v. G. CELLAMARE, *Le attività (II parte)*, cit., paragrafi 5-7.

⁵⁴ Risoluzione 49/57, del 9 dicembre 1994, Annexe, par. 10.

natura previsti negli atti costitutivi e, di conseguenza, a garanzia dei principi normativi implicitamente o espressamente richiamati in quegli stessi atti.

Infine, considerato il tenore della risoluzione, è legittimo pensare che il Consiglio, indicando il Cap. VII, abbia richiamato lo spirito complessivo del sistema di sicurezza collettiva (di cui, come affermato da quell'organo, il Cap. VIII è parte integrante)⁵⁵. Certo, nella risoluzione si ha riguardo a organizzazioni regionali; peraltro l'indicazione nella stessa del Cap. VII induce a concentrare l'attenzione sull'art. 48 e a prospettare che nella delibera in esame le organizzazioni regionali pertinenti vengano in gioco quali entità strumentalmente idonee a coordinare, così potenziando, le forze e le attività (degli Stati membri) impegnati per la componente militare dell'operazione⁵⁶.

6. Il riferimento al Cap. VII, oltre a essere indicativo dei poteri coercitivi della Missione, è rivelatore della serietà della situazione e induce a concentrare l'attenzione sulla stessa⁵⁷. In altri termini, quel riferimento induce a concentrare l'attenzione non solo sul ricorso all'uso della forza reso possibile dall'autorizzazione del Consiglio, bensì sulle ragioni di questa in funzione del contesto operativo; sulle norme di diritto internazionale che vengono in gioco in quel contesto⁵⁸; sul ruolo assunto dal Consiglio di sicurezza nei rapporti con l'operazione, caratterizzata, come si vedrà, dalla forte presenza di un membro permanente.

Ora, come si legge nel preambolo della risoluzione, quel contesto è dato da "crises interdépendantes" ricollegabili alla situazione interna di sicurezza, in specie "dans le nord du Mali", dove "des groupes terroristes et des réseaux de criminels y sont solidement implantés continuent de faire peser une grave menace (...) sur la population du Mali (...) et la stabilité du Sahel, de l'Afrique en général et de la communauté internationale dans son ensemble"; a ciò si aggiungono le violazioni di diritti dell'uomo "commises dans le nord du Mali par des rebelles armés, des terroristes et d'autres groupes extrémistes"⁵⁹. In quel contesto, dunque, assume carattere prioritario la lotta contro il terrorismo, l'estremismo e la criminalità transnazionale organizzata. In tal senso convergono inequivocabilmente le dichiarazioni degli Stati membri rese nel corso del dibattito che ha accompagnato l'adozione della risoluzione, nonché di altri Stati e organizzazioni internazionali. Sicché quella lotta viene a delinarsi come esigenza diffusa e valore comunemente sentito dalla comunità internazionale⁶⁰.

Ciò posto, nella risoluzione, la lotta al terrorismo viene in rilievo non come fine a se stessa, ma come mezzo per realizzare l'integrità territoriale del Mali. Analogamente,

⁵⁵ V. *supra*, nota 37.

⁵⁶ Per l'approccio seguito nell'intendere il riferimento al Cap. VII, v. U. VILLANI, *Les rapports entre l'ONU et les organisations régionales dans le domaine du maintien de la paix*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international de La Haye*, CCXC, 2001, p. 225 ss., in specie p. 269 ss. Degni di nota in argomento gli svolgimenti del Segretario generale in S/2008/186, par. 71, lett. d). Inoltre, cfr. *supra*, testo e nota 47.

⁵⁷ Cfr. l'impostazione generale di P. PICONE, *Le autorizzazioni all'uso della forza tra sistema delle Nazioni Unite e diritto internazionale generale*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 5 ss., in specie p. 36 ss.

⁵⁸ Degna di nota, in tal senso, la risoluzione 1327, del 13 novembre 2000, parte II.

⁵⁹ V. pure S/2013/133, par. 16 ss.

⁶⁰ V. ampiamente S/2012/894, par. 50 ss.; S/PV.6879; S/PV.6898, p. 3; S/PV.6905; SC/10882; più in generale, S/PRST/2013/1 e S/PRST/2013/5, Allegato 4.

il dislocamento della Missione, oltre a essere immediatamente funzionale a quella lotta, è preordinato, in ultima analisi, all'affermazione di uno Stato indipendente e realmente sovrano, in quanto liberato dal rischio del terrorismo⁶¹. In ultima analisi la lotta al terrorismo viene a delinarsi, dunque, come lotta contro una minaccia ai valori tradizionali dell'integrità territoriale e dell'unità statale; contro la minaccia della nascita di un "failed State"⁶². Tanto più che l'affermazione dell'unità e dell'integrità territoriale – che passa attraverso il processo politico volto a risolvere la questione delle popolazioni del Nord – risulta particolarmente importante nel continente africano in considerazione del valore riconosciuto in quel continente al principio dell'immodificabilità dei confini esistenti, quali stabiliti dalle potenze coloniali⁶³.

A conferma di quanto precede può addursi la ricordata dichiarazione di nullità della proclamazione di indipendenza dell'Azauad, con la richiesta del Consiglio di sicurezza di una soluzione negoziale per la definizione della questione delle popolazioni del Nord del Mali. Quella dichiarazione e il fermo sostegno dato dal Consiglio di sicurezza alle autorità transitorie, con la condanna dei movimenti anti-costituzionali, costituiscono dati che, per un verso, denotano un'opera di orientamento del Consiglio nel configurare il contesto di cui si tratta; per altro verso, possono essere assunti come un'attività di indirizzo dello stesso Consiglio del processo di trasformazione in atto nel Mali. La qual cosa trova ulteriore riscontro nel mandato multidimensionale della Missione robusta delle NU e nell'ampio rilievo dato dal Consiglio al processo elettorale in Mali⁶⁴.

7. Vale la pena, infine, di svolgere qualche considerazione sull'intervento francese in Mali, successivo di qualche ora al comunicato reso alla stampa il 10 gennaio 2013 dal Presidente del Consiglio di sicurezza⁶⁵. Manifestate le preoccupazioni di questo a causa degli attacchi armati sferrati verso il Sud dai gruppi di terroristi e estremisti; richiamate le risoluzioni sulla situazione in Mali, "adoptées en vertu du Chapitre VII", in quel comunicato, il Presidente del Consiglio di sicurezza ribadiva la richiesta "aux États Membres d'accompagner le règlement de la crise au Mali et, en particulier, de fournir une assistance aux Forces de défense et de sécurité maliennes afin d'atténuer la menace que représentent les organisations terroristes et les groupes qui y sont affiliés".

Il giorno successivo, il Governo francese decideva di entrare in azione, soprattutto, a mezzo di forze aeree, a sostegno dell'esercito governativo (operazione SERVAl). Tale intervento ha ricevuto ben presto il supporto politico e tecnico di

⁶¹ Cfr. S/2012/894, par. 50 s.; e S/PV.6898, p. 3.

⁶² Sulle difficoltà che incontrano alcuni Stati nell'adempiere agli obblighi derivanti dalle risoluzioni del Consiglio di sicurezza sulla lotta al terrorismo, da ultimo anche per indicazioni dei documenti pertinenti, v. M. SOSSAI, *La prevenzione del terrorismo nel diritto internazionale*, Torino, 2012, p. 375; inoltre S/PRST/2013/5, Allegato 4.

⁶³ Cfr. in particolare l'art. 2 della risoluzione dell'Assemblea dei capi di Stato e di governo dell'Organizzazione dell'unità africana, *Border Disputes among african States*, AHG/RES 16(I); inoltre quanto statuito dalla sentenza della Corte internazionale di giustizia, del 22 dicembre 1986, *Controversia di frontiera (Burkina Faso c. Mali)*, par. 25.

⁶⁴ V. le risoluzioni 2085, par. 1, e 2100, 6° 'considerando' nonché paragrafi 3 e 16 b).

⁶⁵ SC/10878-AFR/2502.

altri Stati, nonché dell'UE, della NATO e delle organizzazioni regionali africane⁶⁶. L'iniziativa francese ha funzionato da acceleratore del dispiegamento della MISMA. Invero, lo stesso Presidente Hollande aveva attribuito all'intervento in parola (anche) siffatta funzione⁶⁷. Inoltre, il Presidente francese aveva cura di precisare che, con l'operazione in corso, rigorosamente inserita nel quadro delle risoluzioni del Consiglio di sicurezza, la Francia aveva “répondu à la demande d'aide du président du Mali appuyée par les pays africains de l'Ouest”. La qual cosa trovava riscontro in una lettera con la quale il Presidente *ad interim* maliano Traorè rendeva noto al Segretario generale di aver chiesto l'appoggio aereo francese, in accordo con la CEDEAO⁶⁸.

A quanto precede si aggiunga che, al fine evidente di escludere ogni dubbio sulla conformità con il diritto internazionale dell'operazione avviata, pochi giorni dopo, il Ministro degli esteri dello Stato intervenuto ricollegava alla richiesta maliana l'attivazione, da parte francese, della legittima difesa collettiva ai sensi dell'art. 51 della Carta; aggiungendo che l'azione si inquadrava nelle risoluzioni del Consiglio di sicurezza. Il fondamento dell'intervento era individuato anche in richieste delle organizzazioni regionali africane⁶⁹. Siffatto riferimento consente di prendere in considerazione anche la posizione della CEDEAO.

Ora, rispetto alle asserite iniziative delle organizzazioni africane, è sufficiente richiamare la soluzione data, nel senso sopra accennato, alla questione della pretesa autonomia delle stesse rispetto al Consiglio delle NU, in materia di mantenimento della pace e della sicurezza internazionale⁷⁰. Inoltre, l'ultima delle osservazioni riferite appare poco congruente con l'argomento addotto a sostegno dell'intervento francese proprio dalla Commissione della CEDEAO: per questa, l'autorizzazione a intervenire derivava dal *Press release* del 10 gennaio (“authorising immediate intervention in Mali to stabilise the situation”)⁷¹, così riconducendola in qualche modo al Consiglio di sicurezza delle NU. Ma in proposito è appena il caso di considerare che quel comunicato stampa, giacché privo di valore giuridico, non potrebbe essere posto a fondamento dell'intervento francese. Si tratta dunque di un'affermazione della CEDEAO intesa a sostenere politicamente l'operazione SERVAL.

Invero, quel *Press release* può servire tutt'al più a confermare il contesto cui si ha riguardo – ponendo l'accento sulla lotta al terrorismo come lotta a favore dell'integrità territoriale del Mali –, e a rafforzare la configurazione delle Autorità transitorie come sola entità meritevole di aiuto da parte della comunità internazionale, in funzione di quella lotta. Tanto più che, nello stesso comunicato, gli Stati membri del

⁶⁶ Posizioni degli Stati UA nella lettera allegata a S/2013/112; v. inoltre *La Repubblica* del 12, 20 e 30 gennaio 2013, rispettivamente pp. 15, 17 e 12; *Corriere della sera* del 17 gennaio 2013, p. 3; www.france24.com; www.operationspaix.net; mediarabe.info; http://documenti.camera.it/Leg16/Dossier/Testi/ES1302.htm#_Toc346798707; dalle posizioni indicate si differenzia quella della Tunisia contraria “to foreign military intervention of any kind”: en.starafrica.com.

⁶⁷ In www.diplomatie.gouv.fr.

⁶⁸ V. www.maliactu.net; www.operationspaix.net; www.lexpress.fr.

⁶⁹ V. www.diplomatie.gouv.fr.

⁷⁰ Par. 4.

⁷¹ <http://news.ecowas.int/presseshow.php?nb=006&lang=fr&annee=2013>.

Consiglio di sicurezza si limitavano a ribadire quanto già richiesto dal Consiglio nella risoluzione 2085 (par. 7), per *assistere* le forze del Mali.

Come è facile scorgere, siffatta considerazione presuppone che la risoluzione 2085 (insieme alle altre che l'hanno preceduta) non potrebbe (potrebbero) essere considerata (considerate) come risoluzione autorizzativa (risoluzioni autorizzative) dell'intervento di cui si tratta: in effetti, nella risoluzione 2085 l'autorizzazione a usare la forza ("mesure utile, necessary measures") è unicamente concessa alla Missione sotto comando africano, sottoposta (*ex ante*), come si è visto⁷², al controllo del Consiglio. Questo si è rivolto agli Stati chiedendo assistenza per l'esercito del Mali: la qual cosa non potrebbe essere paragonata a un'autorizzazione o a una raccomandazione a usare (tutti i mezzi necessari, e quindi) la forza.

Quanto precede non leva che l'intervento, come addotto dal Governo francese, si collochi nel quadro delle risoluzioni del Consiglio. Invero, un siffatto generico riferimento è indicativo non del fondamento, bensì del contesto dell'intervento quale venutosi a delineare per l'effetto di quelle risoluzioni: un contesto di lotta all'attività interna di gruppi di terroristi, dai quali si è progressivamente distinto l'MNLA, come sappiamo, in senso contrario ai gruppi in parola e in senso favorevole all'operazione francese⁷³. In altri termini, in linea con il doppio approccio sopra ricordato, intervenendo in quel contesto, la Francia non interferiva (e non intendeva intervenire) sulla questione delle rivendicazioni del popolo tuareg, lasciata dal Consiglio a una soluzione politica⁷⁴; la Francia interveniva unicamente a sostegno della lotta contro il terrorismo e la criminalità transnazionale organizzata; su queste basi, a garanzia dell'integrità territoriale del Mali sostenuta dal Consiglio. Ciò trova riscontro nel non-coinvolgimento della Francia negli scontri tra MNLA e esercito maliano che si sono alternati a dei dialoghi "fruttuosi" e negoziati favoriti dalla CEDEAO; nonché nell'interposizione dello Stato terzo tra le stesse, in senso funzionale a quei negoziati⁷⁵.

Infine, quanto al riferimento all'art. 51 della Carta, quale fondamento dell'intervento⁷⁶, va notato che quella disposizione non era richiamata né nella lettera di Traorè poc'anzi indicata, né in quella con la quale il Governo francese informava il Consiglio di sicurezza della propria iniziativa⁷⁷, ricollegandone gli svolgimenti, si noti, alle determinazioni unilaterali della Francia. In effetti, si legge in quella lettera, l'intervento sarebbe durato "le temps nécessaire"; il Consiglio sarebbe stato informato "en tant que de besoin"; inoltre la Francia sollecitava "la mise en œuvre de la

⁷² *Supra*, par. 3 s.

⁷³ *V. supra*, par. 1.

⁷⁴ Così potendo aversi un contemperamento tra autodeterminazione e integrità territoriale: in argomento, v. G. PALMISANO, *Autodeterminazione dei popoli*, in *Enciclopedia del diritto. Annali*, II, 2011, p. 81 ss., in specie 117 ss.

⁷⁵ V. la "chronologie" di maggio 2013 elencata in www.operationspaix.net/167-chronologie-complete-de-l-operation-misma.html; www.operationspaix.net/35020-details-actualite-mali-des-soldats-francais-deployes-a-anefis.html.

⁷⁶ In argomento, anche per le tesi esaminate di seguito, nel testo, in specie per il riferimento all'art. 51 della Carta come fondamento dell'operazione francese, v. gli interventi che si sono succeduti nelle parti I e II dell'*EJIL: Talk!* dal titolo *French Military Intervention in Mali: It's Legal but...Why?*, in www.ejiltalk.org.

⁷⁷ S/2013/17.

résolution 2085". Ora, considerato che, ai sensi dell'art. 51, il ricorso alla legittima difesa può aversi "fintantoché" il Consiglio non abbia preso "le misure necessarie per mantenere la pace e la sicurezza internazionale" (o anche, secondo altra impostazione, se il Consiglio non sia in grado di deliberare)⁷⁸; posta – come sappiamo – l'esistenza di misure già adottate dal Consiglio ai sensi del Cap. VII; dato altresì che la lettera in parola rimetteva unicamente alla Francia la competenza a determinare la durata dell'intervento, così svincolandolo dal sistema posto dall'art. 51 citato, è difficile poter riconoscere nell'iniziativa francese un'azione riportabile a detta norma. Né il contenuto della lettera in parola era indicativo della volontà francese di effettuare una comunicazione ai sensi dell'art. 51⁷⁹.

D'altro canto, la tesi in esame postula puramente e semplicemente l'operare della legittima difesa collettiva in reazione ad attività provenienti da gruppi armati, in particolare di terroristi. Ora, anche a voler ammettere siffatta costruzione⁸⁰, a differenza di quanto delineato nelle opinioni che ne sostengono l'ammissibilità, nel caso in esame non si trattava di rispondere ad attacchi sferrati da quei gruppi dal territorio di altri Stati, né di intervenire sul territorio degli stessi; nel caso in esame si è avuto un intervento sul territorio dello Stato richiedente per rispondere ad azioni condotte dall'interno da gruppi già presenti in Mali da alcuni anni, gruppi non diretti da Stati terzi e in cui erano presenti cittadini dello Stato richiedente. Invero, ricondurre un siffatto intervento all'art. 51 della Carta equivarrebbe ad ampliarne l'operare a situazioni tutte interne a uno Stato, su sua richiesta, in reazione ad azioni militari anche di cittadini dello stesso volte a ribaltare l'ordine costituito⁸¹. La qual cosa, in assenza di prassi modificativa in tal senso dell'art. 51, appare poco verosimile e si risolve in una "discutibile" interpretazione dello stesso, volta a sostenerne l'applicazione al di là di già dibattute tendenze espansive della sua portata⁸².

Da notare, infine, che nelle risoluzioni del Consiglio di sicurezza si fa riferimento alla riconquista del Nord sottoposto al controllo di gruppi terroristi ed estremisti, che, peraltro, vengono in considerazione non singolarmente come enti assimilati al modello statale, bensì come un fenomeno variamente collegato con la criminalità organizzata,

⁷⁸ P. PICONE, *Le reazioni collettive ad un illecito erga omnes in assenza di uno Stato individualmente leso*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2013, p. 5 ss., in specie p. 26 ss.

⁷⁹ In argomento, tra gli altri, v. M. ARCARI, *Legittima difesa e (in)azione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite*, in A. LANCIOTTI, A. TANZI (a cura di), *Uso della forza e legittima difesa nel diritto internazionale contemporaneo*, Napoli, 2012, p. 37 ss., in specie p. 41 ss.

⁸⁰ Tra gli altri, v. gli scritti in A. BIANCHI (ed.), *Enforcing International Law Norms Against Terrorism*, Oxford-Portland, 2004; P. WECKEL, *Coordination entre la prohibition de l'emploi de la force et les exigences de la lutte contre le terrorisme*, in E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI (eds.), *Customary International Law on the Use of Force: A Methodological Approach*, Leiden, 2005, p. 293 ss.; M. WILLIAMSON, *Terrorism, War and International Law. The Legality of the Use of Force Against Afghanistan in 2001*, Farnham-Burlington, 2009, p. 206 ss.; N. LUBELL, *Extraterritorial Use of Force Against Non-State Actors*, Oxford, 2010, p. 25 ss.

⁸¹ Cfr. il citato dibattito in *EJIL: Talk!*

⁸² U. VILLANI, *Legittima difesa e lotta al terrorismo nell'operazione Enduring Freedom*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio Ruiz*, III, Napoli, 2004, p. 1751 ss., in specie p. 1783 ss.; A. CASSESE, P. GAETA, *Le sfide del diritto internazionale*, Bologna, 2008, p. 39; P. GARGIULO, *op. cit.*, p. 1415 s.; per una sintesi delle opinioni sostenute in dottrina circa l'ammissibilità della legittima difesa in reazione ad attività terroristiche, con ampie indicazioni bibliografiche, v. E. MILANO, *Il ricorso all'uso della forza nei confronti degli attori non statali*, in A. LANCIOTTI, A. TANZI (a cura di), *op. cit.*, p. 105 ss.

e dunque con caratteristiche mutevoli; in particolare, come un fenomeno – già preso in considerazione dal Consiglio di sicurezza in risoluzioni di carattere generale – che di per sé mette in pericolo la pace e la sicurezza internazionale⁸³. Su queste basi riesce difficile potere qualificare l'azione francese, successiva a quelle risoluzioni, come reazione armata in legittima difesa contro siffatte entità⁸⁴.

A conferma delle osservazioni svolte, vale la pena di considerare che il riferimento all'art. 51, quale fondamento dell'azione francese, non trova riscontro né in una dichiarazione del Segretario generale delle NU sostanzialmente favorevole a quell'azione⁸⁵; né, soprattutto, nelle risoluzioni del Consiglio di sicurezza. E ciò, va notato, a differenza di quanto è dato rilevare da note risoluzioni, anteriori o successive a interventi armati unilaterali⁸⁶, sulla base delle quali quegli stessi interventi sono stati riportati in dottrina, per l'appunto, all'art. 51. Invero, nella risoluzione 2100 (5° 'considerando') il Consiglio di sicurezza, limitandosi a salutare la pronta risposta francese alla richiesta di aiuti delle Autorità del Mali, ha consolidato il consenso all'intervento francese già manifestato da organizzazioni internazionali e Stati, trattandosi di intervento richiesto; inoltre ha annesso alla futura attività della MINUSMA la potenziale azione delle forze francesi già presenti in Mali (par. 10)⁸⁷, operative anche dopo l'adozione di quella risoluzione e indipendentemente dalla stessa.

8. Invero, a differenza di quanto rilevabile da altri casi di interventi unilaterali, l'immediato sostegno dato da organizzazioni internazionali e da Stati all'intervento francese denota l'esistenza di una *opinio juris* favorevole all'intervento francese, giacché fondato sulla inequivocabile manifestazione di volontà del Governo richiedente. La qual cosa evoca evidentemente l'operare del principio *volenti non fiat injuria*⁸⁸. Si tratta di un aspetto che merita alcune considerazioni.

La questione della conformità al diritto internazionale di un intervento armato sollecitato da altro Stato nel territorio di quest'ultimo è stata ampiamente dibattuta in dottrina ed è possibile rilevare l'esistenza di un prevalente orientamento, affermatosi prima della fine della guerra fredda, contrario agli interventi di Stati terzi su richiesta del governo costituito in situazioni di guerre civili e di insurrezione popolare. Si tratta di una soluzione ritenuta conforme al diritto internazionale e avvalorata – si osserva – da note risoluzioni dell'Assemblea generale delle NU nelle quali si statuisce l'obbligo di astenersi dall'interferire “in civil strife of another State”⁸⁹.

⁸³ Cfr. *supra*, par. 2; sinteticamente, anche con riferimento all'esperienza che qui interessa, v. S/PRST/2013/5; inoltre le numerose disposizioni sulla lotta al terrorismo (tenuta distinta dalla risposta a un'aggressione agli Stati) contenute nel Patto di non aggressione e di difesa comune dell'UA del 31 gennaio 2005.

⁸⁴ Per l'ipotesi presa in considerazione, v. E. CANNIZZARO, *Diritto internazionale*, Torino, 2012, p. 47 ss. 206.132.6.105/article/idAFL2N0AJCWW20130114?sp=true.

⁸⁵ Sulle quali, tra gli altri, v. M. ARCARI, *op cit.*, p. 48 ss.

⁸⁶ Cfr. *supra*, nota 12.

⁸⁷ Cfr. *supra*, nota 12.

⁸⁸ Nell'ampia bibliografia in materia, anche per altre indicazioni e i pertinenti lavori della Commissione del diritto internazionale, v. A. BEN MANSOUR, *Circumstances Precluding Wrongfulness in the ILC Articles on State Responsibility: Consent*, in J. CRAWFORD, A. PELLET, S. OLLESON (eds.), *The Law of International Responsibility*, Oxford, 2010, p. 439 ss.

⁸⁹ Tra gli altri v. V. STARACE, *Usa della forza nell'ordinamento internazionale*, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, XXXII, 1994, p. 1 ss., in specie p. 4. Il riferimento è alle risoluzioni dell'Assemblea

In epoca più recente sono stati messi in luce aspetti che pongono in discussione l'indiscutibilità di quella stessa soluzione, sensibile invero al periodo storico in cui si è affermata⁹⁰. In particolare, è dato rilevare l'esistenza di orientamenti dottrinari che individuano situazioni in cui l'intervento su richiesta sarebbe conforme al diritto internazionale (come quello volto a sradicare gruppi terroristi che operino sul territorio dello Stato richiedente) o che, più in generale, danno rilievo (ai motivi dell'intervento e) all'esistenza di valori meritevoli di tutela che con l'intervento si intende proteggere⁹¹. È stato osservato, inoltre, che l'intervento a favore di un governo in una situazione di pretesa secessione metterebbe in gioco norme diverse da quelle riguardate dall'intervento in una guerra civile, sicché il primo (in un conflitto che tocca solo la dimensione territoriale attuale dello Stato) non potrebbe essere trattato alla stessa stregua del secondo (in un contesto, cioè, nel quale è posto in discussione con le armi il regime politico nel suo insieme, sicché si ha un'ingerenza esterna)⁹².

Non è possibile in questa sede soffermarsi sulle questioni velocemente evocate, che meriterebbero ben altro approfondimento; né si intende incasellare l'operazione SERVVAL in una delle ipotesi di intervento testé indicate. Per quanto qui interessa, è sufficiente rilevare che la Francia è intervenuta in una situazione che costituiva già oggetto di tre risoluzioni del Consiglio di sicurezza; che questo aveva dichiarato la nullità della dichiarazione di indipendenza dell'Azauad e delineato il contesto interno del Mali come minaccia alla pace e alla sicurezza internazionale a causa dell'attività di gruppi terroristi e criminali⁹³. Quell'intervento, inoltre, ha potuto

generale sull'inammissibilità dell'intervento e l'interferenza negli affari interni degli Stati e sulle relazioni amichevoli e la cooperazione tra gli Stati.

⁹⁰ In argomento v., variamente, T. CHISTAKIS, K. BANNELIER, *Volenti non fiat injuria? Les effets du consentement à l'intervention militaire*, in *Annuaire français de droit international*, 2004, p. 102 ss.; C. GRAY, *International Law and the Use of Force*, Oxford, 2008, III ed., p. 67 ss.; G. NOLTE, *Intervention by Invitation*, in www.mpepil.com. Inoltre gli ampi svolgimenti di G. HAFNER, nel rapporto citato in nota 26, p. 299 ss., anche per riferimenti, nel senso indicato nel testo, ai precedenti lavori dell'*Institut de droit international* (in particolare a quelli che hanno condotto all'adozione della citata risoluzione di Wiesbaden del 1975, della quale vale la pena di ricordare l'art. 2: uno Stato terzo "shall refrain from giving assistance to parties to a civil war which is being fought in the territory of another State": corsivo aggiunto), nonché alle risoluzioni dell'Assemblea generale già richiamate in nota 89.

⁹¹ Vedi V. GRADO, *op. cit.*, p. 66 ss.; T. CHISTAKIS, K. BANNELIER, *op. cit.*, p. 124 ss.

⁹² V. GRADO, *op. cit.*, p. 170 ss.; T. CHISTAKIS, K. BANNELIER, *op. cit.*, p. 133 ss.; G. NOLTE, *Secession and External Intervention*, in M.-G. KOHEN (ed.), *Secession: International Law Perspectives*, Cambridge, 2006, p. 65 ss.; G. NOLTE, *Intervention*, cit. A quanto accennato nel testo si aggiunge che, pur accogliendosi una nozione ampia del concetto di autodeterminazione, inclusa cioè del diritto di un popolo di scegliere anche con l'uso della forza il proprio *status* politico, l'intervento in una situazione di secessione non contrasterebbe con quel principio. Ciò, salvo a dimostrare che il diritto all'autodeterminazione sia comprensivo di quello alla secessione. A sostegno dell'opinione in parola sono addotte considerazioni della Corte internazionale di giustizia (nella sentenza del 27 giugno 1986, *Attività militari e paramilitari in e contro il Nicaragua (Nicaragua c. USA)*, par. 246, con riferimento alla quale v. J. LE MON, *Unilateral Intervention by Invitation in Civil Wars: The Effective Control Test Tested*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 2003, p. 741 ss., in specie 749 ss.; e nella citata sentenza *Controversia di frontiera*, par. 21 ss., dove la Corte ha messo a confronto i principi di autodeterminazione e di conservazione dello Stato, dando prevalenza al secondo). Rilevanti in argomento le osservazioni di A. TANCREDI, *La secessione nel diritto internazionale*, Padova, 2001, p. 649 ss.; e di G. PALMISANO, *op. cit.*, p. 117 ss.

⁹³ Per l'incidenza sul trattamento delle guerre civili dell'avvenuto coinvolgimento del Consiglio di sicurezza, v. F. SALERNO, *op. cit.*, p. 228 ss.

avvalersi dell'assenza di obiezioni, anzi dell'appoggio, del MNLA, il quale, come sappiamo, aveva preso posizione contro le organizzazioni terroristiche e manifestato la propria disponibilità a una soluzione politica della questione controversa, così sottraendosi alla qualificazione di gruppo a finalità terroristica desumibile dalla Convenzione dell'OUA, del 14 luglio 1999, sulla prevenzione e la lotta al terrorismo (art. 1)⁹⁴. Inoltre quel Movimento ha richiesto il sostegno della MINUSMA, così riconoscendone ruolo e funzioni⁹⁵: la stessa Missione, come sappiamo, può essere assistita dall'uso della forza del contingente francese presente in Mali.

In altri termini, a prescindere dalla soluzione che si intenda accogliere del problema dell'ammissibilità dell'intervento di uno Stato terzo in una situazione di pretesa secessione (invero scartata dal Consiglio di sicurezza), data la condanna (da parte di questo) dei gruppi armati di terroristi operanti in una parte del Mali; considerato il comportamento tenuto (prima e dopo l'intervento) nei confronti dello Stato interveniente da parte del Movimento interessato all'indipendenza di quel territorio, è prospettabile che si sia avuta accettazione dell'intervento da parte di quella stessa entità⁹⁶.

Su queste basi, l'intervento francese viene a delinearci non come intervento volto ad arbitrare una guerra civile nella questione controversa, tra il Governo del Mali e il MNLA, bensì come un intervento contro i terroristi, a sostegno del Mali e della sua popolazione, come tale comprensiva dei tuareg organizzati nel MNLA, così ricevendo il sostegno della comunità internazionale. Nella situazione considerata, il doppio approccio proposto dalle organizzazioni regionali e fatto proprio dal Consiglio di sicurezza ha contribuito a dare autonomo rilievo alla lotta al terrorismo e alla criminalità transnazionale organizzata, rispetto alla questione delle popolazioni del Nord⁹⁷.

Abstract

Characters and Functions of the Integrated Operational Activities for Mali

Among the internal crises affecting the African North-West, particularly intense is the ongoing crisis in course in Mali. In Resolutions 2056 and 2071, the Security Council had taken into account the relevant initiatives of regional African organizations and called for aid and assistance to the Malian army forces. Under Resolution 2085, the Council has accepted the demands of those organizations and Malian Transitional Authority and authorized, pur-

⁹⁴ V. pure la descrizione delle finalità terroristiche contenuta nella risoluzione dell'Assemblea generale 48/122, del 20 dicembre 1993; descrizione ripresa in successive risoluzioni (ad esempio 54/164, del 17 dicembre 1999).

⁹⁵ www.operationspaix.net.

⁹⁶ Cfr. gli svolgimenti della Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 19 dicembre 2005, *Attività armate sul territorio del Congo (Repubblica democratica del Congo c. Uganda)*, paragrafi 42-46.

⁹⁷ Pertinenti le considerazioni che si leggono in S/2013/189, paragrafi 28 e 68 s.

suant to Chapter VII of the Charter, the displacement of the African-led International Support Mission to Mali. In particular, the Council authorized the Mission, to take the necessary measures in order to rebuild the capacity of the forces of defense and security in Mali, in close coordination with other international partners involved in the process, including the EU and the Member States, and to assist the Malian authorities to resume the northern areas of the territory controlled by armed groups terrorists and extremists. The Council had supported an integrated and strategic approach to the security of the region. Such approach is consistent with the Sahel's EU approach. Part of the integrated approach followed by the EU is the EUTM Mali, which is training and advising the army of Mali. The EUTM is conducted autonomously by the EU Council. Moreover, if one considers the position of African regional organizations, the resolutions show the role of political control of the Security Council with respect to the same, in the management of the operation that those entities had asked the Council to be authorized to carry on in Mali. In the acts of UN and EU, the fight against terrorism is relevant not as an end in itself but as a means to achieve the territorial integrity of Mali.

The unilateral intervention of France (SERVAL operation), on request of Malian authorities, is not reportable to the hypothesis of collective self-defense. France has intervened in a situation that was already the topic of three resolution of the Security Council: the latter had declared the nullity of the declaration of independence of Azauad and outlined the internal context of Mali as a threat to peace and international security because of terrorist groups and criminals. The SERVAL operation could rely on the absence of any objection, even the support of MNLA, which had taken a stand against terrorist organizations and expressed its availability to a political settlement of the matter at issue. In other words, the French intervention is to emerge not as intervention designed to arbitrate a civil war in the controversial issue between the Government of Mali and the MNLA, but as an intervention against terrorists. The dual approach proposed by the regional organizations and endorsed by the Security Council, has helped to give self-importance to the fight against terrorism and transnational organized crime, on the question of the people of the north.

Emanuela Pistoia*

Il volontarismo regolamentato nell'azione europea a sostegno della responsabilità sociale d'impresa

SOMMARIO: 1. Il “volontarismo regolamentato” della responsabilità sociale d'impresa nell'Unione europea. Obiettivo e piano del lavoro. – 2. Il sostegno delle autorità pubbliche alla responsabilità sociale d'impresa nelle Comunicazioni della Commissione. – 3. Volontarismo e vincoli giuridici negli strumenti dedicati al contributo delle imprese allo sviluppo sostenibile (EMAS e Ecolabel): a) relativamente alla formazione delle regole di condotta – 4. *Segue*: b) e ai metodi per la loro attuazione. – 5. Il volontarismo nella direttiva 2004/18 sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, forniture e servizi, alla luce della giurisprudenza recente. – 6. Il volontarismo alla prova dell'informativa societaria sulle questioni ambientali e occupazionali tra *jus conditum* e *jus condendum*. – 7. Conclusioni.

1. Per responsabilità sociale di impresa generalmente si intendono le prassi imprenditoriali attente a istanze non economiche – quali, ad oggi, i diritti della persona umana, le questioni attinenti all'occupazione, lo sviluppo sostenibile e il contrasto della corruzione – che costituiscono una libera scelta delle imprese¹. La motivazione principale di una siffatta connotazione volontaristica della responsabilità sociale di impresa, che peraltro ha giustificazione culturale nel liberalismo economico², sta nel c.d. *business case*, che a sua volta ha diversi profili. In sintesi, si

* Professore associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Teramo.

¹ V. per tutti P. ACCONCI, *La promozione della responsabilità sociale di impresa nel diritto internazionale*, in P. ACCONCI (a cura di), *La responsabilità sociale d'impresa in Europa*, Napoli, 2009, p. 8 ss. Tra gli studiosi, compresi i giuristi, vi è però chi svincola la nozione di responsabilità sociale di impresa dal requisito volontaristico, con il risultato di comprendervi anche gli adempimenti richiesti alle imprese in modo vincolante e talvolta con il preciso intento di sostenere l'adozione in materia di strumenti normativi con effetti obbligatori. Così ad esempio, M. HOPKINS, *Corporate Social Responsibility & International Development. Is Business the Solution?*, London-Sterling, 2009, pp. 15-16, nonché A. GIGANTE, *L'evoluzione della politica dell'ONU e dell'UE nel campo della responsabilità sociale delle imprese multinazionali*, in *La Comunità Internazionale*, 2009, pp. 590-591. Per una disamina del rilievo rivestito dal volontarismo nella questione della definizione di responsabilità sociale di impresa, v. J. A. ZERK, *Multinationals and Corporate Social Responsibility*, Cambridge, 2006, pp. 29-32, che privilegia infine una definizione neutra al riguardo (spec. p. 32).

² Si vedano in particolare alcune considerazioni di F. A. VON HAYEK, *Il sistema politico di un popo-*

ritiene che l'attuazione di condotte socialmente responsabili attribuisca alle imprese un vantaggio competitivo che per converso viene neutralizzato, dando luogo addirittura a costi aggiuntivi penalizzanti per la concorrenza e deterrenti per gli investimenti stranieri, se tale adozione sia imposta da norme vincolanti³. Ancora, il *business case* della responsabilità sociale d'impresa richiede l'adozione volontaria delle relative condotte per il contributo in termini di innovazione e sviluppo che soprattutto in tale evenienza queste ultime possono apportare⁴. Per completezza giova aggiungere, circa il carattere volontario dell'adesione ai principi stabiliti in materia da organizzazioni internazionali quali l'OCSE, l'OIL e l'ONU, che questo si deve anche a una specifica motivazione tecnico-giuridica: la mancata competenza di queste organizzazioni a indirizzare norme, men che meno norme vincolanti, a persone fisiche e giuridiche⁵.

L'Unione europea si occupa formalmente di responsabilità sociale di impresa da più di un decennio e da sempre, in linea con gli intendimenti assunti sulla tema-

lo libero, in *Legge, legislazione e libertà. Critica dell'economia pianificata*, Milano, 2000. A favore della matrice liberale della responsabilità sociale di impresa L. IOELE, *Responsabilità sociale dell'impresa e ordinamento italiano*, in P. GRECO (a cura di), *Lavoratori e impresa socialmente responsabile*, Torino, 2007, pp. 38-39.

³ Sul legame tra il *business case* della responsabilità sociale d'impresa e il volontarismo nella stessa, v. l'efficace sintesi di S. MACLEOD, *Reconciling Regulatory Approaches to Corporate Social Responsibility: The European Union, OECD and United Nations Compared*, in *European Public Law*, 2007, pp. 673-674, nonché E. SCISO, *Appunti di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2007, p. 190, e J. A. ZERK, *op. cit.*, p. 33.

⁴ Questo aspetto è sintetizzato da J. A. ZERK, *op. cit.*, pp. 16-17 e 33, dove si sottolinea il freno all'innovazione che, secondo i sostenitori del volontarismo, deriverebbe dall'imporre alle imprese comportamenti etici.

⁵ Mentre, se non vincolanti, nulla impedisce a regole elaborate nel quadro di organizzazioni internazionali di indirizzarsi direttamente alle imprese. In senso apparentemente analogo A. ODDENINO, *Attuali prospettive di regolazione internazionale delle imprese multinazionali*, in G. PORRO (a cura di), *Studi di diritto internazionale dell'economia*, Torino, 2006, p. 74; F. BORGIA, *La responsabilità sociale delle imprese multinazionali*, Napoli, 2007, p. 203. D'altro canto, la scelta di sviluppare nel quadro di organizzazioni internazionali principi e regole da rivolgere alle imprese, soprattutto multinazionali, si deve all'esigenza di ovviare alle carenze "strutturali" delle legislazioni statali, che qui non si ha spazio per approfondire. Un'eccezione è rappresentata dal Progetto di codice di condotta elaborato nel quadro del Consiglio economico e sociale dell'ONU negli anni '70, che al contrario si fondava sul perseguimento da parte degli Stati in via di sviluppo, ospiti degli investimenti stranieri, delle politiche economiche nazionali onde favorire l'affermazione del Nuovo ordine economico internazionale: in proposito P. ACCONCI, *Il collegamento tra Stato e società in materia di investimenti stranieri*, Padova, 2002, p. 238, e A. DI BLASE, *Il Progetto NU di codice di condotta per le società multinazionali*, in A. GIARDINA, G. L. TOSATO (a cura di), *Diritto del commercio internazionale. Testi di base e note introduttive*, Milano, 1996, p. 423. Un'eccezione di segno analogo, salvo che per il riferimento al Nuovo ordine economico internazionale, è costituita dalle *Guidelines* dell'OCSE: in proposito P. ACCONCI, *Il nuovo testo delle Guidelines per le imprese multinazionali*, in *Comunicazioni e studi*, 2002, pp. 380-382; nonché A. DI BLASE, *La Dichiarazione OCSE sugli investimenti e le imprese multinazionali*, in A. GIARDINA, G. L. TOSATO (a cura di), *op. cit.*, p. 411. I principali strumenti internazionali cui ci si riferisce nel testo sono le *Guidelines* per le imprese multinazionali adottate dall'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico (OCSE), in allegato a una Dichiarazione dei governi degli Stati membri, del 21 giugno 1976, più volte riviste; la Dichiarazione tripartita di principi sulle imprese multinazionali e la politica sociale dell'Organizzazione Internazionale del Lavoro (OIL), adottata nel 1977, e il *Global Compact* delle Nazioni Unite, lanciato nel 2000 con nove principi, ai quali il Segretario generale ha aggiunto il decimo, sulla corruzione, nel 2004.

tica a tutti i livelli e con le teorie economiche più affermate, ne ha sostenuto il carattere volontario⁶. Nella definizione di responsabilità sociale di impresa adottata fin dal Libro verde del 2001⁷, la volontarietà dell'adozione di comportamenti socialmente responsabili era infatti centrale, e tutto sommato tale sembra essere rimasta anche dopo l'eliminazione di un riferimento esplicito al punto maturata con la Comunicazione del 2011⁸.

Nel suddetto Libro verde, l'adozione di pratiche socialmente responsabili è lucidamente inquadrata come un *quid pluris* rispetto ai vincoli già imposti da norme giuridiche, che si giustifica sulla base di considerazioni di carattere economico⁹ (il *business case*, per l'appunto) svolte separatamente per le pratiche a salvaguardia dell'ambiente, da un lato, e per quelle di carattere sociale, concernenti in particolare la formazione, le condizioni di lavoro e i rapporti tra la direzione e il personale, dall'altro lato. Delle prime, il documento rileva come, secondo l'esperienza acquisita, ingenerino un aumento della competitività. Delle seconde evidenzia l'impatto diretto sulla produttività dei lavoratori. Il legame funzionale tra responsabilità sociale di impresa e competitività, crescita e innovazione è riaffermato in termini generali nella Comunicazione del 2011¹⁰.

Una giustificazione più originale dell'opportunità che l'adeguamento da parte delle imprese a certi *standard* ambientali e sociali resti volontario è ricavabile da una Comunicazione del 2006¹¹. Qui, dopo aver collegato al processo di globalizzazione dell'economia l'importanza della responsabilità sociale d'impresa, si dà spa-

⁶ Sul punto v. estensivamente A. PERFETTI, *La promozione della responsabilità sociale di impresa nel quadro dell'Unione*, in P. ACCONCI (a cura di), *op. cit.*, p. 80. L'atto assunto a punto di riferimento quale inizio del formale interesse dell'UE per la responsabilità sociale di impresa è il Libro verde della Commissione del 2001 (v. *infra* nel testo e in nota). Infatti, le iniziative prese in precedenza mancano completamente di sistematicità. Esse sono sintetizzate in A. DI PASCALE, *La responsabilità sociale dell'impresa nel diritto dell'Unione europea*, Milano, 2010, pp. 123-153, e D. RUSSO, *La promozione della responsabilità sociale d'impresa nell'Unione europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2011, pp. 478-480.

⁷ Libro verde della Commissione, del 18 luglio 2001, Promuovere un quadro europeo per la responsabilità sociale delle imprese, COM(2001)366 def. Per amor di precisione, si noti che nel Libro verde la Commissione non tanto adotta una propria definizione di responsabilità sociale di impresa, quanto invece prende atto di quella più diffusa (par. 20), mentre è solo nella Comunicazione della Commissione, del 2 luglio 2002, Responsabilità sociale delle imprese: un contributo delle imprese allo sviluppo sostenibile, COM(2002)347 def., par. 3, p. 5, che viene indicata una definizione da applicare nell'Unione. Si tratta però della stessa definizione già individuata nel Libro verde: di qui l'affermazione fatta nel testo.

⁸ Comunicazione della Commissione, del 25 ottobre 2011, Strategia rinnovata dell'UE per il periodo 2011-14 in materia di responsabilità sociale delle imprese, COM(2011)681 def. (d'ora innanzi, "Comunicazione del 2011"). Per la precisione, nella Comunicazione in oggetto, che esordisce con l'affermazione "[I]a responsabilità sociale delle imprese riguarda gli interventi delle imprese che vanno *al di là* dei loro obblighi giuridici nei confronti della società e dell'ambiente" (par. 1, p. 4, corsivo aggiunto), il volontarismo è dato per acquisito.

⁹ Questo aspetto è sottolineato da A. PERFETTI, *op. cit.*, p. 82.

¹⁰ V. par. 1.1, p. 3.

¹¹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio e al Comitato economico e sociale europeo, del 22 marzo 2006, Il partenariato per la crescita e l'occupazione: fare dell'Europa un polo di eccellenza in materia di responsabilità sociale delle imprese, COM(2006)136 def. (d'ora innanzi, "Comunicazione del 2006").

zio ad una motivazione della stessa che si riferisce alla realtà europea: “[i]n Europa la promozione della RSI riflette la necessità di difendere i valori comuni e di aumentare il senso di solidarietà e di coesione”¹². Si aggiunge poi che, in coerenza con la strategia di Lisbona sulla crescita e l’occupazione, l’Europa “ha bisogno di un clima pubblico in cui gli imprenditori s[ia]no stimati non solo perché riescono a realizzare un profitto, ma anche perché contribuiscono ad affrontare le sfide poste dalla nostra società”.

Queste affermazioni suggeriscono l’idea che, in Europa, la scelta di introdurre le preoccupazioni sociali e ambientali nei meccanismi di elaborazione delle strategie imprenditoriali dovrebbe derivare da un preciso orientamento culturale secondo cui certi valori sono al centro della società e le imprese svolgono al riguardo un ruolo da protagoniste. Di qui l’ulteriore motivazione a sostegno del carattere volontario della responsabilità sociale d’impresa cui si faceva cenno. Adottare certi comportamenti per adeguarsi a norme vincolanti non potrebbe infatti dirsi espressione di un orientamento culturale.

Tuttavia, a causa delle numerose iniziative assunte in questo campo, anche aventi carattere normativo, l’approccio dell’UE alla responsabilità sociale di impresa non può dirsi puramente volontaristico. Nello spirito del *business case*, un approccio siffatto sarebbe piuttosto orientato allo spontaneismo dei comportamenti imprenditoriali “virtuosi”¹³. L’UE si ispira invece al metodo del “volontarismo regolamentato”, che media tra l’esigenza di non compromettere la principale identità delle imprese quali attori del mercato e la necessità di regole a salvaguardia di certi valori non commerciali che rischiano di essere pregiudicati, o al contrario possono trovare affermazione, attraverso l’attività di impresa¹⁴.

Siffatto metodo intermedio tra il volontarismo *stricto sensu* e la regolamentazione è invero così diffuso da caratterizzare la responsabilità sociale di impresa in tutti i contesti. Sia sul piano internazionale che su quello interno si assiste infatti a una fioritura di regole e meccanismi che favoriscono l’applicazione di prassi azien-

¹² Sotto questo aspetto vi è una decisa sintonia tra la Commissione e il Parlamento europeo il quale, nella propria risoluzione del 13 marzo 2007 su “la responsabilità sociale di impresa: un nuovo partenariato”, afferma che la responsabilità sociale di impresa rappresenta un elemento essenziale del modello sociale europeo: in proposito v. A. PERFETTI, *op. cit.*, p. 85.

¹³ È interessante ricordare la posizione di M. HOPKINS, *op. cit.*, pp. 25-26, il quale critica la specificazione del carattere volontario della responsabilità sociale di impresa nella definizione UE poiché sembra derivarvi l’esclusione di “whatever regulation whatever minor”.

¹⁴ Per l’individuazione di una “terza via” tra disciplina giuridica e volontarismo nella responsabilità sociale d’impresa si segnala lo studio di S. MACLEOD, *op. cit.*, p. 676 ss. Secondo l’A., siffatta “terza via” può assumere varie sfumature nell’ambito delle quali egli individua tre modelli principali: il “*mix & match*”, comprendente strumenti caratterizzati sia da elementi di volontarismo sia da aspetti disciplinati da norme giuridiche vincolanti; il modello che si fonda sulla trasparenza delle imprese circa le politiche seguite in merito alla loro responsabilità sociale; e il modello che si caratterizza per la partecipazione degli *stakeholders* alla determinazione degli *standard* ovvero al controllo circa il loro rispetto (“*participatory model*”). Sull’incidenza di regole e meccanismi, in particolare quelli previsti dalle legislazioni nazionali, sulla natura non più squisitamente volontaristica della responsabilità sociale di impresa, si soffermano D. MCBARNET, *Corporate Social Responsibility beyond Law, through Law, for Law: The New Corporate Accountability*, in D. MCBARNET, A. VOICULESCU, T. CAMPBELL (eds.), *The New Corporate Accountability: Corporate Social Responsibility and the Law*, Cambridge, 2007, p. 9 ss., e P. ACCONCI, *La promozione*, cit., p. 9.

dali “virtuose”, ancorché senza imposizioni per gli attori economici, talvolta incidendo però, in ultima analisi, proprio sul carattere volontario dell'applicazione delle prassi suddette. Si tratta di regole e meccanismi eterogenei in quanto a fonte e natura, molti essendo elaborati da soggetti privati e alcuni da entità pubbliche, le quali a loro volta comprendono organizzazioni internazionali, Stati ed enti locali.

L'eterogeneità riguarda anche la tematica di riferimento, essendo alcuni meccanismi molto settoriali e tecnici come i marchi di qualità (ad esempio, le ecoetichette) e altri basati su principi molto generali e comprendenti tutti i filoni della responsabilità sociale di impresa come il *Global Compact* lanciato dal Segretario generale dell'ONU¹⁵. I meccanismi e le regole che favoriscono la responsabilità sociale di impresa sono eterogenei anche in quanto alla finalità perseguita, ad esempio essendo alcuni volti a facilitare le imprese nell'individuazione delle condotte opportune e/o dei meccanismi di pubblicità capaci di assicurare un ritorno adeguato, altri ad assicurare la trasparenza delle condotte imprenditoriali “virtuose”, altri a certificarne l'adozione.

Un ulteriore profilo di eterogeneità attiene alla *ratio* dell'adesione volontaria ai meccanismi in questione: sempre per limitarci a degli esempi, le regole promananti da organizzazioni internazionali hanno carattere non vincolante poiché dette organizzazioni mancano della competenza a indirizzare norme a persone fisiche e giuridiche, mentre l'adesione a marchi di qualità o a meccanismi di certificazione simili è volontaria perché volta ad attivare la logica del mercato a favore delle imprese socialmente responsabili (il c.d. *market reward*)¹⁶. In ogni caso, grazie alla diffusione di tali eterogenei strumenti non appare molto utile cristallizzare la riflessione giuridica in tema di responsabilità sociale di impresa sull'alternativa strumenti normativi/assenza di strumenti normativi, o anche, in senso ancora più netto, sull'alternativa *mandatory approach/voluntary approach*¹⁷.

Il “volontarismo regolamentato” dell'Unione europea si avvale della generalità dei meccanismi cui si è fatto riferimento. Basti pensare al fatto che l'Unione al con-

¹⁵ Il carattere molto generale dei dieci principi del *Global Compact* – raggruppati nei quattro filoni *human rights, labour standards, environment e anti-corruption* – richiede alle imprese aderenti di delineare proprie strategie di adeguamento, di cui le imprese devono dare conto in periodiche *Communication on Progress*.

¹⁶ Si condivide insomma la scelta di comprendere nella regolamentazione della responsabilità sociale di impresa tutti i possibili strumenti adottati nella prassi da attori pubblici e privati per promuovere detta responsabilità: A. DI PASCALE, *op. cit.*, pp. 33-66.

¹⁷ La scivolosità dei concetti che costituiscono le due dicotomie evocate, tra esse contigue, è tale da indurre talvolta ad ascrivere gli stessi strumenti a due gruppi diversi. Ad esempio, sullo sfondo della contrapposizione *voluntary approach/mandatory approach* alla responsabilità sociale di impresa tracciata dal Rappresentante speciale del Segretario generale ONU sulla questione dei diritti dell'uomo e delle società transnazionali e altre imprese commerciali, John Ruggie, nel *Policy Framework* del 2008, gli strumenti internazionali non vincolanti quali le *Guidelines* dell'OCSE, la Dichiarazione tripartita dell'OIL e il *Global Compact* sono senz'altro ascritti al *voluntary approach* (Protect, Respect and Remedy: A Framework for Business and Human Rights. Report of the Special Representative of the Secretary-General on the issue of human rights and transnational corporations and other business enterprises, doc. A/HRC/8/5, 7 aprile 2008). Riferisce invece i meccanismi non vincolanti di responsabilità sociale d'impresa elaborati sul piano internazionale al “versante” della disciplina giuridica di questo fenomeno, della quale infatti si adotta una nozione molto flessibile che include anche gli incentivi e i premi attribuiti dalle autorità pubbliche ad imprese “socialmente responsabili”, J. A. ZERK, *op. cit.*, pp. 41-42.

tempo promuove l'adeguamento delle imprese ai "grandi" strumenti internazionali di regolamentazione quali la Dichiarazione di principi tripartita dell'OIL, le *Guidelines* dell'OCSE e il *Global Compact* delle Nazioni Unite¹⁸, sostiene il dialogo e il coordinamento tra imprese per lo scambio di buone prassi e l'elaborazione di codici di condotta¹⁹, è favorevole alla maggiore trasparenza delle imprese nei confronti dei consumatori²⁰, si è dotata di strumenti normativi *stricto sensu* per valorizzare l'adozione di pratiche ispirate allo sviluppo sostenibile e/o attenti a problematiche sociali.

In un'accezione più ristretta e propriamente tecnico-giuridica, al "volontarismo regolamentato" andrebbero ricondotti solo le regole e i meccanismi adottati da autorità pubbliche per la promozione della responsabilità sociale di impresa e aventi natura normativa²¹. Proprio agli strumenti di questo tipo presenti nel diritto dell'Unione europea è dedicato il presente scritto, che di essi intende puntualizzare i modi con cui valorizzano il carattere volontario delle prassi imprenditoriali attente ai valori sociali e/o ambientali, gli aspetti in cui, di contro, il profilo della regolamentazione è più stringente e, in ultima analisi, in quale misura tali strumenti inficiano il carattere volontario dell'adozione di condotte socialmente responsabili.

L'analisi prenderà necessariamente le mosse dalle linee politico-strategiche indicate dalla Commissione europea attraverso le tre Comunicazioni elaborate sul tema, in merito alle quali si evidenzierà il ruolo pensato per le autorità pubbliche, in particolar modo per le istituzioni europee, a sostegno della responsabilità sociale di impresa. Siffatto ruolo può infatti conciliarsi in vario modo con il volontarismo cui si ispira questa tematica. Si cercherà in particolar modo di individuare le novità apportate sotto il profilo preso in esame dalla Comunicazione del 2011, che si segnala per la già menzionata eliminazione, nella definizione di responsabilità sociale di impresa, del suo carattere volontario.

Seguirà la disamina dei regolamenti rispettivamente relativi al sistema europeo di ecogestione e di *ecoaudit* (EMAS)²² e al marchio europeo di certificazione ambientale (*Ecolabel*)²³, che in quanto forme di certificazione rappresentano stru-

¹⁸ Comunicazione del 2006, par. 5, p. 8, e Comunicazione del 2011, par. 3.2, p. 6.

¹⁹ Comunicazione del 2006, par. 5, pp. 7-8, e Comunicazione del 2011, paragrafi 4.1, p. 8, e 4.3, pp. 9-10.

²⁰ Comunicazione del 2006, par. 5, p. 7, e Comunicazione del 2011, paragrafi 4.2, p. 9, e 4.4, pp. 10-13.

²¹ Sul loro rilievo per le scelte delle imprese in materia v. gli autori citati in nota 14.

²² Per l'EMAS (Sistema comunitario di ecogestione e *audit*) la disciplina in vigore è contenuta nel regolamento (CE) n. 1221/2009 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, *GUUE* L 342, 22 dicembre 2009, p. 1 ss. Si tratta del c.d. "regolamento EMAS III", che ha abrogato il precedente regolamento (CE) n. 761/2001 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 marzo 2001, *GUCE* L 247, 17 settembre 2001, p. 24 ss., mentre l'originaria disciplina del sistema comunitario di ecogestione e *audit* denominato EMAS era contenuta nel regolamento (CEE) n. 1836/93 del Consiglio, del 29 giugno 1993, *ivi* L 168, 10 luglio 1993. L'obiettivo perseguito con il secondo e più recente aggiornamento del sistema EMAS è quello di aumentare il numero delle organizzazioni partecipanti onde ottenere un migliore impatto globale dei miglioramenti ambientali (così il 7° 'considerando').

²³ La disciplina vigente dell'*Ecolabel* è contenuta nel regolamento (CE) n. 66/2010 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 novembre 2009, *GUUE* L 27, 30 gennaio 2010, p. 1, che ha abrogato il regolamento (CE) n. 1980/2000 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 17 luglio 2000, *GUCE* L 237, 21 settembre 2000, p. 1 ss. Quest'ultimo aveva a sua volta sostituito il regolamento (CEE) n. 880/92 del Consiglio, del 23 marzo 1992, *ivi* L 99, 11 aprile 1992, p. 1 ss. Anche della disciplina del

menti direttamente ed esclusivamente finalizzati alla promozione della responsabilità sociale d'impresa, ancorché limitatamente ai suoi profili ambientali. Riguardo a tali strumenti si cercherà di comprendere l'incidenza del volontarismo nella formazione delle regole di condotta applicabili e, quindi, nei metodi per la loro attuazione. Si passerà poi alla direttiva 2004/18 sulle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi²⁴, che richiede attenzione, nel merito, per il filo del conflitto tra sostegno alla responsabilità sociale di impresa e libertà fondamentali del mercato interno su cui si giocano i suoi contenuti e, inoltre, per il suo carattere di *work-in-progress* dovuto all'elaborazione giurisprudenziale di cui tali contenuti sono frequentemente oggetto. Si considereranno infine i profili della comunicazione societaria, sui quali da tempo la Commissione ha annunciato iniziative legislative.

2. Se a partire dal Libro verde del 2001 la scelta del volontarismo non è mai stata messa in discussione, le Comunicazioni della Commissione che al Libro verde hanno fatto seguito si caratterizzano per la visione sensibilmente diversa del ruolo delle pubbliche autorità nel sostegno alla responsabilità sociale di impresa e, dunque, per la diversa connotazione attribuita al volontarismo proprio nella prospettiva assunta nel presente scritto, incentrata sugli strumenti normativi che realizzano tale sostegno.

Nelle tre Comunicazioni pubblicate rispettivamente nel 2002, nel 2006 e nel 2011, la Commissione ha sempre sottolineato che le imprese detengono il ruolo principale nell'individuazione degli *standard* di comportamento e dei meccanismi di controllo circa il loro rispetto²⁵. Siffatto orientamento è però portato agli estremi nella Comunicazione del 2006, dove l'azione dei pubblici poteri a sostegno della responsabilità sociale d'impresa sotto i due profili predetti diviene del tutto marginale, per essere poi ridimensionato nella Comunicazione del 2011. L'oscillazione descritta rivela un diverso approccio nel tempo al "volontarismo regolamentato", che vale la pena approfondire.

La Comunicazione del 2002 sottolinea l'importanza della valutazione delle condotte aziendali in tema di responsabilità sociale d'impresa e dell'informativa resa in argomento, dedicando spazio ai vari meccanismi e strumenti del genere già noti quali i codici di condotta, le norme di gestione, la misurazione delle prestazioni, l'elaborazione di relazioni, la conduzione di *audit*, i marchi di qualità, l'investimento socialmente responsabile²⁶. In quel documento, pertanto, nella prospettiva di migliorare la trasparenza su questi aspetti, la Commissione auspicava la conver-

sistema *Ecolabel* si presenteranno qui i soli aspetti pertinenti alla riflessione proposta. Per un'analisi più ampia si permetta il rinvio a E. PISTOIA, *L'Ecolabel: un marchio di sostenibilità ambientale a disposizione delle imprese*, in P. ACCONCI (a cura di), *op. cit.*, pp. 145-171.

²⁴ Direttiva 2004/18/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 31 marzo 2004, relativa al coordinamento delle procedure di aggiudicazione degli appalti pubblici di lavori, di forniture e di servizi, *GUUE* L 134, 30 aprile 2004, p. 114 ss.

²⁵ Vale la pena ricordare le parole impiegate in proposito nella Comunicazione del 2011, che pur si caratterizza per l'accento posto sul ruolo delle autorità pubbliche (v. subito *infra*): "[t]he development of CSR should be led by enterprises themselves" (par. 3.4, p. 7).

²⁶ Il punto è sottolineato da M. CASTELLANETA, *La promozione dello sviluppo sostenibile e della responsabilità sociale di impresa*, in P. ACCONCI (a cura di), *op. cit.*, p. 70.

genza delle prassi e degli strumenti ricordati e lo sviluppo di parametri di valutazione congrui e affidabili delle multiformi iniziative adottate dalle imprese in modo spontaneo. È precisamente in tale prospettiva che, nella Comunicazione in considerazione, la Commissione lanciava il Foro multilaterale (*multi-stakeholder*) dell'Unione europea, con il compito di “definire una strategia e principi direttivi comuni a livello dell'Unione”²⁷. Proprio il Foro, pertanto, ha costituito in questo stadio il punto di equilibrio tra volontarismo e regolamentazione della responsabilità sociale d'impresa: perché gli si richiedeva di elaborare regole ma, d'altro canto, tali regole dovevano essere desunte dalle prassi già autonomamente sviluppate dalle imprese e, in più, la sua composizione comprendeva tra l'altro una rappresentativa di queste ultime²⁸.

La Comunicazione del 2002 conteneva però i presupposti per sbilanciare siffatto punto di equilibrio verso il capo della regolamentazione giuridica. Infatti, essa demandava altresì al Foro il compito di identificare ed esplorare gli ambiti in cui sviluppare un'azione ulteriore a livello europeo. La Comunicazione del 2006 non fa invece parola di tali aspetti. Al contrario, in essa si prendeva atto del mancato accordo nel Foro sull'opportunità di norme europee in tema di responsabilità sociale d'impresa in generale e su questioni più specifiche quali gli obblighi di informazione al riguardo²⁹.

Non che tale documento abbia segnato il completo superamento delle posizioni espresse dalla Commissione nel 2002. Esso reiterava infatti la grande importanza della trasparenza e dell'informazione dei consumatori, nonché la necessità di sensibilizzare le imprese circa l'adozione di comportamenti socialmente responsabili e di scambiarsi le rispettive buone prassi allo scopo di diffonderle. La trasparenza era tuttavia fatta oggetto di un invito generico, l'informativa era stimolata all'insegna della *deregulation*, nessun cenno era dedicato alla valutazione oggettiva e affidabile delle condotte socialmente responsabili delle imprese e in particolare alla relativa certificazione. La stessa ottica dell'“alleanza” tra imprese e Commissione europea a sostegno della responsabilità sociale d'impresa, che della Comunicazione del 2006 costituisce l'impianto, è del resto significativa della decentralizzazione dell'approccio alle relative problematiche³⁰.

²⁷ Sul Foro v. estensivamente F. BORGIA, *op. cit.*, pp. 161-162, e A. PERFETTI, *op. cit.*, pp. 104-107.

²⁸ Riprendendo S. MACLEOD, *op. cit.*, p. 677, nell'ambito della “terza via” dei modelli di responsabilità sociale di impresa, intermedia tra l'approccio strettamente volontaristico e quello *regulatory*, il Foro rappresenterebbe il *participatory model* (*supra*, nota 14).

²⁹ Comunicazione del 2006, par. 3, p. 5.

³⁰ L'Alleanza europea per la responsabilità sociale delle imprese costituisce uno degli elementi di novità della Comunicazione del 2006: il punto è sottolineato in A. GIGANTE, *La politica delle istituzioni comunitarie in materia di responsabilità sociale di impresa: voluntary o mandatory approach?*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2008, p. 1992; Id., *L'evoluzione della politica dell'ONU e dell'UE*, cit., p. 602, il quale peraltro ritiene che con la Comunicazione del 2006 la Commissione europea abbia accentuato il proprio approccio volontario alla tematica in considerazione. Si veda anche F. BORGIA, *op. cit.*, p. 164, la quale si sofferma sulla connotazione più spiccatamente volontaristica dell'Alleanza rispetto al Foro. Nel senso che la Comunicazione del 2006 ha segnato la chiara scelta, da parte della Commissione, di una strategia fondata sulla natura volontaria della responsabilità sociale di impresa v. D. RUSSO, *op. cit.*, pp. 480-481, dove però l'Alleanza suddetta è piuttosto valorizzata come azione di sostegno dell'UE circa l'adozione da parte delle imprese di iniziative ascrivibili alla responsabilità sociale.

Vale la pena registrare come il Parlamento europeo, con una risoluzione del 13 marzo 2007, abbia manifestato posizioni considerevolmente distanti dall'accezione spontaneista del volontarismo sposata dalla Commissione con la Comunicazione del 2006. La discordanza riguarda anzitutto la rinuncia ad armonizzare le prassi spontaneamente adottate dalle imprese e la mancata predisposizione di regole di condotta europee. Il Parlamento sottolineava infatti come “la varietà di iniziative volontarie in materia rappresenti un ostacolo per molte imprese che adottano politiche sulla RSI nonché un disincentivo per le imprese a perseguire azioni più credibili”³¹. Inoltre, esso insisteva sul fatto che la Commissione doveva “considerare la creazione di una lista di criteri per le imprese da rispettare se attuano la responsabilità sociale di impresa”³².

Il dissenso più spiccato riguarda però gli strumenti di attuazione e verifica. Infatti, per il Parlamento il numero delle relazioni volontariamente pubblicate dalle grandi imprese sugli aspetti sociali e ambientali era “ormai statico” dal 1993 e tali relazioni avevano inoltre contenuto inadeguato. La risoluzione sottolineava pertanto che il dibattito sulla responsabilità sociale d'impresa nell'Unione europea avrebbe dovuto spostarsi “dai ‘processi’ ai ‘risultati’”, con un conseguente contributo *misurabile e trasparente* da parte delle imprese alla lotta contro l'esclusione sociale e il degrado ambientale in Europa e nel mondo”³³.

Più nello specifico, la risoluzione dedicava una sezione agli “strumenti della responsabilità sociale d'impresa” enumerandone vari che nella Comunicazione del 2006 non sono neppure nominati. Si tratta in parte di strumenti giuridici per effetto dei quali le imprese dovrebbero per l'appunto rendere noto come la loro organizzazione produttiva tenga in conto le preoccupazioni sociali e ambientali e/o tramite cui siffatte modalità sono valutate in modo affidabile ed efficace. Gli strumenti in questione sono, oltre l'EMAS, l'introduzione per le società, accanto agli obblighi di informazione finanziaria già esistenti, di precisi requisiti vincolanti in materia di informazioni sociali ed ambientali e il codice di buona pratica dell'Alleanza internazionale per l'accreditamento e l'etichettatura sociale e ambientale.

La Comunicazione del 2011 segna il cambio di rotta della Commissione, intanto perché pone l'accento sul ruolo che le autorità pubbliche sono chiamate a sostenere nello sviluppo della responsabilità sociale di impresa. Un siffatto ruolo attivo è giustificato sulla base dell'attitudine di molte imprese riguardo alla problematica in esame, la cui rilevazione costituisce forse l'aspetto più originale del documento. Nota infatti la Commissione che “[m]olte imprese (...) apprezzano l'esistenza di principi e orientamenti sostenuti dalle autorità pubbliche, per disporre di un parametro su cui misurare le proprie politiche e prestazioni, nonché promuovere una maggiore parità di condizioni”³⁴. Tendenzialmente sono le grandi imprese che “cercano un approccio formale alla RSI”³⁵, mentre per le imprese piccole e medie “il processo della RSI è destinato a rimanere informale e intuitivo”³⁶. Quanto agli aspetti

³¹ Risoluzione, par. 6.

³² *Ibidem*.

³³ Risoluzione, par. 7 (corsivo aggiunto).

³⁴ Comunicazione del 2011, par. 3.4, p. 9.

³⁵ Par. 3.2, p. 8.

³⁶ Par. 3.1, p. 7.

interessati dall'attività delle autorità pubbliche, si tratta essenzialmente della valorizzazione della scelta, da parte delle imprese, di pratiche socialmente responsabili.

Nel descrivere il ruolo disegnato per tali autorità, la Comunicazione si riferisce infatti all'adozione di "regolamentazione complementare, per esempio per promuovere la trasparenza, creare incentivi di mercato per il comportamento responsabile delle imprese e garantire la rendicontabilità aziendale"³⁷. Il profilo dell'individuazione dei comportamenti "virtuosi" è invece essenzialmente lasciato all'iniziativa privata, con l'incoraggiamento dei processi di *self-* e *co-regulation* ipotizzabili soprattutto in settori produttivi specifici³⁸, mentre alle imprese interessate all'adesione formale a pratiche di responsabilità sociale si indicano i principi e le linee-guida internazionali quali le *Guidelines* dell'OCSE, i principi del *Global Compact* ONU, la Dichiarazione tripartita dell'ILO, gli *United Nations Guiding Principles on Business and Human Rights*, nonché l'*ISO 26000 Guidance Standard on Social Responsibility*³⁹.

3. Sullo sfondo appena delineato, rivestono particolare interesse due strumenti introdotti nel diritto europeo già prima che il dibattito sull'approccio puramente volontaristico o meno alla responsabilità sociale d'impresa si sviluppasse nei termini richiamati: il sistema di ecogestione e *audit*, c.d. EMAS, e il marchio di qualità ecologica dell'Unione europea, c.d. *Ecolabel*, di recente aggiornati per facilitarne ulteriormente la diffusione e migliorarne l'efficienza⁴⁰.

Si tratta di strumenti di natura giuridica perché trovano disciplina in regolamenti e comportano una serie di vincoli per le imprese. Allo stesso tempo essi hanno però carattere volontario sotto un duplice profilo: l'adesione delle imprese ai due sistemi, che è del tutto libera⁴¹, e l'adozione da parte delle stesse degli *standard* richiesti ai fini dell'adesione predetta, cosicché tali *standard* rappresentano un *quid pluris* rispetto ai vincoli ambientali imposti dalla normativa vigente⁴². Questi strumenti forniscono dun-

³⁷ Al ruolo delle autorità pubbliche, nonché degli altri *stakeholders*, la Comunicazione del 2011 dedica una sezione specifica: v. par. 3.4, p. 8.

³⁸ Par. 4.3, p. 11.

³⁹ Par. 3.2, p. 8.

⁴⁰ Cfr. i riferimenti normativi *supra*, note 22 e 23.

⁴¹ Sul carattere volontario della partecipazione all'EMAS e al sistema dell'*Ecolabel*, v. rispettivamente il 2° 'considerando' e l'art. 1 del regolamento 1221/2009 nonché il 1° 'considerando' e l'art. 1 del regolamento 66/2010.

⁴² Per la precisione, la certificazione EMAS riguarda *anche* il rispetto "di tutti i pertinenti obblighi normativi in materia di ambiente": così l'art. 2, punto 1), punto 3) e punto 18), lett. e); l'art. 4, par. 4; l'art. 18, par. 2, lett. b); nonché l'art. 32, paragrafi 1 e 4, del regolamento 1221/2009. Si tratta non di una novità assoluta della nuova normativa, ma certamente di un perfezionamento rispetto alla disciplina previgente, che si limitava a includere nella nozione di politica ambientale delle organizzazioni rientranti nel bacino di utenza dell'EMAS "la conformità a tutte le pertinenti disposizioni regolamentari sull'ambiente" (art. 2, punto a). Su questo aspetto la nuova disciplina è infatti molto più chiara e apparentemente onnicomprensiva; inoltre, decisamente vi attribuisce un maggior rilievo che in precedenza. Gli impegni volontari continuano tuttavia a costituire il cuore dell'EMAS. È quanto rivela, tra l'altro, il fatto che questo sia inquadrato nel Sesto programma comunitario di azione in materia di ambiente (istituito dalla decisione 1600/2002/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 luglio 2002, *GUCE* L 242, 10 settembre 2002, p. 1 ss.): nel richiamare siffatto Programma, il regolamento 1221/2009 sottolinea che "gli impegni volontari ne costituiscono un elemento essenziale" (2° 'considerando'). Resta inoltre immutato il fatto che l'adesione all'EMAS è volontaria. Quanto all'*Ecolabel*, l'art. 9, par. 12, del regolamento 66/2010 stabilisce che l'assegnazione del marchio "non pregiudica eventuali norme in

que un esempio importante dell'equilibrio tra volontarismo e disciplina giuridica della responsabilità sociale d'impresa raggiunto nel quadro dell'Unione.

La certificazione EMAS attiene alla preparazione e al successivo rispetto, da parte di una certa organizzazione (impresa o organismo di altra natura), di un sistema di gestione ambientale, avuto riguardo alla preventiva analisi degli aspetti ambientali e dei relativi impatti e prestazioni connessi alle sue attività, prodotti o servizi⁴³. L'*Ecolabel* è invece un "classico" marchio di qualità ambientale. Pur costituendo ambedue forme di certificazione ad adesione volontaria, nei sistemi EMAS ed *Ecolabel* l'individuazione delle regole di condotta di cui si certifica il rispetto avviene in modo molto diverso.

Riguardo all'EMAS, il sistema di gestione ambientale oggetto di registrazione si compone dei seguenti elementi: "la struttura organizzativa, le attività di pianificazione, le responsabilità, le pratiche, le procedure, i processi e le risorse per sviluppare, mettere in atto, realizzare, riesaminare e mantenere la politica ambientale e per gestire gli aspetti ambientali"⁴⁴. In sintesi, tale sistema costituisce cioè l'organizzazione di cui l'ente interessato si munisce per perseguire certe prestazioni ambientali, sulla base dell'analisi iniziale relativa a tutti gli elementi delle proprie attività, prodotti o servizi aventi un impatto sull'ambiente⁴⁵.

La certificazione EMAS è attribuita, e successivamente mantenuta, in seguito al buon esito di una verifica indipendente avente per oggetto le attività predette (nonché le procedure di verifica interna e l'informativa al pubblico, di cui si dirà). Il sistema di gestione ambientale elaborato e seguito da un'organizzazione registrata ha carattere dinamico: va infatti verificato e aggiornato⁴⁶ ogni tre anni⁴⁷ – unitamente, come si vedrà, alla sua attuazione e al programma di *audit* –, così come va riveduto e aggiornato in previsione di modifiche sostanziali dell'organizzazione⁴⁸. In caso di rinnovo della certificazione, la verifica indipendente deve operare un confronto tra i traguardi fissati nelle dichiarazioni ambientali precedenti e i risultati conseguiti, oltre che valutare le prestazioni ambientali effettuate *ex se* (art. 25, par. 6, del regolamento 1221/2009).

Da quanto sintetizzato emerge che il sistema EMAS, a parte gli adempimenti ambientali richiesti dalla normativa, richiede il rispetto di *standard* ritagliati sulla specificità della singola organizzazione e individuati dall'organizzazione medesima, sia pure sotto il controllo di un verificatore esterno. Sotto il profilo dell'elaborazione delle regole di condotta, esso rappresenta un'espressione limpida del volontarismo.

materia ambientale o altre norme del diritto nazionale o comunitario applicabili alle varie fasi di vita del prodotto".

⁴³ L'analisi ambientale è definita dal regolamento 1221/2009 come "un'esauriente analisi iniziale degli aspetti, degli impatti e delle prestazioni ambientali connessi alle attività, ai prodotti o ai servizi di un'organizzazione" (art. 2, punto 9).

⁴⁴ Art. 2, punto 13).

⁴⁵ Gli elementi delle attività, dei prodotti o dei servizi di un'organizzazione che hanno o possono avere un impatto sull'ambiente sono denominati dall'art. 2, punto 3), del regolamento 1221/2009 "aspetti ambientali". A norma dell'art. 4, par. 1, lett. a), tutti gli aspetti ambientali di un'organizzazione devono costituire oggetto dell'analisi ambientale da predisporre ai fini della registrazione.

⁴⁶ Art. 25, par. 5, lett. c).

⁴⁷ Art. 6.

⁴⁸ Art. 8.

Tuttavia, in seguito all'adozione del regolamento 1221/2009, non è più possibile affermare che nell'EMAS la formazione degli *standard* di tutela dell'ambiente ulteriori rispetto ai requisiti normativamente imposti sia demandata in tutto alla libera determinazione di un'organizzazione individuale. Il recente regolamento ha introdotto infatti un'importante novità che richiede una precisazione. Secondo l'art. 4, lo sviluppo e l'applicazione, da parte di un'organizzazione, del proprio sistema di gestione ambientale deve tenere conto, ove esistente, della "migliore pratica di gestione ambientale per il settore interessato". Quest'ultima è descritta in un "documento di riferimento", elaborato dalla Commissione in consultazione con gli Stati membri e altre parti interessate (art. 46, par. 1), che dovrà indicare "il modo più efficace con il quale un'organizzazione può applicare il sistema di gestione ambientale in un settore pertinente e che fornisca le migliori prestazioni ambientali in determinate condizioni economiche e tecniche".

Il nuovo regolamento introduce così nel sistema EMAS degli *standard* precostituiti. Quanto alla loro attitudine a imporsi alle organizzazioni interessate alla registrazione, essi sembrano individuare requisiti non necessari, ma certamente minimi. La funzione delle migliori pratiche è infatti "aiutare le organizzazioni a concentrarsi meglio sugli aspetti ambientali più importanti per un determinato settore"⁴⁹, così da elevare il livello delle prestazioni ambientali da stabilire e conseguire risultati migliori. La prassi rivelerà se ed in quale misura il nuovo strumento determinerà un appiattimento della creatività delle organizzazioni. Quanto più le migliori pratiche individuate saranno evolute, tanto minori saranno gli spazi in tal senso. È certo tuttavia che il nuovo strumento non intende intaccare la creatività suddetta, nella misura in cui questa sia volta a migliorare le prestazioni ambientali.

Nel sistema dell'*Ecolabel* la formazione degli *standard* avviene in modo sensibilmente diverso rispetto all'EMAS e analogo a quello generalmente proprio dei marchi di qualità ambientale di origine nazionale e anche eventualmente privata. Come è consuetudine per marchi siffatti, quello europeo può infatti essere ottenuto e mantenuto da un certo prodotto o servizio a condizione che, rispettivamente, il suo ciclo di produzione o le sue modalità di erogazione si adeguino a certi requisiti. La volontà delle imprese beneficiarie del marchio non incide dunque in alcun modo su tali requisiti, che sono prestabiliti. Solitamente essi hanno inoltre un livello di tecnicismo molto elevato.

Le imprese hanno un certo spazio solo in casi eccezionali come quello dei servizi di ricettività turistica. Questi ultimi hanno infatti accesso all'*Ecolabel* se soddisfano, oltre alla consueta serie di criteri obbligatori, anche alcuni criteri facoltativi tra cui le imprese hanno ampia scelta fino al raggiungimento di un livello, imposto dalla pertinente decisione della Commissione, di tipo quantitativo⁵⁰. L'adeguamento ai criteri facoltativi del servizio per cui si richiede l'*Ecolabel* è infatti regolato da un sistema di punteggi: ad ogni criterio corrisponde un certo punteggio e l'assegnazione

⁴⁹ Così il 19° 'considerando' del regolamento 1221/2009.

⁵⁰ Cfr. la decisione 2009/578/CE della Commissione, del 9 luglio 2009, che stabilisce i criteri per l'assegnazione di un marchio comunitario di qualità ecologica al servizio di ricettività turistica, *GUUE* L 198, 30 luglio 2009, p. 57 ss. La distinzione tra criteri obbligatori e criteri facoltativi è stabilita dall'art. 2. Un meccanismo analogo era già previsto nella precedente decisione 2003/287/CE della Commissione, del 14 aprile 2003, *ivi* L 102, 24 aprile 2003, p. 82 ss.

zione del marchio è subordinata al conseguimento del totale indicato. È vero che, diversamente da quanto accade nel sistema EMAS, neppure i criteri facoltativi sono ideati dalle imprese richiedenti; tuttavia, grazie al sistema di punteggi queste ultime hanno la possibilità di adattare la propria organizzazione a certi livelli qualitativi in modo più consono alle proprie possibilità, da un lato, e alle caratteristiche del servizio concretamente prestato, dall'altro.

A parte casi quali quello dei servizi turistici, che restano un'eccezione, nel sistema *Ecolabel* la formazione degli *standard* trova una connotazione volontaristica grazie al ruolo attribuito nella relativa procedura agli *stakeholders* ("parti interessate", nel testo italiano)⁵¹. Secondo l'art. 5, par. 2, questi includono "i produttori, i fabbricanti, gli importatori, i fornitori di servizi, i grossisti, i dettaglianti, in particolare le PMI, le organizzazioni ambientaliste e le associazioni dei consumatori". Gli *stakeholders* operano sia direttamente sia attraverso il Comitato dell'Unione europea per il marchio di qualità ecologica (CUEME), in cui sono rappresentati unitamente agli organismi nazionali competenti ad assegnare il marchio e ad eseguire i compiti connessi all'uso dello stesso.

Nell'ambito del CUEME, gli *stakeholders* concorrono con la Commissione alla redazione del piano di lavoro previsto nell'art. 7, par. 4, del regolamento 66/2010, con il quale si determina una strategia e si predispone un elenco non esaustivo di gruppi di prodotti in relazione ai quali elaborare i criteri necessari all'assegnazione del marchio. Il CUEME è poi consultato prima dell'avvio della procedura di elaborazione o di revisione dei criteri per un determinato gruppo di prodotti (art. 7, paragrafi 1 e 2). Delle osservazioni del CUEME la Commissione, che è l'organo competente ad adottare i criteri per ogni gruppo di prodotti, deve tenere conto (art. 8, par. 2). Quanto alle modifiche apportate al progetto di criteri dopo la consultazione del CUEME, la Commissione è chiamata a documentarne e a motivarne chiaramente le ragioni. Infine, anche al CUEME, oltre che alla Commissione, vanno trasmessi tutti i documenti predisposti nel corso della procedura volta all'elaborazione dei criteri (art. 7, par. 1, ult. co.).

Circa gli aspetti della procedura in cui le imprese contribuiscono in modo diretto all'elaborazione dei criteri per il marchio *Ecolabel* UE, va segnalato anzitutto che, in qualità di *stakeholders*, esse possono avviare e guidare l'elaborazione o la revisione dei criteri suddetti (art. 7, par. 1, co. 1). Si richiede al riguardo che possiedano competenze tecniche nel settore merceologico interessato e la capacità di condurre il processo con imparzialità e nel rispetto degli obiettivi del regolamento istitutivo. Per lo svolgimento di tale ruolo la normativa stabilisce una preferenza per i consorzi costituiti da più gruppi di interesse. Al pari di ogni altro utente, nella procedura *standard* le imprese possono inoltre fare commenti sulla relazione preliminare preparata da chi guida la procedura di elaborazione dei criteri nonché sui progetti di proposta di criteri e la relativa relazione tecnica successivamente predisposti⁵². Analoga possibilità è prevista nel quadro delle due procedure abbreviate, con riferi-

⁵¹ Sul rilievo della partecipazione degli *stakeholders* nella definizione degli *standard* della responsabilità sociale d'impresa come ai fini della connotazione volontaristica dei principi che regolano la stessa, v. ancora una volta S. MACLEOD, *op. cit.*, p. 677.

⁵² V. l'allegato I al regolamento 66/2010, parte A.

mento all'unica relazione prevista e al progetto di proposta di criteri⁵³. Nel corso della procedura *standard* gli *stakeholders* sono anche invitati a partecipare alle riunioni del gruppo di lavoro sulla proposta di criteri. In tutti i casi, i commenti pervenuti devono ricevere una risposta che indichi se sono accettati o respinti e la relativa motivazione.

Le disposizioni che conferiscono alle imprese la possibilità di incidere direttamente, cioè al di fuori della rappresentanza nel CUEME, sulla determinazione degli *standard Ecolabel* costituiscono una novità del regolamento 66/2010. Avendo migliorato la partecipazione delle imprese alla formazione delle regole di condotta collegate al marchio europeo di qualità ecologica, sotto questo profilo al regolamento è possibile riconoscere una certa ispirazione volontaristica. Resta il fatto che l'ideazione dei criteri non è libera, ma deve rispondere ai requisiti indicati nel regolamento⁵⁴.

4. Riguardo ai metodi per l'attuazione delle regole di condotta rispettivamente connesse ai sistemi EMAS ed *Ecolabel*, è necessario premettere che la certificazione EMAS e il marchio europeo di qualità ecologica sono essenzialmente meccanismi preordinati ad attestare, a fini informativi di terzi⁵⁵, l'adeguamento delle imprese aderenti a regole di condotta cui corrisponde un grado elevato di rispetto dell'ambiente. È pertanto naturale che sotto il profilo della verifica questi due strumenti di sostegno alla responsabilità sociale d'impresa presentino un elevato grado di sofisticatezza, che li rende particolarmente interessanti quanto al *modus operandi* del volontarismo.

Circa il sistema EMAS, sotto il profilo in considerazione rilevano gli altri tre elementi, oltre l'analisi ambientale e il sistema di gestione ambientale, su cui si fondano l'ottenimento e il mantenimento della certificazione: l'effettuazione di un *audit* interno, la predisposizione di una dichiarazione ambientale e la verifica di tutti gli elementi predetti da parte di un operatore indipendente accreditato allo scopo⁵⁶.

In merito all'*audit* interno, il regolamento 1221/2009 stabilisce alcuni requisiti, tra i quali spiccano l'obbligo delle organizzazioni di predisporre al riguardo un programma, quello di dare seguito ai risultati dell'*audit* con un piano d'azione e meccanismi adeguati, il carattere obiettivo del giudizio formulato dagli *auditors*⁵⁷.

La dichiarazione ambientale ha funzione di informativa generale al pubblico e alle altre parti interessate⁵⁸. Di qui l'obbligo delle organizzazioni di mettere la dichiarazione a disposizione del pubblico entro un mese dalla registrazione ovvero, in caso di rinnovo, dal suo espletamento⁵⁹. Le modalità da seguire sono indicate dal regolamento in forma alternativa e le organizzazioni sono chiamate a specificare

⁵³ *Ivi*, rispettivamente parte B e parte C.

⁵⁴ V. l'elenco contenuto nell'art. 6, par. 3.

⁵⁵ Su questa comune finalità di *Ecolabel* ed EMAS, v. M. CASTELLANETA, *op. cit.*, p. 72.

⁵⁶ V., nell'ordine, il par. 1, lettere c) e d), e il par. 5 dell'art. 4 del regolamento 1221/2009. In particolare, la verifica esterna richiesta ai fini della registrazione riguarda l'analisi e il sistema di gestione ambientali, e la procedura di *audit* e la sua attuazione. Lo stesso verificatore ambientale accreditato deve inoltre effettuare la convalida della dichiarazione ambientale. Analogamente, ai fini del rinnovo si richiede la verifica dell'intero sistema di gestione ambientale e del programma di *audit*, nonché la redazione e la convalida della dichiarazione ambientale ad opera del verificatore accreditato.

⁵⁷ Art. 9.

⁵⁸ Art. 2, punto 18).

⁵⁹ Art. 6, par. 3.

quella prescelta all'atto della registrazione⁶⁰. Quanto al contenuto, la dichiarazione ambientale delinea tutti gli aspetti dell'organizzazione aventi rilievo per l'EMAS: la struttura e l'attività dell'organizzazione, la sua politica ambientale e il sistema di gestione ambientale, gli aspetti e gli impatti ambientali, il programma, gli obiettivi e i traguardi ambientali, le prestazioni ambientali e il rispetto degli obblighi vigenti⁶¹. Le organizzazioni hanno l'obbligo di rivedere e di aggiornare la dichiarazione in seguito a quelle modifiche sostanziali che, come si è detto nel paragrafo precedente, richiedono una nuova analisi ambientale e la revisione della politica, del programma e del sistema di gestione ambientali già oggetto di registrazione⁶².

Il ruolo del verificatore esterno costituisce probabilmente l'aspetto cruciale dell'EMAS. Esso opera da raccordo tra gli adempimenti interni che il sistema richiede alle organizzazioni e la loro comunicazione al pubblico a mezzo della dichiarazione ambientale. Infatti la registrazione è subordinata al corretto e positivo espletamento della verifica, che sfocia nella convalida della dichiarazione ambientale da parte dello stesso verificatore⁶³. Ciò è evidenziato, sul piano burocratico, dal fatto che sono elementi sostanziali della domanda di registrazione la dichiarazione ambientale convalidata e la dichiarazione, firmata dal verificatore che ha convalidato la dichiarazione ambientale, che la verifica e la convalida si sono svolte conformemente al regolamento.

Quanto ai modi e all'oggetto della verifica esterna, coloro che ne sono responsabili accertano l'adeguatezza dell'analisi ambientale iniziale, dell'*audit* e delle altre procedure attuate dall'organizzazione, esaminano l'attendibilità dei risultati dell'*audit* interno tramite controlli a campione, controllano l'esistenza e l'attuazione del sistema di gestione ambientale e dello stesso *audit* e controllano la presenza e i contenuti della dichiarazione ambientale⁶⁴. L'esito negativo della verifica impedisce la registrazione o il suo rinnovo ovvero, se relativo alla dichiarazione ambientale, ne impedisce la convalida.

Il ruolo cruciale attribuito ai verificatori esterni richiede un serio controllo delle loro qualità. A questo aspetto il regolamento EMAS dedica infatti molta attenzione, prevedendo un meccanismo di accreditamento e di abilitazione incentrato su organismi designati allo scopo dagli Stati membri⁶⁵. Detti organismi sono responsabili, ciascuno per il proprio Stato, dell'istituzione, della revisione e dell'aggiornamento dell'elenco di verificatori ambientali, cui questi ultimi accedono in esito alla valutazione delle proprie competenze. Gli organismi possono decidere di negare agli aspiranti verificatori accreditamento e abilitazione nonché, una volta conseguite, di sospenderle e revocarle. Curano inoltre la sorveglianza delle attività di verifica e convalida svolte dai verificatori ambientali⁶⁶. Infine, gli organismi nazionali si coordinano attraverso un

⁶⁰ Art. 6, par. 3, commi 2 e 3.

⁶¹ Art. 2, punto 18).

⁶² Art. 8, par. 2 ss.

⁶³ Lo stretto collegamento tra l'esito positivo dei controlli condotti dai verificatori esterni nell'ambito dell'organizzazione e la convalida della dichiarazione ambientale emerge tra l'altro dall'art. 25, in particolar modo dal par. 8.

⁶⁴ Art. 18.

⁶⁵ Articoli 28-31.

⁶⁶ Articoli 23-24.

Forum previsto dall'art. 30 del regolamento 1221/2009, che si riunisce almeno una volta l'anno in presenza di un rappresentante della Commissione.

Il meccanismo rappresentato dall'EMAS si completa con alcune fondamentali disposizioni relative alla pubblicità attribuita alla registrazione. La forma più immediata e facilmente fruibile di pubblicità è l'uso del logo EMAS, regolato dall'art. 10 del regolamento 1221/2009. L'altra forma di pubblicità, pensata per un pubblico più consapevole e per soggetti portatori di interessi specifici, è quella assicurata dal registro delle organizzazioni registrate. Secondo l'art. 12, gli organismi competenti istituiscono e conservano un siffatto registro nei rispettivi Stati membri e sono tenuti ad aggiornarlo con frequenza mensile. Tale registro è consultabile da chiunque attraverso un sito Internet.

Anche l'*Ecolabel* si risolve in fin dei conti in una certificazione, ma ha caratteristiche un po' diverse. Nella sua qualità di marchio, esso è principalmente un'interfaccia con i consumatori che agli stessi comunica, in modo simbolico e quindi particolarmente immediato, un certo messaggio, nella specie un alto livello di rispetto per l'ambiente nel ciclo di vita del prodotto o servizio cui è applicato.

Cruciale per il suo funzionamento è pertanto che detto messaggio sia attendibile. Di qui il rigore dei controlli sul rispetto dei criteri *Ecolabel* sia all'atto dell'assegnazione del marchio⁶⁷, sia nel periodo in cui se ne ha il diritto di uso⁶⁸; di qui la cessazione di tale diritto di uso nel caso i criteri suddetti non siano rispettati⁶⁹; di qui anche i poteri di indagine degli organismi nazionali competenti al fine di verificare il rispetto dei criteri *Ecolabel*, che per il loro carattere intrusivo ricordano quelli della Commissione europea nel campo *antitrust*⁷⁰. Grazie a questi aspetti della disciplina l'*Ecolabel*, che per il suo essere uno strumento di *marketing* svolge la funzione di promuovere la responsabilità sociale d'impresa, finisce con l'operare come un meccanismo di controllo particolarmente stringente del rispetto di certi *standard*, cioè di quelli collegati al prodotto o al servizio cui il marchio è applicato.

⁶⁷ Alla verifica circa il rispetto, da parte del prodotto per cui si richiede il marchio, dei criteri previsti per il relativo gruppo di prodotti e dei requisiti di valutazione collegati, sono chiamati gli organismi nazionali competenti: cfr. l'art. 9, par. 5, del regolamento 66/2010.

⁶⁸ Secondo l'art. 10, par. 2, i controlli sulla conformità di un prodotto cui sia stato assegnato il marchio *Ecolabel* UE ai criteri fissati allo scopo devono avere cadenza regolare e possono inoltre essere intrapresi in seguito a denunce. Essi possono avvenire sotto forma di controlli casuali. Com'è naturale, ne sono responsabili gli organismi nazionali competenti.

⁶⁹ Secondo l'art. 10, par. 5, l'organismo competente che ravvisi il mancato rispetto dei criteri *Ecolabel* vieta l'uso del marchio sul prodotto interessato, rendendolo noto a tutti gli altri organismi competenti e alla Commissione, ovvero, qualora il marchio sia stato rilasciato da altro organismo competente, ne informa quest'ultimo. Si noti che il "Contratto standard relativo alle condizioni d'uso del marchio *Ecolabel* UE", contenuto nell'allegato IV al regolamento 66/2010, stabilisce che in casi del genere l'organismo competente possa anche semplicemente sospendere l'autorizzazione all'uso del marchio (art. 2, par. 2). Ciò corrisponde a quanto già stabiliva il contratto-tipo predisposto nel quadro del previgente regolamento 1980/2000. Tale discrepanza tra il testo del nuovo regolamento e quello del contratto *standard*, anche se probabilmente frutto di una svista, non sembra pregiudicare la possibilità della mera sospensiva nei nuovi contratti tra le imprese e gli organismi competenti.

⁷⁰ L'art. 10, par. 3, stabilisce l'obbligo dell'utilizzatore del marchio *Ecolabel* UE di consentire all'organismo competente che ha assegnato il marchio di "svolgere tutte le indagini necessarie a monitorare il suo costante rispetto dei criteri" *de quibus*, in particolare di accedere ai locali in cui viene fabbricato il prodotto interessato dietro richiesta avanzata anche senza preavviso (art. 10, par. 4).

Nonostante le diversità, i due meccanismi in esame hanno molti punti in comune. In entrambi i casi, il carattere volontario della responsabilità sociale d'impresa è confinato all'adozione di certe regole di condotta, mentre, una volta che l'adesione ai meccanismi in questione sia maturata, il rispetto di tali regole si richiede in modo inderogabile. Ciò tuttavia non significa che, successivamente all'adesione, dette regole divengano vincolanti, perché in qualsiasi momento l'impresa che per qualsiasi motivo ne prenda le distanze rimane libera di farlo. Una volta aderito, però, il rispetto degli *standard* è la *condicio sine qua non* della permanenza nel sistema di riferimento (EMAS o *Ecolabel*). Infatti, conseguenza del mancato rispetto degli *standard* è l'uscita da esso.

5. La direttiva 2004/18, adottata per semplificare e modernizzare la direttive previgenti in tema di appalti pubblici, contiene diverse disposizioni volte a dare la possibilità alle amministrazioni aggiudicatrici di tutelare interessi generali in materia ambientale e sociale, sulla scia della giurisprudenza sviluppata dalla Corte di giustizia in merito alle direttive suddette⁷¹. Le imprese che abbiano orientato il proprio ciclo produttivo (*lato sensu*) a scelte "socialmente responsabili" trovano così supporto in uno strumento normativo di grande importanza per l'attuazione del loro *business*.

Anzitutto, secondo l'art. 23, par. 2, lett. b), le amministrazioni aggiudicatrici possono prescrivere caratteristiche ambientali tra le specifiche tecniche di un determinato contratto, quali ad esempio un metodo di produzione determinato, e/o gli effetti ambientali specifici di gruppi di prodotti o di servizi⁷². In secondo luogo, in base all'art. 26, tra le condizioni particolari in merito all'esecuzione dell'appalto che le amministrazioni sono autorizzate ad esigere ve ne possono essere di basate su considerazioni sociali⁷³ e ambientali. Ancora, in caso di appalti di lavori o servizi, le capacità tecniche degli operatori economici possono essere provate tramite

⁷¹ La giurisprudenza della Corte "che chiarisce le possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di soddisfare le esigenze del pubblico interessato, tra l'altro in materia ambientale e sociale" è indicata quale fondamento della nuova direttiva nel suo 1° 'considerando'. Una disamina di questa giurisprudenza (anteriore all'adozione della direttiva 2004/18) è in A. DI PASCALE, *op. cit.*, pp. 207-211.

⁷² Si tratta di esempi indicati nel 29° 'considerando' della direttiva. Quanto alla possibilità di includere tra le specifiche tecniche prestazioni o requisiti funzionali ispirati a considerazioni sociali ovvero al rispetto di diritti dell'uomo, inclusa la possibilità di richiedere alle imprese offerenti marchi di qualità atti a certificare l'adozione di certi standard, la Corte non ha potuto pronunciarsi sul punto per motivi procedurali, pur essendovi stata sollecitata dalla Commissione: v. la sentenza della Corte di giustizia del 10 maggio 2012, causa C-368/10, *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 71-79. Un'apertura in tal senso sembra invero plausibile anche nel silenzio della direttiva 2004/18. Infatti, in passato, la Corte ha ammesso che le amministrazioni aggiudicatrici si ispirassero alla protezione di interessi generali, in particolare a considerazioni ambientali e sociali, anche in assenza di previsioni specifiche sul punto (si vedano esempi nel testo immediatamente successivo e nelle note corrispondenti).

⁷³ Tra le considerazioni sociali che possono ispirare condizioni particolari richiedibili dall'amministrazione aggiudicatrice nell'esecuzione dell'appalto *ex art. 26*, non vi sono i requisiti di sicurezza e di condizioni di lavoro obbligatorie nel luogo in cui la prestazione deve essere effettuata. Infatti, il rispetto degli obblighi inerenti ai requisiti e alle condizioni suddette va indicato, se del caso, nella dichiarazione richiedibile agli offerenti o ai candidati in una procedura di aggiudicazione d'appalti a norma del successivo art. 27.

l'“indicazione delle misure di gestione ambientale che l'operatore economico potrà applicare durante la realizzazione dell'appalto” (art. 48, par. 2, lett. f).

Un ulteriore spazio di rilievo si trova tra i criteri di aggiudicazione: l'art. 53, par. 1, lett. a), consente alle amministrazioni di giovare, in proposito, di caratteristiche ambientali collegate all'oggetto dell'appalto quando quest'ultimo vada aggiudicato all'offerta economicamente più vantaggiosa. Secondo la Corte, le amministrazioni possono parimenti utilizzare criteri di aggiudicazione volti a soddisfare esigenze sociali, ad esempio “bisogni (...) propri di categorie di popolazione particolarmente svantaggiate a cui appartengono i beneficiari/utilizzatori dei lavori, forniture e servizi oggetto dell'appalto”⁷⁴. Va infine ricordato che per la Corte “non sembra potersi escludere” che un certo procedimento *environmentally-friendly* costituisca una ragione tecnica tale da giustificare l'aggiudicazione dell'appalto mediante procedura negoziata, cioè senza pubblicazione di un bando di gara, sulla base dell'art. 31 della direttiva⁷⁵. In particolare, la negoziazione sarebbe condotta con l'operatore economico che abbia adottato la specifica procedura ipotizzata.

Se la disciplina sintetizzata valorizza le imprese capaci di fornire prestazioni ambientali di livello elevato ovvero attente a particolari istanze sociali, la materia cui attiene non consente però di premiare eventuali soluzioni originali o particolarmente innovative, se non entro limiti precisi e stringenti. Infatti, la disciplina degli appalti è finalizzata alla realizzazione del mercato interno, in particolar modo alla libertà di stabilimento e alla libera prestazione dei servizi nelle quali trova base giuridica⁷⁶, cosicché i suoi principi cardine sono la parità di trattamento tra le imprese partecipanti alla procedura, la non discriminazione, la proporzionalità e la trasparenza⁷⁷.

Ebbene, ancorché la Corte abbia avuto un ruolo determinante nel fare spazio, nella disciplina sugli appalti, alla valorizzazione delle imprese “socialmente responsabili”, ha anche individuato i relativi limiti e le condizioni di applicazione in modo da non inficiare i principi suddetti e parimenti, quando ha avuto occasione di interpretare le disposizioni della direttiva 2004/18 favorevoli alla responsabilità sociale d'impresa scritte largamente sulla scia della propria giurisprudenza, ha avuto un approccio restrittivo sulla base degli stessi principi. La Corte non ha cioè operato un

⁷⁴ Sentenza *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*, punto 85. La citazione è tratta dal 46° ‘considerando’, co. 4, della direttiva 2004/18, sul quale si basa la posizione della Corte. Sotto questo profilo, la sentenza accoglie *in toto* la posizione dell'Avvocato generale: v. le conclusioni del 15 dicembre 2011, causa C-368/10, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 103.

⁷⁵ Così sentenza della Corte di giustizia del 10 aprile 2003, cause riunite C-20 e 28/01, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, *Raccolta*, p. I-3609, punti 59-61 (la citazione – “it is not impossible”, in inglese – è tratta dal punto 61). Nella specie, la ragione tecnica che avrebbe giustificato il ricorso all'art. 31 della direttiva era costituita dall'adozione, da parte dell'operatore scelto dall'amministrazione tramite procedura di negoziazione, del trattamento termico dei rifiuti. La Corte però rifiutò in concreto di considerare siffatto orientamento aziendale alla stregua di una ragione tecnica tale da legittimare l'uso della procedura di aggiudicazione suddetta (punti 64-66). Su questa giurisprudenza cfr. C. H. BOVIS, *Developing Public Procurement Regulation: Jurisprudence and Its Influence on Law Making*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 468.

⁷⁶ Attuali articoli 53, 62 e 114 TFUE, citati nel preambolo della direttiva 2004/18.

⁷⁷ V. il 2° ‘considerando’ della direttiva 2004/18 nonché, in modo costante, la giurisprudenza della Corte sul tema delle procedure di aggiudicazione. Sul punto D. Russo, *op. cit.*, pp. 495-499.

bilanciamento tra interessi potenzialmente configgenti (libertà del mercato interno, da un lato, e sviluppo sostenibile ovvero considerazioni di natura sociale dall'altro), ma ha individuato e successivamente interpretato le disposizioni a tutela dei valori non economici, espressione dalle clausole c.d. orizzontali del TFUE, alla luce dei principi relativi al mercato interno, sottesi alla politica di cui la direttiva costituisce attuazione. In esito a tale impostazione, alle libertà del mercato interno non deriva alcuna deroga dall'interazione con le clausole orizzontali, dovendo al contrario le disposizioni ispirate a queste ultime adattarsi ai principi necessari alla corretta attuazione delle libertà del mercato.

Nello specifico, la conseguenza dell'impostazione suddetta in tema di uso di considerazioni ambientali quali prestazioni o requisiti funzionali richiesti a titolo di specifiche tecniche *ex art. 23* è che tali prestazioni o requisiti devono essere sufficientemente precisi “da consentire agli offerenti di determinare l'oggetto dell'appalto e alle amministrazioni aggiudicatrici di aggiudicarlo”⁷⁸. Nel contempo, anche se basate su considerazioni ambientali, le specifiche tecniche devono “consentire pari accesso agli offerenti e non devono comportare la creazione di ostacoli ingiustificati all'apertura degli appalti pubblici alla concorrenza”. Sono infatti elevati i rischi di discriminazione connessi sia alla scelta delle specifiche tecniche, sia al modo in cui sono formulate. Ancora, sulla base degli stessi principi di parità, non discriminazione e trasparenza, i criteri di aggiudicazione devono essere oggettivi, tali cioè da non lasciare alle amministrazioni un'incondizionata libertà di scelta ma da garantire che “il confronto e la valutazione delle offerte” siano per l'appunto condotti in modo oggettivo⁷⁹. I criteri devono inoltre essere formulati “in modo da consentire a tutti gli offerenti ragionevolmente informati e normalmente diligenti di conoscerne la portata esatta e, dunque, di interpretarli nello stesso modo”⁸⁰.

Un aspetto particolarmente delicato per il contemperamento tra le esigenze del mercato interno e la valorizzazione di prassi imprenditoriali attente alla tutela ambientale o a istanze sociali è costituito dall'eventualità che le amministrazioni aggiudicatrici si giovino di marchi di qualità o di certificazioni di altro genere, vuoi per individuare gli *standard* da richiedere agli operatori economici, vuoi per provarne il rispetto.

Tale eventualità è prevista dalla disciplina in esame in diversi punti, tutti relativi a profili ambientali. Così, le amministrazioni sono abilitate a usare le specifiche tecniche definite da un'ecoetichettatura, come quella europea, ecoetichettature (multi) nazionali o di qualsiasi altra estrazione (art. 23, par. 6). È interessante notare che, per la verità, le condizioni richieste a tal fine dall'art. 23, pur dettate dai principi di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza legati all'idea e al *modus operandi* del mercato interno, valgono anche ad assicurare l'adeguatezza della tutela ambientale e la partecipazione richiesta dalla matrice volontaristica della responsabilità sociale di impresa. Si tratta del fatto che i requisiti per l'etichettatura debbano essere elaborati ed adottati in base a informazioni scientifiche mediante un processo

⁷⁸ Così l'art. 23, par. 3, lett. b), nonché la sentenza *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*, punto 62.

⁷⁹ Sentenza *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*, punto 87.

⁸⁰ *Ivi*, punto 88, sulla scia della sentenza della Corte del 4 dicembre 2003, causa C-448/01, *EVN AG e Wienstrom GmbH, Raccolta*, p. I-14558, punto 57, e della giurisprudenza *ivi* citata.

cui possano partecipare le parti interessate, quali gli organi governativi, i consumatori, i produttori, i distributori o le organizzazioni ambientali, nonché del fatto che l'etichettatura debba essere accessibile e disponibile per tutte le parti interessate.

Una seconda possibilità per le amministrazioni aggiudicatrici di avvalersi di certificazioni relative all'adozione da parte degli operatori economici di certi *standard* riguarda le misure di gestione ambientale da applicarsi durante la realizzazione dell'appalto. Dal momento che l'adozione di tali misure può essere indicata, se pertinente rispetto all'appalto, per provare la capacità tecnica degli operatori (art. 48, par. 2, lett. f), le amministrazioni possono giovare a tal fine di "certificati rilasciati da organismi indipendenti". In particolare, l'art. 50 ammette il "riferimento al sistema comunitario di ecogestione e *audit* (EMAS) o a norme di gestione ambientale basate sulle pertinenti norme europee o internazionali certificate da organismi conformi alla legislazione comunitaria o alle norme europee o internazionali relative alla certificazione". Infine, pur nel silenzio della direttiva 2004/18 sul punto, la Corte di giustizia ha implicitamente riconosciuto che il possesso di una certa ecoetichettatura possa costituire un criterio di aggiudicazione sulla base dell'art. 50, par. 1, lett. a), cioè quando l'appalto debba essere aggiudicato all'offerta economicamente più vantaggiosa⁸¹.

Quanto ai marchi di qualità legati a considerazioni sociali, di gran lunga meno diffusi, tra essi si segnalano quelli relativi al commercio equo-solidale. La Commissione, intentando un ricorso per infrazione contro i Paesi Bassi anche a tale proposito, si è espressa nel senso dell'incompatibilità con la direttiva, per contrasto con l'art. 23, par. 8, dell'uso di marchi del genere quali specifiche tecniche⁸². La Corte ha però escluso che la provenienza di un prodotto dal commercio equo-solidale possa essere valutata alla stregua di una specifica tecnica, ritenendo che costituisca piuttosto una condizione di esecuzione dell'appalto⁸³, ancorché senza potersi esprimere sulla compatibilità dei marchi relativi con il pertinente art. 26 per motivi procedurali⁸⁴. Anche per i marchi di qualità relativi al commercio equo-solidale, infine, vale il riconoscimento implicito del loro possibile impiego tra i criteri di aggiudicazione, di cui si diceva in precedenza a proposito delle ecoetichettature.

Ebbene, come è emerso anche dalla precedente analisi relativa all'*Ecolabel*, i marchi di qualità costituiscono strumenti particolarmente efficaci di sostegno alla responsabilità sociale di impresa. Al contempo, però, secondo il giudizio della Corte che in verità ricalca valutazioni delle istituzioni politiche dell'UE già affioranti dalla direttiva 2004/18, essi possono dare origine a discriminazioni tra gli operatori economici, o comunque inficiare la loro parità di trattamento da parte delle amministrazioni aggiudicatrici, e compromettere la trasparenza delle procedure.

Così, secondo la Corte, il fatto che i prodotti da fornire se ne fregino non può essere richiesto quale specifica tecnica di per sé. È solamente ammesso che le amministrazioni comprendano tra le specifiche tecniche del prodotto da fornire quelle

⁸¹ Sentenza *Commissione c. Regno dei Paesi Bassi*, punto 97: infatti, come meglio si chiarirà *infra*, in questo stesso paragrafo, la Corte non ha escluso l'utilizzabilità dei marchi di qualità tra i criteri di aggiudicazione di per sé, ma con le modalità impiegate dall'amministrazione provinciale olandese nella causa *de qua*.

⁸² *Ivi*, punto 71.

⁸³ *Ivi*, punti 74-75.

⁸⁴ *Ivi*, punti 77-78.

sottese a una certa etichettatura. Questa soluzione, che per la verità emerge anche dalla formulazione letterale dell'art. 23, par. 6, è ricavata dalla Corte in esito all'interpretazione sistematica di questa disposizione alla luce dei principi di non discriminazione, parità di trattamento e trasparenza quali risultanti dallo stesso art. 23, paragrafi 2 e 3, e dal 29° 'considerando' della direttiva⁸⁵.

Analoga soluzione è adottata, ricalcando il ragionamento applicato in tema di specifiche tecniche, riguardo all'utilizzabilità dei marchi di qualità come criteri di aggiudicazione, sicché questa è possibile solo attraverso l'indicazione dei requisiti sottesi a tali marchi e l'accettazione, in alternativa al possesso di un marchio specifico, della prova con ogni mezzo appropriato che un prodotto soddisfi i requisiti suddetti. Non è quindi ammesso elevare il possesso di un marchio a criterio di aggiudicazione⁸⁶.

Infine, lo stesso approccio si rinviene nel testo della direttiva 2004/18 riguardo alle certificazioni accettate a prova dell'adozione di misure di gestione ambientale. L'art. 50 stabilisce infatti che "[I]e amministrazioni aggiudicatrici riconoscono i certificati equivalenti in materia rilasciati da organismi stabiliti in altri Stati membri. Esse accettano parimenti altre prove relative a misure equivalenti in materia di gestione ambientale, prodotte dagli operatori economici".

I lati negativi dell'equiparazione tra il possesso di un marchio di qualità e di requisiti equivalenti a quelli ad esso sottostanti riguardano il livello di tutela degli interessi generali che i marchi valorizzano. I marchi di qualità vengono infatti attribuiti a fronte del rispetto di requisiti che di regola sono individuati con accuratezza e dietro stretti controlli. Questi ultimi vengono usualmente reiterati a cadenza periodica onde assicurare la permanenza dei requisiti suddetti, cosa che viene a mancare in caso di presentazione, ai fini dell'aggiudicazione, di requisiti equivalenti. Inoltre, i marchi di qualità hanno una valenza culturale in termini di diffusione della responsabilità sociale di impresa che ovviamente si perde del tutto in caso di accettazione di prodotti equivalenti a quelli dotati del marchio. Considerazioni del genere non vengono però in rilievo nella giurisprudenza della Corte di giustizia la quale, come si è detto, trova le soluzioni secondo una logica diversa dal bilanciamento degli interessi e delle finalità in gioco.

Una logica siffatta, che in fin dei conti trova giustificazione nel principio di attribuzione, sembra però talvolta applicata dalla Corte con una rigidità eccessiva. Ciò soprattutto in vista del rilievo attribuito dai Trattati agli interessi non economici contrapposti a quelli legati alla base giuridica delle direttiva 2004/18, che sono tutti compresi tra gli obiettivi dell'Unione. Molti dei valori sottostanti alla responsabilità sociale di impresa – eliminazione delle ineguaglianze tra uomini e donne, promozione di un elevato livello di occupazione, lotta contro l'esclusione sociale, lotta contro le discriminazioni, sviluppo sostenibile – sono inoltre oggetto delle c.d. clausole orizzontali del TFUE, applicabili a tutte le politiche e le azioni dell'Unione in nome del principio di coerenza.

In particolar modo, nella sentenza *Commissione c. Paesi Bassi* del 2011 sembra espressione di una rigidità eccessiva nell'applicazione del metodo interpretativo in considerazione il reciso rifiuto di riconoscere rilievo alla nota informativa pubblicata dall'amministrazione aggiudicatrice successivamente all'avvio della procedura,

⁸⁵ *Ivi*, punto 62.

⁸⁶ *Ivi*, punti 94-95.

a chiarimento del fatto che sarebbero stati accettati anche marchi equivalenti a quelli specificamente richiesti come imposto dalla direttiva e dalla giurisprudenza⁸⁷.

Inoltre, in nome della chiarezza e della precisione cui sono tenute le amministrazioni aggiudicatrici, la Corte non ha considerato soddisfacente che le informazioni circa il metodo di produzione biologico attestato da un marchio di qualità indicato da un'amministrazione tra le specifiche tecniche siano pubbliche: come già detto comunque, per la Corte, tale metodo doveva essere illustrato nel capitolato di oneri. Un altro profilo di rigidità consiste nel fatto che la Corte ha escluso l'uso, tra le specifiche tecniche e i criteri di aggiudicazione, dei marchi di qualità *tout court*, senza distinguere tra marchi nazionali, e per giunta privati, e marchi multinazionali o meglio ancora europei. Infatti, i pericoli di discriminazione indiretta delle imprese partecipanti alle procedure e di scarsa trasparenza a loro danno sussistono evidentemente soprattutto, o solamente, riguardo ai primi⁸⁸.

Nella prospettiva del volontarismo quale elemento caratterizzante della responsabilità sociale di impresa, l'equiparazione tra prodotti e servizi dotati di un marchio o di una certificazione di qualità e prodotti o servizi conformi a *standard* equivalenti è senz'altro a vantaggio del volontarismo.

6. Un aspetto dalla disciplina ancora appena *in nuce*, ma in attesa di sviluppi, è quello dell'informativa periodica delle società su questioni pertinenti alla loro responsabilità sociale, in particolar modo sul loro impatto ambientale e sulla loro considerazione delle problematiche sociali e occupazionali e del rispetto dei diritti dell'uomo.

La Commissione aveva preannunciato un'iniziativa legislativa al riguardo già nella Comunicazione su "L'Atto per il mercato unico" dell'aprile 2011⁸⁹, seguita nel settembre dello stesso anno da una *Roadmap* elaborata dalla Direzione generale "Mercato". In quella Comunicazione si delineava lo scopo di "favorire lo sviluppo delle imprese che hanno scelto – al di là della ricerca legittima di un profitto finanziario – di perseguire anche obiettivi di interesse generale, di sviluppo sociale, etico o ambientale". Su questo sfondo, una proposta legislativa sulla trasparenza delle informazioni sociali e ambientali fornite dalle imprese di tutti i settori era dettata dall'esigenza di "garantire regole uguali per tutti". Tali considerazioni, unitamente all'impegno sulla proposta legislativa, sono reiterate nella Comunicazione sulla responsabilità sociale di impresa dell'ottobre 2011⁹⁰.

L'attuale quadro legislativo è limitato ad una disposizione della c.d. Quarta direttiva societaria aggiunta dalla c.d. Direttiva di modernizzazione 2003/51⁹¹.

⁸⁷ *Ivi*, punto 69 per il profilo delle specifiche tecniche, e punto 96 sotto il profilo dei criteri di aggiudicazione.

⁸⁸ Sembrano in sintonia con questo rilievo le considerazioni di D. Russo, *op. cit.*, p. 495, sull'opportunità di individuare "indici europei uniformi" e di istituire "un sistema di certificazione della responsabilità sociale d'impresa, basato su un coordinamento tra il livello europeo e quello nazionale" al fine di ridurre il rischio di discriminazioni da parte delle amministrazioni aggiudicatrici.

⁸⁹ Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo, al Consiglio, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle Regioni, del 13 aprile 2011, L'Atto per il mercato unico. Dodici leve per stimolare la crescita e rafforzare la fiducia. Insieme per una nuova crescita, COM(2011)206 def., par. 2.8, p. 14.

⁹⁰ Comunicazione del 2011, par. 4.5, pp. 13-14.

⁹¹ Direttiva 2003/51/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2003, che modifica

Questa disposizione fa obbligo alle imprese di inserire nella relazione annuale sulla gestione, per quanto necessario alla comprensione dell'andamento, dei risultati degli affari della società o della sua situazione, oltre che gli indicatori finanziari fondamentali di prestazione, anche “quelli non finanziari pertinenti per l'attività specifica della società, comprese informazioni attinenti all'ambiente e al personale”⁹². Da tale obbligo gli Stati possono però esonerare le imprese medie e piccole, cosa cui tutti hanno provveduto senza eccezioni⁹³.

Il 25 ottobre 2011 (stessa data dell'ultima Comunicazione sulla responsabilità sociale di impresa), la Commissione ha proposto una nuova direttiva “relativa ai bilanci annuali, ai bilanci consolidati e alle relative relazioni di taluni tipi di imprese”⁹⁴, a sostegno e tutela delle imprese più piccole sotto il profilo della semplificazione dei loro obblighi contabili, nella prospettiva della crescita e dello sviluppo. Siffatta proposta contiene una disposizione del tutto ricalcata su quella già presente nella Quarta direttiva a seguito della modifica del 2003, inclusa la possibilità di deroga a beneficio delle medie imprese⁹⁵.

Le disposizioni citate, quella vigente e quella proposta, sono chiaramente insoddisfacenti sotto vari aspetti. *In primis*, non è chiaro quando in concreto l'obbligo di informativa sussista poiché ambedue specificano che le informazioni sugli indicatori non finanziari vanno fornite “se del caso” (“where appropriate”, nella versione inglese). Non è inoltre chiaro a quali informazioni l'obbligo si estenda, specificando ambedue le disposizioni che esso opera “*nella misura necessaria* alla comprensione dell'andamento, dei risultati degli affari o della situazione dell'impresa”⁹⁶. Infine, non si stabilisce alcun parametro volto a garantire che le società forniscano le informazioni richieste in modo uniforme e quindi confrontabile.

In assenza di queste specificazioni, il volontarismo è salvaguardato al punto da rendere inoperante la “sanzione sociale” che dovrebbe accompagnarlo. Consumatori, eventuali investitori e ogni altro attore sono infatti sostanzialmente privati di strumenti di valutazione delle informazioni eventualmente rese note, nonché di strumenti per valutare la scelta di non fornire certe informazioni o di fornirle in modo parziale. Ciò in nome della semplificazione degli adempimenti burocratici perseguita in particolare a favore delle imprese medie e piccole, che è vista come funzionale alla competitività delle imprese esistenti e alla nascita di nuove.

le direttive 78/660/CEE, 83/349/CEE, 86/635/CEE e 91/674/CEE relative ai conti annuali e ai conti consolidati di taluni tipi di società, delle banche e altri istituti finanziari e delle imprese di assicurazione, *GUUE* L 178, 17 luglio 2003, p. 16 ss. La c.d. Quarta direttiva societaria è la direttiva 78/660/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1978, relativa ai conti annuali di taluni tipi di società, *GUCE* L 222, 14 agosto 1978, p. 11 ss., più volte modificata.

⁹² Si tratta dell'art. 46, par. 1, lett. b), della direttiva 78/660 come risultante dalla modifica introdotta dall'art. 1 della direttiva 2003/51.

⁹³ La possibilità di deroga è sancita dal nuovo par. 4 dell'art. 46 della direttiva 78/660, aggiunto dalla direttiva 2003/51. L'informativa circa l'applicazione della deroga da parte di tutti gli Stati è fornita dalla Commissione.

⁹⁴ Proposta COM(2011)684 def.

⁹⁵ Art. 20 della proposta.

⁹⁶ Corsivo aggiunto.

7. L'analisi svolta ha restituito un quadro degli strumenti giuridici a sostegno della responsabilità sociale di impresa molto frammentato sia circa i profili della stessa che ricevono sostegno, del tutto sbilanciati verso la tutela dell'ambiente e lo sviluppo sostenibile, sia circa le modalità di incidenza sulle scelte volontarie delle imprese.

Riguardo al primo aspetto, va sottolineato che nei Trattati istitutivi qualche base giuridica è rinvenibile, anche se talvolta con limiti stringenti derivanti dalle competenze statali nel medesimo campo e dunque dall'operare dei principi di attribuzione e di sussidiarietà: si pensi all'art. 147 TFUE in tema di politiche occupazionali, nel cui ambito l'Unione persegue l'obiettivo di un livello di occupazione elevato; all'art. 153, par. 2, lett. b), in tema di "prescrizioni minime applicabili progressivamente" a settori quali ad esempio la sicurezza e la salute dei lavoratori, le condizioni di lavoro, l'integrazione delle persone escluse dal mercato del lavoro, la parità tra uomini e donne. Dunque, lo sbilanciamento verso la tutela dell'ambiente e dello sviluppo sostenibile va attribuito non tanto e non solo a limiti giuridici, ma a reticenze di natura politica.

Con riferimento poi agli aspetti che sono oggetto di regolamentazione, si riscontra una quasi completa assenza di regole di condotta: elemento, questo, che si spiega anche con il fatto che l'Unione ha diverse competenze a indirizzare alle imprese regole vincolanti. L'orientamento di non stabilire regole di condotta per via normativa è confermato nella Comunicazione del 2011, che come esempi di "*complementary regulation*" riporta solo iniziative riferibili al profilo dell'attuazione di condotte "socialmente responsabili" quali la promozione della trasparenza, la creazione di incentivi di mercato e il sostegno alla *corporate accountability*⁹⁷.

Ancora in merito alle modalità di incidenza della disciplina giuridica sulle scelte volontarie delle imprese, degli strumenti volti ad assicurare l'informativa sulle prassi imprenditoriali nei confronti di consumatori e destinatari dei prodotti o servizi, va sottolineato come non snaturino il carattere volontario dell'adozione delle prassi suddette neppure quando prevedono obblighi. Infatti, essi attivano la sanzione sociale tipica della responsabilità sociale d'impresa, vale a dire la riprovazione di tali soggetti o, all'inverso, la corrispondente premialità sociale. In altre parole, nella determinazione delle strategie aziendali riconducibili alla responsabilità sociale di impresa, gli strumenti in questione non introducono una logica diversa dal *business case*, poiché le conseguenze derivanti alle imprese dal mancato adeguamento a certi principi o, al contrario, dalla loro tutela a mezzo di precise scelte imprenditoriali, consistono in ultima analisi nella visibilità della relativa condotta aziendale da parte di consumatori e clienti.

È così che questi attori sono posti nelle condizioni di esercitare sulle imprese quella *moral suasion* che delle debolezze collegate al carattere non vincolante della responsabilità sociale d'impresa – intatto sul piano formale – in concreto fa perdere le tracce. D'altro canto, per sua stessa natura la *moral suasion* del mercato può in concreto contrapporsi ad altri fattori, cosicché le strategie aziendali in materia risultano comunque rimesse alla valutazione economica delle singole imprese.

⁹⁷ Comunicazione del 2011, par. 3.4, pp. 8-9.

Quanto alle norme relative alla predisposizione del c.d. bilancio sociale, in linea generale potrebbero valere considerazioni analoghe, sebbene in relazione a un *part-terre* molto più ampio di destinatari: gli *shareholders* e potenzialmente ogni tipo di *stakeholder*. Alcuni elementi della futura disciplina potrebbero però condurre a valutazioni completamente diverse. Si pensi all'eventuale introduzione di precisi obblighi di informativa, soprattutto se correlati a indicatori e parametri tali da rendere precise e/o molto omogenee le informazioni fornite. In casi del genere, la pressione sulle imprese circa l'assunzione di una responsabilità sociale potrebbe divenire tale da superare la logica del *business case*.

Questa sembra essere la problematica che ha indotto la Commissione ad aprire un dialogo molto ampio e approfondito con le imprese e i loro *stakeholders* sul tema, che si protrae dal 2010. Questa, infine, è precisamente la situazione creata dalla normativa sugli appalti, che attribuisce alle amministrazioni pubbliche strumenti tali da obbligare *de facto* le imprese interessate alle procedure di aggiudicazione ad adeguarsi alle loro aspettative.

Il quadro sembra destinato a rimanere frammentario nonostante il “nuovo corso” della Commissione sul ruolo delle autorità pubbliche: la Comunicazione del 2011 annuncia infatti pochissime iniziative legislative. Del resto, nella “combinazione intelligente” di iniziative ipotizzabili in questo contesto, la “regolamentazione complementare” è prevista solo “ove necessario”⁹⁸. Non si tratta di una contraddizione in termini perché, in coerenza con il quadro riscontrabile anche nei contesti statali e locali, il sostegno alla responsabilità sociale di impresa da parte delle autorità pubbliche si avvarrebbe anche di strumenti diversi.

In particolare, come già detto, tale sostegno avviene anche in forza del coordinamento tra imprese e a mezzo di attività private, che la Comunicazione del 2011 incoraggia. Tuttavia la scarsità di proposte legislative in preparazione appare criticabile a fronte dell'elevato grado di disomogeneità degli Stati membri, a livello di iniziative sia pubbliche sia private, nel sostegno alla responsabilità sociale di impresa e prima ancora nella diffusione della stessa nel mondo imprenditoriale. Strumenti normativi comuni gioverebbero invece, oltre che alla salvaguardia degli interessi non economici coinvolti, proprio al corretto gioco della concorrenza e all'omogeneità del mercato unico, che andrebbe alleato al sostegno della responsabilità sociale di impresa e affrancato dalla dinamica di antagonismo con la stessa che finora, nonostante alcuni apprezzabili sforzi, è stata prevalente.

⁹⁸ *Ibidem*.

Abstract

Regulating Voluntarism in Support to Corporate Social Responsibility in the EU

The voluntary approach to Corporate Social Responsibility (CSR) adopted by the European Commission since its 2001 Green paper proves to combine with a number of supporting and/or regulatory measures adopted by private entities and public Institutions, both at national and EU level. Within the concept of “regulated voluntarism” gathered from this approach, the present paper closely examines the three Communications of the Commission on CSR in order to understand the evolving role acknowledged to public authorities and goes through the main statutory provisions adopted by the EU in implementation of such role, including the EMAS and Ecolabel regulations, Directive 2004/18/EC on public procurement, and the current and forthcoming rules on social and environmental reporting by companies. The resulting picture is a fragmentary one, where the room left to voluntarism varies a great deal and the relation between the protection of the (internal) market and the non-economic interests underlying CSR is often controversial.

Amedeo Arena*

The Court of Justice as EU's Informal Agenda-Setter: The Judicialization of European Audiovisual Policy

SUMMARY: 1. Introduction. – 2. The actors of judicialization. – 3. The dynamics of judicialization. – 4. The ECJ as catalyst in the harmonization of national broadcasting legislations. – 5. The ECJ and the amendment of the TWF directive rules on jurisdiction. – 6. The development of the abuse of rights doctrine and its codification. – 7. Conclusions.

1. The European Commission's quasi-absolute monopoly on legislative initiative grants that institution the role of EU's formal agenda-setter by enabling it to control the procedural agenda of the EU legislature¹. Substantive agenda-setting, i.e. ability to define issues and to construct bargaining "focal points" that can rally consensus among the final decision makers, instead is shared between the Commission and other EU institutions, notably the European Court of Justice (ECJ)². The latter's role as a major catalyst for European integration has been widely recognized by legal commentators³ and political scientists alike⁴. The purpose of the present work

* Ricercatore di Diritto dell'Unione europea, Università degli studi di Napoli "Federico II".

¹ See M. POLLACK, *Delegation, Agency, and Agenda Setting in the European Community*, in *International Organization*, 1997, pp. 121-124.

² *Ibidem*, pp. 124-128; G. GARRETT, B. WEINGAST, *Ideas, Interests, and Institutions: Constructing the European Community's Internal Market*, in J. GOLDSTEIN, R. KEOHANE (eds.), *Ideas and Foreign Policy*, Ithaca, 1993, pp. 173-206.

³ See, generally, J. WEILER, *The Transformation of Europe*, in *Yale Law Journal*, 1991, p. 2403; *Id.*, *Journey to an Unknown Destination: A Retrospective and Prospective of the European Court of Justice in the Arena of Political Integration*, in *Journal of Common Market Studies*, 1993, p. 417; O. DUE, *The Practice of the European Court of Justice: A Factor in the Promotion of Integration*, in *Scandinavian Studies in Law*, 1992, p. 77; M. MADURO, *We The Court: The European Court of Justice and the European Economic Constitution. A Critical Reading of Article 30 EC*, Oxford, 1998; A. HINAREJOS, *Integration in Criminal Matters and the Role of the Court of Justice*, in *European Law Review*, 2011, p. 420.

⁴ See, generally, A. BURLEY, W. MATTLI, *Europe Before the Court: A Political Theory of Legal Integration*, in *International Organization*, 1993, p. 41; K. ALTER, S. MEUNIER-AITSAHALIA, *Judicial Politics in the European Community: European Integration and the Pathbreaking Cassis de Dijon Decision*, in *Comparative Political Studies*, 1994, p. 535; R. DEHOUSSE, *The European Court of Justice: The*

is to show how and to what extent the ECJ can set the agenda for EU policy-making by examining the ECJ's role in the development of European audio-visual policy.

To this end, this work will first examine “judicialization” of EU law-making, i.e. the process by which the ECJ influences the course and outcome of EU law-making⁵. Particular attention will be paid to the actors involved in judicialization (the ECJ, national courts, EU institutions, litigants, etc.) and their incentives for taking part in that process (section 2). The workings of the judicialization process will be illustrated through examples drawn from EU judicial and legislative practice (section 3). This work will subsequently focus on judicialization of European audio-visual policy by examining three stages in the evolution of that policy where the ECJ exerted a decisive influence on the EU legislative process. First, it will be shown how the ECJ paved the way for the harmonization of national laws concerning broadcasting activities carried out by Directive 89/552/EEC (section 4). Second, regard will be had to the ECJ's influence on the interpretation of the rules on jurisdiction laid down in that directive and on the amendment of those rules by Directive 97/36/EC (section 5). Third, attention will be paid to the role of the ECJ case law in the development of the doctrine of abuse of rights and in its codification in Directive 97/36/EC and in Directive 2007/65/EC (section 6). For each stage, this work will examine the path dependency between EU judicial and legislative practice by highlighting the congruencies between ECJ holdings and the contents of EU legislation, preparatory acts, and significant Commission documents. Finally, the ECJ's suggested role as informal agenda-setter for the development of EU media law will be put to the test by examining two possible counterfactual policy scenarios (section 7).

2. Judicialization is an effect of judicial adjudication, *viz* the solution of legal disputes by a court. As it is with most courts and tribunals, however, the ECJ cannot enter judicial decisions by its own motion: it must be prompted to do so by a party that brings a lawsuit against another party before the ECJ (direct actions) or by a national court which, in the context of an existing dispute, resolves to stay proceedings and to seek a ruling from the ECJ as to the validity or interpretation of a given EU law provision relevant to the solution of that dispute (the preliminary ruling procedure).

Parties to a direct action include natural and legal persons, Member States, and EU institutions. What prompts those subjects to initiate judicial proceedings is, generally speaking, their wish to assert their rights and to defend their prerogatives. This inherently egoistic *élan* may, nonetheless, have remarkably diverse nuances.

Politics of Judicial Integration, London, 1998, pp. 97-116 (referring to the “juridification of the policy process”); A. STONE SWEET, *The Judicial Construction of Europe*, Oxford, 2004; G. MAJONE, *Dilemmas of European Integration: The Ambiguities and Pitfalls of Integration by Stealth*, Oxford, 2005.

⁵ See, e.g., D. BERLIN, *Interactions between the Lawmaker and the Judiciary within the EC*, in *Legal Issues of European Integration*, 1992, p. 17; A. STONE SWEET, *Judicialization and the Construction of Governance*, in *Comparative Political Studies*, 1999, p. 147; ID., *The European Court of Justice and the Judicialization of EU Governance*, in *Living Reviews in European Governance*, 2, 2010; ID., *The European Court of Justice*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 2011, II ed., pp. 121-153.

Cross-border broadcasters may wish to invoke free movement provisions before national courts to have restrictive national measures set aside⁶. Workers may seek to rely upon EU legislation to claim a treatment that is more favourable than that accorded to them under national law⁷. EU institutions may resort to litigation to protect their prerogatives in the law-making process⁸ or, in the case of the European Commission, to enforce EU law and to foster European integration⁹. Member States, in turn, may wish to challenge EU legislation to preserve their regulatory autonomy or to uphold their distinctive values¹⁰. In all those cases, as von Jhering put it, everyone's struggle for his or her rights contributes to the development of the legal system as a whole¹¹, in that it ignites and fuels the engine of the judicialization process.

National courts are a key player in the judicialization process, as references for a preliminary ruling account for about half of the proceedings the ECJ handles every year¹². But what drives national courts to refer preliminary questions to the ECJ? According to the "judicial empowerment" thesis¹³, EU law enables national courts

⁶ See, e.g., Judgments of the Court of 18 March 1980, Case 52/79, *Procureur du Roi v. Marc J.V.C. Debaue and others*, ECR, 1980, p. 833; of 12 December 1996, Joined cases C-320/94, C-328/94, C-329/94, C-337/94, C-338/94 and C-339/94, *Reti Televisive Italiane SpA (RTI), Radio Torre, Rete A Srl, Vallau Italiana Promomarket Srl, Radio Italia Solo Musica Srl and Others and GETE Srl v. Ministero delle Poste e Telecomunicazioni*, ECR, 1996, p. I-6471. See also K. ALTER, J. VARGAS, *Explaining Variation in the Use of European Litigation Strategies: EC Law and British Gender Equality*, in *Comparative Political Studies*, 2000, p. 452; R. CICHOWSKI, *The European Court and Civil Society: Litigation, Mobilization and Governance*, Cambridge, 2007; R. SLEPCEVIC, *The Judicial Enforcement of EU Law through National Courts: Possibilities and Limits*, in *Journal of European Public Policy*, 2009, p. 378.

⁷ See, e.g., Judgment of the Court of 19 November 1991, Joined cases C-6/90 and C-9/90, *Andrea Francovich and Danila Bonifaci and others v. Italian Republic*, ECR, 1991, p. I-5357; Judgment of the Court of 25 February 1999, Case C-131/97, *Annalisa Carbonari and Others v. Università degli studi di Bologna, Ministero della Sanità, Ministero dell'Università e della Ricerca Scientifica and Ministero del Tesoro*, ECR, 1999, p. I-1103.

⁸ See, e.g., Judgment of the Court of 7 July 1992, Case C-295/90, *Parliament v. Council*, ECR, 1992, p. I-4193; Judgment of the Court of 13 July 1995, Case C-156/93, *Parliament v. Commission*, ECR, 1995, p. I-2019; Judgment of the Court of 6 September 2012, Case C-490/10, *Parliament v. Council*, available on line at www.curia.eu. See also M. McCOWN, *The Parliament before the Bench: ECJ Precedent and EP Litigation Strategies*, in *Journal of European Public Policy*, 2003, p. 974; D. KELEMEN, *Suing for Europe: Adversarial Legalism and European Governance*, in *Comparative Political Studies*, 2006, p. 101; ID., *Eurolegalism: The Rise of Adversarial Legalism in the European Union*, Harvard, 2010.

⁹ See, e.g., Judgment of the Court of 19 December 1961, Case 7/61, *Commission of the European Economic Community v. Italian Republic*, ECR, English special edition, p. 317; Judgment of the Court of 22 June 2006, Case C-399/03, *Commission v. Council*, ECR, 2006, p. I-5629.

¹⁰ See, e.g., Judgment of the Court of 5 October 2000, Case C-376/98, *Federal Republic of Germany v. Parliament and Council*, ECR, 2000, p. I-8419; Judgment of the Court of 12 December 2006, Case C-380/03, *Federal Republic of Germany v. Parliament and Council*, ECR, 2006, p. I-11573.

¹¹ See R. VON JHERING, *The Struggle for Law*, transl. J. LALOR, Chicago, 1915.

¹² The percentage of references for a preliminary ruling relative to the total number of cases handled by the Court of Justice increased from 47% in 2005 to 61% in 2010. See Court of Justice of the European Union, *Annual Report 2011*, p. 116, available at curia.europa.eu.

¹³ J. WEILER, *The Transformation of Europe*, cit., p. 2426; ID., *A Quiet Revolution: The European Court of Justice and Its Interlocutors*, in *Comparative Political Studies*, 1994, p. 510. See also, A. BURLEY, W. MATTLI, *op. cit.*, p. 41 (extending Weiler's thesis and providing empirical evidence). But see A. STONE SWEET, T. BRUNELL, *Constructing a Supranational Constitution: Dispute Resolution*

to enhance their authority to control legal and policy outcomes *vis-à-vis* other institutional actors, such as national legislatures and other courts. Indeed, the direct effect of EU law enables national courts to set aside conflicting national law, including acts, such as statutes, which in many jurisdictions would otherwise be beyond their reach. EU law also allows national courts, under some circumstances, to disregard the rulings of higher courts¹⁴. The preliminary ruling procedure, in turn, shelters national courts from potential political fallout: national courts can claim that ECJ preliminary rulings are binding upon them, so as to obscure their own political role and empowerment¹⁵.

Turning to the ECJ's perspective, it is well-established in international relations literature that the grant of authority by States (principals) to an international body (agent) to take decisions (international delegation)¹⁶ carries with it the risk of the agent acting in a manner not matching the principals' *desiderata* (agency slack), such as seeking to expand its own competences and powers¹⁷. This phenomenon is amplified in the case of the ECJ, which is not merely an "agent", but rather a "trustee" of the values and principles inherent in the Treaties¹⁸, in that it has the ultimate authority over their interpretation and Member States are unable to restrict its jurisdiction or reverse its case law without either amending the Treaties or withdrawing from the EU¹⁹. In its capacity as a trustee court, the ECJ enjoys an unfettered power to convert the EU "constitution"²⁰ into a continuous stream of "constitutional" case law²¹, which

and Governance in the European Community, in *American Political Science Review*, 1998, p. 63 (proposing a different explanation based on the correlation between the relevance of EU law in lawsuits before national courts and the number of references for a preliminary ruling made by those courts).

¹⁴ See Judgments of the Court of 5 October 2010, Case C-173/09, *Georgi Ivanov Elchinov v. Nacionalna zdravnoosigurnitelna kasa*, ECR, 2010, p. I-8889, para 30; of 20 October 2011, Case C-396/09, *Interedil Srl, in liquidation v. Fallimento Interedil Srl and Intesa Gestione Crediti SpA*, para 37.

¹⁵ A. STONE SWEET, T. BRUNELL, *The European Court and the National Courts: a Statistical Analysis of Preliminary References 1961-95*, in *Journal of European Public Policy*, 1998, p. 69.

¹⁶ C. BRADLEY, J. KELLEY, *The concept of international delegation*, in *Law & Contemporary Problems*, 2008, p. 3.

¹⁷ See D. HAWKINS ET AL., *Delegation Under Anarchy: States, International Organizations, and Principal-agent Theory*, in D. HAWKINS ET AL. (eds.), *Delegation and Agency in International Organizations*, Cambridge, 2006, p. 8 ("Agency slack" is independent action by an agent that is undesired by the principal. Slack occurs in two primary forms: *shirking*, when an agent minimizes the effort it exerts on its principal's behalf, and *slippage*, when an agent shifts policy away from its principal's preferred outcome and toward its own preferences").

¹⁸ See G. MAJONE, *Two Logics of Delegation: Agency and Fiduciary Relations in EU Governance*, in *European Union Politics*, 2001, p. 103.

¹⁹ See A. STONE SWEET, J. CAPORASO, *From Free Trade to Supranational Polity: The European Court and Integration*, in W. SANDHOLTZ, A. STONE SWEET (eds.), *European Integration and Supranational Governance*, Oxford, 1998, pp. 92-134.

²⁰ See Judgment of the Court of 23 April 1986, Case 294/83, *Parti écologiste "Les Verts" v. Parliament*, ECR, 1986, p. 1339, para 23 (referring to the Treaty as the Community's "basic constitutional charter"); see also A. COHEN, *Constitutionalism without a Constitution: Transnational Elites between Political Mobilization and Legal Expertise in the Making of a Constitution for Europe (1940s-1960s)*, in *Law & Social Inquiry*, 2007, p. 109.

²¹ M. SHAPIRO, *The European Court of Justice*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, 1 ed., p. 326.

constantly shapes the outcome of the law-making process, thus giving rise to judicialization²².

3. Prior to examining how ECJ's rulings affect the agenda of the EU legislature, it is worth focusing on how they can act on the other actors of judicialization so as to increase their demand for judicial adjudication, thus ensuring the self-perpetuation of the judicialization process. The ECJ rulings that introduced the doctrines of direct effect and State liability have created powerful incentives for natural and legal persons to invoke EU law before national courts – respectively, to enforce a right stemming from EU law but not recognised under national law or to claim damages from a Member States for its failure to comply with EU law – and to ask those courts to seek preliminary rulings from the ECJ²³. Other ECJ rulings, such as those on judicial remedies and effective judicial protection, have extended individuals' right of access to national courts and tribunals to areas where EU legislation did not expressly require so²⁴. Last but not least, the ECJ's case law on the admissibility of preliminary references has extended that Court's jurisdiction even to cases falling outside the scope EU law²⁵, has increased the number of admissible references by reframing, if need be, poorly drafted questions by national courts²⁶, and has strictly

²² A. STONE SWEET, *The European Court of Justice*, cit., p. 130.

²³ As to the doctrine of direct effect see, e.g., Judgment of the Court of 5 February 1963, Case 26/62, *NV Algemene Transport- en Expeditie Onderneming van Gend & Loos v. Netherlands Inland Revenue Administration*, ECR, English special edition, p. 1; Judgment of the Court of 4 December 1974, Case 41/74, *Yvonne van Duyn v. Home Office*, ECR, 1974, p. 1337. As to the doctrine of State liability, see, e.g., Judgment *Francovich*, p. I-5357; Judgment of the Court of 5 March 1996, Joined cases C-46/93 and C-48/93, *Brasserie du Pêcheur SA v. Bundesrepublik Deutschland* and *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte: Factortame Ltd and others*, ECR, 1996, p. I-1029.

²⁴ See, e.g., Judgment of the Court of 15 October 1987, Case 222/86, *Union nationale des entraîneurs et cadres techniques professionnels du football (Unectef) v. Georges Heylens and others*, ECR, 1987, p. 4097, para 17; Judgment of the Court of 7 May 1991, Case C-340/89, *Irène Vlassopoulou v. Ministerium für Justiz, Bundes- und Europaangelegenheiten Baden-Württemberg*, ECR, 1991, p. I-2357, para 22 (holding that when national authorities deal with the recognition of qualifications obtained in other Member State “any decision taken must be capable of being made the subject of judicial proceedings in which its legality under Community law can be reviewed and that the person concerned must be able to ascertain the reasons for the decision taken in his regard”). See also A. ARENA, *La sentenza Wilson: il funzionamento del mercato comune tra armonizzazione, pre-emption e ricorsi giurisdizionali di diritto interno*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 175 (arguing that whenever national authorities apply the principle of mutual recognition judicial review before an independent and impartial court must be ensured).

²⁵ See, e.g., Judgments of the Court of 18 October 1990, Joined cases C-297/88 and C-197/89, *Masam Dzodzi v. Belgian State*, ECR, 1990, p. I-3763, para 36 (giving a preliminary ruling on EU legislation to which national law referred in order to determine rules applicable to a purely internal situation); of 5 December 2000, Case C-448/98, *Criminal proceedings against Jean-Pierre Guimont*, ECR, 2000, p. I-1663, para 23 (providing a preliminary ruling on Article 34 TFEU even if that article was not applicable in the main proceedings, which involved a purely internal situation, because such ruling “might be useful to [the referring court] if its national law were to require (...) that a national producer must be allowed to enjoy the same rights as those which a producer of another Member State would derive from Community law in the same situation”).

²⁶ See Judgment of the Court of 15 July 1964, Case 6/64, *Flaminio Costa v. E.N.E.L.*, ECR, English special edition, p. 585, para 1 (holding that, although the ECJ has no jurisdiction to rule on the validity of a provision of domestic law in relation to the Treaty “nevertheless, the Court has power to extract

limited the circumstances under which national courts of last instance are exempted from the obligation to seek preliminary rulings²⁷.

The ECJ rulings that most directly affect the outcome of the supranational law-making process are those adopted in the context of the review of validity of EU acts. Self-evidently, an ECJ judgment striking down an item of EU legislation sends a strong message to the EU legislature as to what provisions prospective legislation should or should not include²⁸. For instance, the ECJ annulled Directive 98/43/EC, relating to the advertising and sponsorship of tobacco products, *inter alia* because it did not set out a free movement clause²⁹, thus prompting the EU legislature to include one in its next directive on tobacco advertising, i.e. Directive 2001/37/EC³⁰. Moreover, by dismissing pleas of illegality against EU acts, the ECJ can encourage the adoption of further legislation: it is well-established in legal literature that the ECJ's lax approach to *ultra vires*, legal basis, and subsidiarity review allowed the EU legislature to expand the scope of supranational legislation – and, simultaneously, of the ECJ's jurisdiction – to a broad array of policy areas³¹. The ECJ's

from a question imperfectly formulated by the national court those questions which alone pertain to the interpretation of the Treaty”).

²⁷ See Judgment of the Court of 6 October 1982, Case 283/81, *Srl CILFIT and Lanificio di Gavardo SpA v. Ministry of Health*, ECR, 1982, p. 3415, para 21 (holding that national courts of last instance are required to refer preliminary questions, unless: i) those questions are irrelevant ii) the EU provision at issue has already been interpreted by the ECJ, or iii) the correct application of that provision is so obvious as to leave no scope for any reasonable doubt).

²⁸ See, e.g., Council Directive 88/166/EEC of 7 March 1988 complying with the judgment of the Court of Justice in Case 131/86, *OJEC L 74*, 19 March 1988, pp. 83-87 (replacing Council Directive 86/113/EEC of 25 March 1986 on the protection of laying hens kept in battery cages, which the ECJ had annulled owing to certain textual amendments made to the notified version of that act following its adoption); Directive 2009/123/EC of the Parliament and of the Council of 21 October 2009 amending Directive 2005/35/EC on ship-source pollution and on the introduction of penalties for infringements, *OJEU L 280*, 27 October 2009, pp. 52-55, Recital no. 2 (stating that the purpose of that directive is to fill the legal vacuum created by the ECJ judgment annulling Council Framework Decision 2005/667/JHA); Commission Directive 2010/28/EU of 23 April 2010 amending Council Directive 91/414/EEC to include metalaxyl as active substance, *OJEU L 104*, 24 April 2010, pp. 57-59, recital nos. 2-3 (stating that metalaxyl is to be re-assessed because the ECJ annulled an earlier Commission Decision which did not include metalaxyl in annex of active substances to Council Directive 91/414/EEC).

²⁹ See Judgment of the Court of 5 October 2000, Case C-376/98, *Germany v. Parliament and Council*, ECR, 2000, p. I-8419, para 101 (noting that Directive 98/43/EC “[did] not ensure free movement of products which are in conformity with its provisions”).

³⁰ See Judgment of the Court of 10 December 2002, Case C-491/01, *The Queen v. Secretary of State for Health, ex parte British American Tobacco (Investments) Ltd and Imperial Tobacco Ltd.*, ECR, 2002, p. I-11453, para 74 (upholding the validity of Directive 2001/37 because “unlike the directive at issue in the case giving rise to the tobacco advertising judgment” it “contains a provision, Article 13(1), which guarantees the free movement of products which comply with its requirements”).

³¹ See, generally, A. TIZZANO, *Lo sviluppo delle competenze materiali delle Comunità Europee*, in *Rivista di diritto europeo*, 1981, p. 166; K. LENAERTS, M. DESORMER, *Bricks for a Constitutional Treaty of the European Union: Values, Objectives and Means*, in *European Law Review*, 2002, p. 384; S. WEATHERILL, *Competence Creep and Competence Control*, in *Yearbook of European Law*, 2004, p. 1; P. CRAIG, *The ECJ and Ultra Vires Action: a Conceptual Analysis*, in *Common Market Law Review*, 2011, p. 395; B. GUASTAFERRO, *The European Union as a Staatenverbund? The Endorsement of the Principle of Conferral in the Treaty of Lisbon*, in M. TRYBUS, L. RUBINI (eds.), *The Treaty of Lisbon and the Future of European Law and Policy*, Cheltenham, 2012, p. 119-122.

restrictive case law on individuals' standing to bring actions for annulment against EU acts of general application also contributed to the proliferation of EU legislation by virtually sheltering legislative regulations and directives from individual claims³².

Also the ECJ's interpretation of EU law can affect the law-making process. This holds true, in particular, for primary law: as that body of law ranks higher than EU legislation (secondary law), its interpretation inevitably sets the boundaries for prospective law-making. It is well-established that general principles of EU law, which are the product of judicial law-making by the ECJ, while filling the gaps in EU legislation and providing an aid (or rather a constraint) for its interpretation, may limit the discretion enjoyed by the EU legislature, which is bound to respect the essential content of those principles³³. The same holds true for the ECJ's interpretation of the internal market provisions laid down in the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU). By extending the scope of negative integration provisions, the ECJ allows for additional national measures to be regarded as "obstacles to the functioning of the internal market", thus enabling the EU legislature to iron them out by recourse to harmonization measures under Article 114 TFEU³⁴. Specularly, the introduction of the presumption of equivalence between national standards, also known as the principle of mutual recognition, has obviated the need for across-the-board harmonization of national laws, allowing the EU legislature to focus exclusively on sectors where Member States can successfully invoke grounds of general interest to restrict free movement³⁵. Moreover, on many occasions the EU legislature has expressly mentioned rulings of the ECJ to refer to legal notions

³² Judgments of the General Court of 23 November 2010, Case T-35/08, *Codorniu Napa, Inc. v. Office for Harmonisation in the Internal Market (Trade Marks and Designs) (OHIM)*, ECR, 2010, p. II-5405; of 16 May 1991, Case C-358/89, *Extramet Industrie SA v. Council*, ECR, 1991, p. I-2501; of 2 April 1998, Case C-321/95 P, *Stichting Greenpeace Council (Greenpeace International) and Others v. Commission*, ECR, 1998, p. I-1651.

³³ K. LENAERTS, J. GUTIÉRREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *Common Market Law Review*, 2010, p. 1629.

³⁴ See Opinion of Mr Advocate General Geelhoed delivered on 7 September 2004, Case C-434/02, *Arnold André GmbH & Co. KG v. Landrat des Kreises Herford*, ECR, 2004, p. I-11825, para 65 (averring that there is a "parallel" between the two alternative requirements triggering Article 114 TFEU and "the criteria which the Court uses when assessing the competences of a Member State under Articles [34 TFEU] and [36 TFEU] to prohibit or restrict the free movement of goods (or under Articles [59 TFEU] and [66 TFEU] in respect of services); Opinion of Mr Advocate General Poiares Maduro delivered on 1 October 2009, Case C-58/08, *The Queen, on the application of Vodafone Ltd and Others v. Secretary of State for Business, Enterprise and Regulatory Reform*, ECR, 2010, p. I-4999, para 8 (arguing that a regulation setting roaming charges was legitimate because it addressed restrictions that would have been caught by the horizontal application of the free movement provisions).

³⁵ See, e.g., Communication from the Commission concerning the consequences of the judgment given by the Court of Justice on 20 February 1979 in case 120/78 ('Cassis de Dijon'), *OJEU* C 256, 3 October 1980, pp. 2-3 (stating that, following the ECJ ruling in *Cassis de Dijon*, "the Commission's work of harmonization will henceforth have to be directed mainly at national laws having an impact on the functioning of the common market where barriers to trade to be removed arise from national provisions which are admissible under the criteria set by the Court"); Directive 2007/24/EC of the Parliament and of the Council of 23 May 2007 repealing Council Directive 71/304/EEC concerning the abolition of restrictions on freedom to provide services in respect of public works contracts and on the award of public works contracts to contractors acting through agencies or branches, *OJEU* L 154, 14 June 2007, p. 22, Recital no. 2 (noting that the ECJ judgment of 25 July 1991 in Case C-76/90 *Säger* had enabled

developed therein³⁶, to claim consistency therewith³⁷, or to build upon the principles they set out³⁸.

4. The most striking example of judicialization of the EU media policy is, arguably, the adoption of Directive 89/552/EEC, the so-called Television Without Frontiers Directive (hereafter: the TWF Directive)³⁹. The present subsection will illustrate how the ECJ judgments in *Sacchi*⁴⁰ and *Debaue*⁴¹ have created a legal environment conducive to the harmonisation by the EU legislature of national legislative provisions concerning television advertising and other aspects of television broadcasting⁴².

When the *Sacchi* judgment was handed down, the media landscape was remarkably different from the current one: Italy, for instance, had a State monopoly on

the achievement of a level of protection “equal to or greater than that offered under Directive 71/304/EEC”).

³⁶ See, e.g., Directive 2006/123/EC of the Parliament and of the Council of 12 December 2006 on services in the internal market, *OJEU* L 376, 27 December 2006, pp. 36-68, Recital no. 34 (stating that the notion of “services” for the purpose of that directive must be defined in accordance with the ECJ case law as to the scope of the TFEU provisions on the freedom to provide services) and Recital no. 37 (stating that the place at which a service provider is established should be determined in accordance with the case law of the ECJ); Directive 2011/62/EU of the Parliament and of the Council of 8 June 2011 amending Directive 2001/83/EC on the Community code relating to medicinal products for human use, as regards the prevention of the entry into the legal supply chain of falsified medicinal products Text with EEA relevance, *OJEU* L 174, 1 July 2011, pp. 74-87, Recital no. 22 (expressly referring to an ECJ judgment to define Member State’s margin of discretion as regards the conditions for the supply on their territory of medicinal products to the public).

³⁷ See, e.g., Council Directive 2011/96/EU of 30 November 2011 on the common system of taxation applicable in the case of parent companies and subsidiaries of different Member States, *OJEU* L 345, 29 December 2011, pp. 8-16, Recital no. 2 (stating that, in redrafting the provision of Directive 90/435/EEC, account was taken of a judgment of the ECJ interpreting that provision).

³⁸ Directive 2006/54/EC of the Parliament and of the Council of 5 July 2006 on the implementation of the principle of equal opportunities and equal treatment of men and women in matters of employment and occupation (recast), *OJEU* L 204, 26 July 2006, pp. 23-36, Recital nos. 1-3 (stating that that directive builds upon the principle of equality between men and women as developed in the case law of the ECJ).

³⁹ Council Directive 89/552/EEC of 3 October 1989 on the coordination of certain provisions laid down by Law, Regulation or Administrative Action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities, *OJEU* L 298, 17 October 1989, pp. 23-30. On the adoption of that directive, see G. STROZZI, *Il diritto comunitario e l’informazione radiotelevisiva*, in P. BARILE, R. ZACCARIA (a cura di), *Rapporto annuale sui problemi giuridici dell’informazione*, Padova, 1985, p. 5; R. WALLACE, D. GOLDBERG, *Television Broadcasting: The Community’s Response*, in *Common Market Law Review*, 1989, p. 717; ID., *The EEC Directive on Television Broadcasting*, in *Yearbook of European Law*, 1989, p. 175.

⁴⁰ Judgment of the Court of 30 April 1974, Case 155/73, *Giuseppe Sacchi*, *ECR*, 1974, p. 409. See also the comments by A. DEL VECCHIO, *Rivista di diritto europeo*, 1974, p. 174; G. TOSATO, *Pubblicità televisiva e norme comunitarie*, in *La Comunità Internazionale*, 1977, p. 5.

⁴¹ Judgment of the Court of 18 March 1980, Case 52/79, *Procureur du Roi v. Marc J.V.C. Debaue and others*, *ECR*, 1980, p. 833. See also the comments by T. BENNETT, *The Debaue and Coditel Cases*, in *European Law Review*, 1980, p. 224; N. MARCH HUNNINGS, in *Common Market Law Review*, 1980, p. 564.

⁴² See D. DOUKAS, *The EU Media Market and the Interplay between the Legislature and the Judiciary*, in P. SYRPIS (ed.), *The Judiciary, the Legislature and the EU Internal Market*, Cambridge, 2012, pp. 150-153.

television broadcasting that extended to television advertising⁴³. In the course of criminal proceedings against Mr. Sacchi, who operated a private television-relay station, the Court of Biella referred a number of questions for a preliminary ruling to the ECJ concerning the compatibility of the Italian State monopoly with the Treaty of Rome provisions on the free movement of goods.

The Court of Biella had a number of reasons to refer to the Treaty provisions on goods, rather than to those on services. At the hearing in Luxembourg, the counsels for Mr. Sacchi argued that television broadcasting should have been regarded as a good because television signals are a form of energy (electromagnetic radiation) and the product of intellectual activity (an intangible asset), because television advertising has a strong impact on the sale of the advertised goods, and because the Treaty rules on services are provisions of residual application in relation to those on goods⁴⁴. Moreover, the general consensus at the time was that the Treaty provisions on the freedom to provide services only applied to situations in which the service provider temporarily crossed a national border in order to carry out his or her activity (active provision of services), not to cases where it is the service itself that crossed the border, whilst both provider and recipient remained in their respective Member States (correspondence services)⁴⁵.

The ECJ took a different view. It ruled: “a television signal must, by reason of its nature, be regarded as provision of services”⁴⁶. The ECJ also held that the transmission of advertising falls within the scope of the Treaty provisions on services⁴⁷. Accordingly, the ECJ found that the Treaty provisions on the free movement of goods were no bar to the existence of a State monopoly on television broadcasting and advertising so long as the monopolist did not discriminate in favour of national goods or traders.

Six years later, Mr. Debaue and other individuals were facing prosecution for infringement of the Belgian broadcasting legislation, which imposed a total ban on television advertising. In view of the *Sacchi* judgment, the national court framed its order of reference as to whether the Treaty provisions on services precluded the application of the Belgian ban on television advertising.

The ECJ held that “in the absence of any approximation of national laws and taking into account the considerations of general interest underlying the restrictive rules this area, the application of the laws in question cannot be regarded as a restriction upon freedom to provide services”⁴⁸. The ECJ added that the Belgian ban “falls within the residual power of each Member State to regulate, restrict or even totally prohibit television advertising on its territory on grounds of general interest”⁴⁹.

⁴³ See, generally, R. MASTROIANNI, A. ARENA, *Media Law in Italy*, Alphen aan den Rijn, 2012, paras 145-158.

⁴⁴ *Sacchi* judgment, p. 424.

⁴⁵ K. BÖTTCHER, O. CASTENDYK, *Comment on Art. 49 EC*, in O. CASTENDYK, E. DOMMERING, A. SCHEUER (eds.), *European Media Law*, Alphen aan den Rijn, 2008, p. 92.

⁴⁶ *Sacchi* judgment, para 6.

⁴⁷ *Ibidem*.

⁴⁸ *Debaue* judgment, para 13.

⁴⁹ *Ibidem*, para 15.

The Commission clearly illustrated the aftermath of the two judgments above in its Green Paper “Television Without Frontiers” (1984)⁵⁰. Every broadcaster wishing to operate on a cross-border basis had to ensure that its programmes complied both with the laws of the Home Member State as well as with those of the Host Member State(s)⁵¹. As national laws were remarkably diverse, it appeared “practically impossible that a broadcast could at the same time satisfy the rules on advertising time in the State in which it is broadcast and in two or more others: advertising time would have to be cut drastically or the advertising simply omitted”⁵². So long as the Host State could restrict the retransmission of broadcasts originating in other Member States on general interest grounds under the *Debauve* doctrine, the prospects for the creation of a European common market for cross-border television broadcasting appeared rather dim.

The ECJ judgments, however, also hinted at the solution to the legal conundrum to which they had given rise. Indeed, in the *Debauve* judgment alone the ECJ referred twice to the absence of harmonization among Member States’ broadcasting laws⁵³. The Commission readily took the hint: “In the light of the judgments given by the Court, liberalization through harmonisation is (...) the task laid down by the Treaty as far as the law on broadcast advertising is concerned”⁵⁴. The Commission further observed that “advertising frontiers are to be opened up only when advertising rules have been harmonized, that is to say when they offer equivalent protection everywhere. Only then will reference to the general interests within the country no longer be justified and admissible”⁵⁵.

The solution devised in the Green Paper was put into practice five years later with the TWF Directive, which was subsequently amended by Directive 97/36/EC⁵⁶ and by Directive 2007/65/EC⁵⁷ and lately codified by Directive 2010/13/EU,

⁵⁰ Communication from the Commission to the Council, Television Without Frontiers: Green Paper on the Establishment of the Common Market for Broadcasting, Especially by Satellite and Cable, COM(84)300 final.

⁵¹ *Ibidem*, p. 254.

⁵² *Ibidem*, p. 255.

⁵³ *Debauve* judgment, paras 13 and 15.

⁵⁴ Green Paper *Television Without Frontiers*, p. 260. See also EUROPEAN BUREAU OF CONSUMERS’ UNIONS, *The Impact of Satellite and Cable Television on Advertising: Final Report Prepared for the Commission*, Brussels, 1983, p. 69 (“Either the other EEC institutions will ignore the Court judgments, or if they recognize them they will have no alternative but to adopt a directive”).

⁵⁵ Green Paper *Television Without Frontiers*, p. 261.

⁵⁶ Directive 97/36/EC of the Parliament and of the Council of 30 June 1997 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities, *OJEC L 202*, 30 July 1997, pp. 60-70. On the first revision of the TWF Directive, see B. DRIJBER, *The Revised Television Without Frontiers Directive: Is It Fit for the Next Century?*, in *Common Market Law Review*, 1999, p. 87; A. MEYER-HEINE, *Les apports de la nouvelle directive “Télévision sans frontières” du 30 juin 1997 entrée en vigueur le 31 décembre 1998*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 1999, p. 95.

⁵⁷ Directive 2007/65/EC of the Parliament and of the Council of 11 December 2007 amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities, *OJEU L 332*, 18 December 2007, pp. 27-45. On the second revision of the TWF Directive, see G. CAGGIANO, *Evoluzione della direttiva televisione senza frontiere e l’ampliamento del suo campo di applicazione a tutti i servizi audiovisivi*, in A. FRIGNANI, E. PODDIGHE, V. ZENO-ZENCOVICH (a cura di), *La televisione digitale: temi e problemi*, Milano, 2006, p. 139; J. VAN DEN BOS, *No Frontiers: The New EU Proposal on Audio-*

the so-called Directive on Audiovisual Media Services (hereafter: the AVMS Directive)⁵⁸.

The preamble of the TWF Directive referred impliedly to the *Sacchi* judgment in Recital no. 6, stating that “television broadcasting constitutes, in normal circumstances, a service within the meaning of the Treaty”. Recital no. 11 thereof, instead, was reminiscent of the *Debauve* ruling in that it acknowledged that the abolition of the restrictions on freedom to provide broadcasting services arising from the disparities in national laws “must go hand in hand with coordination of the applicable laws”.

The TWF Directive harmonized national laws in certain sensitive sectors of the broadcasting activity, namely television advertising and sponsorship (Articles 10-21), the promotion of distribution and production of European works (Articles 4-6), the protection of minors (Article 22), and the right of reply (Article 23). Having achieved a certain degree of uniformity among national broadcasting laws, the EU legislature could establish a system of Home State Control (also known as “Country of Origin Principle”): the Home State must ensure that television broadcasters under its jurisdiction comply with the harmonised rules set out in the directive (Article 3(2)); the Host State must guarantee freedom of reception and cannot restrict retransmissions on its territory of television broadcasts from other Member States for reasons which fall within the fields covered by the directive (Article 2(2)).

The TWF Directive therefore enabled the provision of cross-border broadcasting on a pan-European scale: so long as a broadcaster complied with the rules in force in the Home State, it was entitled to freely provide its services in all other Member States⁵⁹. However, the directive did not sacrifice the protection of non-economic general interests under the *Debauve* doctrine on the shrine of market integration; rather, the directive incorporated those interests into its provisions and entrusted their implementation and enforcement to the Home State. In the field of advertising, for instance, the TWF Directive struck a balance between the freedom to provide services and the protection of viewers from excessive advertising by laying down detailed rules as to the content, frequency and duration of advertising⁶⁰. Moreover, the TWF Directive enabled Member States to pursue a higher level of protection of those non-trade values, by allowing them to require broadcasters subject to their jurisdiction to comply with “more detailed or stricter rules” than those laid down in the Directive (minimum harmonisation)⁶¹.

visual Media Services, in *Entertainment Law Review*, 2006, p. 109; R. MASTROIANNI, *La proposta della Commissione europea per la seconda revisione della direttiva “televisioni senza frontiere”*, in L. CARLASARE (a cura di), *Il pluralismo radiotelevisivo tra pubblico e privato*, Padova, 2007, p. 53.

⁵⁸ Directive 2010/13/EU of the Parliament and of the Council of 10 March 2010 on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the provision of audiovisual media services, *OJEU* L 95, 15 April 2010, pp. 1-24.

⁵⁹ This is expressly stated in the preamble: “whereas disparities in national legislations may impede the free movement of broadcasts within the Community and may distort competition within the common market (...). Whereas all such restrictions on freedom to provide broadcasting services within the Community must be abolished under the Treaty”.

⁶⁰ See Judgment of the Court of 28 October 1999, Case C-6/98, *Arbeitsgemeinschaft Deutscher Rundfunkanstalten (ARD) v. PRO Sieben Media AG, supported by SAT 1 Satellitenfernsehen GmbH, Kabel 1, K 1 Fernsehen GmbH*, *ECR*, 1999, p. I-7599.

⁶¹ Article 3(1) of the TWF Directive.

5. As noted above, the TWF Directive established a clear division of tasks between the Home State and the Host State, but laid down no definition for the concept of Home State, i.e. the Member State having “jurisdiction” over a given broadcaster within the meaning of Article 2(1) of the Directive. Two conflicting views emerged as to the relevant connecting factor: the broadcaster’s place of establishment and the broadcast’s point of origin.

The source of that debate was, in fact, an historical contingency. The Commission’s original TWF Directive proposal, which also applied to radio broadcasting, clearly referred to the place of establishment as the relevant connecting factor⁶². The wording of that proposal, however, had been amended during the legislative process having regard to the Allied Forces radio broadcasting network in Berlin, which originated and was established in Germany but was not under that Member State’s jurisdiction⁶³. In the early years of the application of the TWD Directive, the uncertainty as to the relevant criterion to determine jurisdiction gave rise to a number of cases where a television channel was potentially under no Member State’s jurisdiction (negative conflicts of jurisdiction) or under several Member States’ jurisdictions (positive conflicts of jurisdiction)⁶⁴.

The ECJ played a major role in bringing the debate over the relevant connection factor to a close, thus significantly influencing the amendment of the TWF Directive provisions on jurisdiction by Directive 97/36/EC. In 1991 the ECJ handed down its judgment in *Factortame*, where it ruled that the concept of establishment involved “the actual pursuit of an economic activity through a fixed establishment in another Member State for an indefinite period”⁶⁵. In 1996, in the midst of the legislative process leading to the adoption of Directive 97/36/EC, the ECJ rendered its judgment in *Commission v. UK*, where it squarely held that the Member State having jurisdiction under Article 2(1) of the Directive should have been determined in accordance with the place of establishment of the broadcaster concerned⁶⁶. The ECJ reaffirmed and clarified that holding in *Paul Denuit*⁶⁷ and *VT4*⁶⁸, two preliminary rulings delivered only a few weeks before the enactment of Directive 97/36/EC on 30 June 1997.

⁶² Proposal for a Council directive on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in member states concerning the pursuit of broadcasting activities, COM(86)146 final/2, *OJEC C 179*, 17 July 1986, pp. 4-10, para 43 of the Explanatory Memorandum (“all broadcasting activity intended for reception within the territory of the Community must comply with the Law of the country in which it originates, i.e. the Member State in which the originating body is established”).

⁶³ Commission Report on Application of Directive 89/552/EEC, COM(95)86 final, para 3.1.1.

⁶⁴ *Ibidem*.

⁶⁵ Judgment of the Court of 25 July 1991, Case C-221/89, *The Queen v. Secretary of State for Transport, ex parte Factortame Ltd and others*, *ECR*, 1991, p. I-3905, para 20.

⁶⁶ Judgment of the Court of 10 September 1996, Case C-222/94, *Commission v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, *ECR*, 1996, p. I-4025, para 42. For an in-depth discussion of the place of origin and place of establishment criteria, see Opinion of Mr Advocate General Lenz delivered on 30 April 1996, Case C-222/94, *Commission v. United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland*, *ECR*, 1996, p. I-4025.

⁶⁷ Judgment of the Court of 29 May 1997, Case C-14/96, *Criminal proceedings against Paul Denuit*, *ECR*, 1997, p. I-2785.

⁶⁸ Judgment of the Court of 5 June 1997, Case C-56/96, *VT4 Ltd v. Vlaamse Gemeenschap*, *ECR*, 1997, p. I-3143.

Article 2(2) of the proposal submitted by the Commission on 31 May 1995 for the amendment of the TWF Directive plainly reflected the language of the ECJ judgment in *Factortame*: “The broadcasters under the jurisdiction of a Member State are those established in the territory of that Member State, in which they must have a fixed establishment and actually pursue an economic activity”⁶⁹. In the course of the legislative process, that provision was replaced by a series of practical criteria designed to determine a broadcaster’s place of establishment, such as the location of the broadcaster’s head office, the place where it took its decisions on programming policy, the place where it mixed and processed programmes to be broadcast to the public, and the place where a significant proportion of its workforce was located⁷⁰. Nonetheless, a direct reference to the *Factortame* judgment still appeared in Recital no. 11 of the final text of Directive 97/36/EC⁷¹.

The preamble of Directive 97/36/EC, moreover, clearly acknowledged the impact of the ECJ case law on the choice by the EU legislature of the relevant connection factor: “Whereas the application of Directive 89/552/EEC has revealed the need to clarify the concept of jurisdiction as applied specifically to the audio-visual sector, whereas, in view of the case law of the Court of Justice of the European Communities, the establishment criterion should be made the principal criterion determining the jurisdiction of a particular Member State”⁷². Finally, the preamble of Directive 97/36/EC referred to the criterion of establishment laid down in the ECJ case law as the residual method to establish jurisdiction in cases where the criteria set out in Directive 97/36/EC led to a vacuum of jurisdiction: “Whereas the fixing of a series of practical criteria is designed to determine by an exhaustive procedure that one Member State and one only has jurisdiction over a broadcaster in connection with the provision of the services which this Directive addresses; nevertheless, taking into account the case law of the Court of Justice and so as to avoid cases where there is a vacuum of jurisdiction it is appropriate to refer to the criterion of

⁶⁹ Proposal for a Parliament and Council Directive amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities, COM(95)86 final, *OJEC* C 185, 19 July 1995, pp. 4-10.

⁷⁰ The changes jurisdictional rules set out in the Commission are mostly discussed in the following three documents: Opinion of the Economic and Social Committee on the proposal for a Parliament and Council Directive amending Council Directive 89/522/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities, *OJEC* C 301, 13 November 1995, pp. 35-42; Legislative resolution embodying Parliament’s opinion on the proposal for a Parliament and Council Directive amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities, COM(95)0086 – C4-0200/95 – 95/0074(COD), *OJEC* C 65, 4 March 1996, p. 96; Common Position (EC) No 49/96 adopted by the Council on 8 July 1996 with a view to adopting Directive 96/.../EC of the Parliament and of the Council amending Council Directive 89/552/EEC on the coordination of certain provisions laid down by law, regulation or administrative action in Member States concerning the pursuit of television broadcasting activities, *OJEC* C 264, 11 September 1996, pp. 52-65.

⁷¹ Directive 97/36/EC, Recital no. 11: “Whereas the concept of establishment, according to the criteria laid down by the Court of Justice in its judgment of 25 July 1991 in the *Factortame* case, involves the actual pursuit of an economic activity through a fixed establishment for an indefinite period”.

⁷² *Ibidem*, Recital no. 10.

establishment within the meaning of Articles 52 and following of the Treaty establishing the European Community as the final criterion determining the jurisdiction of a Member State”⁷³.

6. The TWF Directive, on the one hand, allowed Member States to set a higher level of protection for certain interests by requiring broadcasters subject to their jurisdiction to comply with stricter rules⁷⁴, on the other hand, ensured freedom to provide services by requiring Member States not to restrict broadcasts originating in other Member States complying with the minimum rules set out in the directive⁷⁵. That regulatory framework, however, had one major loophole: it created an incentive for broadcasters established in Member State A, which had enacted stricter rules, to relocate to Member State B, which had stuck to the minimum rules laid down in the TWF Directive, and to broadcast their programmes on a cross-border basis from Member State B to the viewers in Member State A. Pursuant to the Home State Control principle, indeed, such broadcasters would only be subject to the rules in force in Member State B, as Member State A would no longer be able to require those out-of-State broadcasters to comply with its stricter legislation⁷⁶.

This phenomenon is known as “abuse of rights” or “circumvention”. It occurs whenever a right stemming from an EU law provision is invoked to derive “an improper advantage, manifestly contrary to the objective of that provision”⁷⁷. In *Van Binsbergen*, the ECJ ruled that a Member State is entitled to take measures to prevent the exercise, by a service provider whose activity is entirely or principally directed towards its territory, of the Treaty provisions on services “for the purpose of avoiding the (...) rules (...) which would be applicable to him if he were established within that state”⁷⁸.

The risk of abuse of rights inherent in the TWF Directive materialized in the *TV 10* case, where a broadcaster established in Luxembourg was mainly run by Netherlands nationals, targeted its programmes mostly to the Dutch public and broadcast advertising made in the Netherlands⁷⁹. The Dutch authorities, on the assumption that TV 10 had established itself in Luxembourg in order to escape the Dutch legislation designed to maintain the pluralist and non-commercial character of domestic broadcasting networks (the so-called *Mediawet*), considered that it could not be regarded as a foreign broadcaster and thus that its programmes could

⁷³ *Ibidem*, Recital no. 13.

⁷⁴ Article 3(1) of the TWF Directive.

⁷⁵ *Ibidem*, Article 2(2).

⁷⁶ See, generally, L. WOODS, J. SCHOLLES, *Broadcasting: The Creation of a European Culture or the Limits of the Internal Market?*, in *Yearbook of European Law*, 1997, p. 57; I. KATSIREA, *Public Broadcasting and European Law: A Comparative Examination of Public Service Obligations in Six Member States*, Alphen aan den Rijn, 2008, pp. 197-210.

⁷⁷ Judgment of 12 May 1998, Case C-367/96, *Alexandros Kefalas and Others v. Elliniko Dimosio (Greek State) and Organismos Oikonomikis Anasygkrotisis Epicheiriseon AE (OAE)*, ECR, 1998, p. I-2843, para 20.

⁷⁸ Judgment of the Court of 3 December 1974, Case 33/74, *Johannes Henricus Maria van Binsbergen v. Bestuur van de Bedrijfsvereniging voor de Metaalnijverheid*, ECR, 1974, p. 1299, para 13.

⁷⁹ Judgment of the Court of 5 October 1994, Case C-23/93, *TV10 SA v. Commissariaat voor de Media*, ECR, 1994, p. I-4795.

not be transmitted in the Netherlands. In its preliminary ruling, the ECJ rendered two important holdings. First, it ruled that the concept of “provision of services” applied also to cases where a broadcaster established itself in a Member State different from the Host Member State in order to escape the application of the latter’s rules applicable to domestic broadcasters⁸⁰. Second, the ECJ found that a Member State cannot be denied the right to take measures to prevent the exercise, by a service provider whose activity is wholly or principally directed towards its territory, of the freedom to provide services guaranteed by the Treaty for the purpose of avoiding the rules which would be applicable to it if it were established within that State⁸¹. In particular, the Host State was entitled to apply to that broadcaster the same rules applicable to broadcasters falling under its jurisdiction⁸².

The preamble of Directive 97/36/EC expressly acknowledged the need to prevent circumvention of Host State legislation by enterprising broadcasters. Recital no. 14 of that directive mentioned the ECJ holdings in *Van Binsbergen* and *TV 10* affirming the right of the Host Member State to take measures against a broadcaster established in another Member States that directed all or most of its activity to the territory of the first Member State “if the choice of establishment was made with a view to evading the legislation that would have applied to the organization had it been established on the territory of the first Member State”. Recital no. 19 thereof, moreover, called for “arrangements” designed “to reconcile free circulation of television services with the need to prevent the possibility of circumvention of national measures protecting a legitimate general interest”.

Those statements, however, were not matched by any specific provision in the body of the TWF Directive as amended by Directive 97/36/EC. The Host Member State could therefore adopt, of its own motion and without notice, the measures it deemed necessary to prevent circumvention of its broadcasting legislation. Moreover, the directive did not lay down criteria to distinguish between cases of abuse of rights and cases of legitimate use of the freedom to provide services. That distinction proved rather Gordian. For instance, in *VT4*, a case involving a broadcaster established in the United Kingdom, the ECJ ruled that “the mere fact that all the broadcasts and advertisements [w]ere aimed exclusively at the Flemish public” did not in itself trigger a presumption of abuse of rights, insofar as “the Treaty does not prohibit an undertaking from exercising the freedom to provide services if it does not offer services in the Member State in which it is established”⁸³.

In order to address those uncertainties and to codify the ECJ case law, Directive 2007/65 laid down a comprehensive substantive and procedural framework on the subject of circumvention⁸⁴. If a Member State that has exercised its right to adopt stricter rules deems that a broadcaster under the jurisdiction of another Member State provides a television broadcast which is wholly or mostly directed towards its

⁸⁰ *Ibidem*, para 16.

⁸¹ *Ibidem*, para 20.

⁸² *Ibidem*, para 21.

⁸³ *VT4 Ltd* Judgment, para 22.

⁸⁴ Recital no. 32 of Directive 2007/65 (Recital no. 41 of the codified AVMS Directive) clarifies that to deal with abuse of rights cases the EU legislature sought to require Member States to cooperate with one another, to codify the ECJ case law, and to lay down a “more efficient procedure”.

territory, it may contact the Home Member State so that it can request the broadcaster to comply with the stricter rules in force in the Host Member State⁸⁵. In case the Host Member States is not satisfied with the outcome of the above consultations and considers that the broadcaster concerned established itself in the Home Member State “in order to circumvent the stricter rules” laid down by the Host State, that State can adopt “appropriate measures” against the broadcaster concerned⁸⁶.

The preamble of the AVMS Directive sets out a number of criteria that the Host Member State must follow in establishing a broadcaster’s intent to circumvent its broadcasting legislation. First, Recital no. 40 recalls the ECJ ruling in *VT4* that the Treaty does not prohibit an undertaking from exercising the freedom to provide services if it does not offer services in the Member State in which it is established. Hence, the mere circumstance that the broadcaster concerned does not target its programmes to the public of the Home Member State is in itself no proof of circumvention. Recital no. 42 of the AVMS Directive, moreover, states that a broadcaster’s intent to circumvent the Host State’s stricter rules must be assessed on a case-by-case basis, having regard to a non-exhaustive list of *indicia*: i) the origin of the television advertising, ii) the origin of subscription revenues, iii) the main language of the service, and iv) the existence of programmes or commercial communications targeted specifically at the public in the Host Member State.

The AVMS Directive also requires that the “appropriate measures” adopted by the Host Member State against the offending broadcaster be objectively necessary, applied in a non-discriminatory manner and proportionate to the objectives pursued⁸⁷. Those measures must be notified both to the Home Member State and to the Commission and cannot be applied until the latter has established that such measures are compatible with Union law and that the assessment made by the Host Member State is correctly founded⁸⁸. The Commission must carry out this *ex ante* scrutiny within three months following the notification of the proposed measures⁸⁹.

7. The analysis of the ECJ’s main holdings in the field of audio-visual media and of the contents of Commission documents, preparatory acts, and EU legislation in that sector revealed clear path dependencies between judicial and legislative practice. In a significant number of cases, the EU legislature expressly stated in the preamble of legislative acts its intent to codify or to build upon the ECJ case law. On other occasions, EU legislation did not refer to specific ECJ rulings but recalled notions or principles developed therein. Also the Commission, in its Green Paper “Television Without Frontiers”, its proposals for the adoption and the amendment of the TWF Directive, and its reports on the application of that directive devoted entire paragraphs to the analysis of ECJ judgments and consistently relied on them to frame its policy and to justify policy reform in the media sector.

⁸⁵ Article 4(2) of the AVMS Directive.

⁸⁶ *Ibidem*, Article 4(3).

⁸⁷ See R. MASTROIANNI, *La direttiva sui servizi di media audiovisivi*, Torino, 2009, pp. 83-86.

⁸⁸ Article 4(4) of the AVMS Directive.

⁸⁹ *Ibidem*, Article 4(5).

Counterfactual analysis lends further support to the prominence of the ECJ's role in shaping EU audio-visual media policy. How would policy in that field have developed had the ECJ never rendered its judgments in *Sacchi* and *Debauve*? Without the holding in *Sacchi* that television advertising falls within the scope of the Treaty provisions on services, that activity might have been regarded as coming within the purview of the free movement of goods. However, "certain selling arrangements", and particularly rules on advertising matters, fall outside the reach of the Treaty rules on goods⁹⁰. Hence, Member States would have been entitled to apply their provisions on television advertising both to domestic broadcasts and broadcasts originating in other Member States and the EU legislature would have been unable to harmonise those rules as doing so would have not improved "the conditions for the establishment and functioning of the internal market" as per Article 114 TFEU⁹¹. In sum, in this alternative policy scenario, national frontiers in the field of television broadcasting would still be in place.

In another counterfactual policy scenario, in which the ECJ delivered the *Sacchi* judgment but not the one in *Debauve*, national broadcasting laws would have been exposed to the full liberalization potential inherent in the Treaty provisions on services. The Commission would not have submitted to the Council a proposal for a harmonization directive because it could have ironed out the differences in national laws just by enforcing those Treaty provisions⁹². The creation of a pan-European broadcasting market would have been achieved at the cost of a substantial deregulation of broadcasting activities, possibly leading to a detrimental race to the bottom between Member States in the protection of non-trade values. Moreover, the introduction of positive obligations such as those concerning the promotion of European works would have required the enactment of self-standing harmonisation measures, which would have been unfeasible due to the absence of EU harmonisation powers in the area of culture⁹³.

These are, of course, just two of the myriad of possible alternative policy scenarios. In any case, it is submitted that without the ECJ's influence arguably EU policy, in all likelihood, would have struck a different balance between liberalization of audio-visual media services and the safeguard of non-trade values relative to the one currently embodied by the AVMS directive. Whether that outcome would have been more or less desirable than the *status quo* is a matter of mere conjecture.

⁹⁰ Judgment of the Court of 24 November 1993, Joined cases C-267/91 and C-268/91, *Criminal proceedings against Bernard Keck and Daniel Mithouard*, ECR, 1993, p. I-6097 (holding that certain selling arrangements are not caught by the ban on measures having equivalent effect to quantitative restrictions so long as they "apply to all relevant traders operating within the national territory and so long as they affect in the same manner, in law and in fact, the marketing of domestic products and of those from other Member States").

⁹¹ See Judgment of the Court of 2 May 2006, Case C-217/04, *United Kingdom v. Parliament and Council*, ECR, 2006, p. I-3771, para 42.

⁹² See E. KALDELLIS, *Freedom of Establishment v. Freedom to Provide Services: An Evaluation of Case-law Developments in the Area of Indistinctly Applicable Rules*, in *Legal Issues of Economic Integration*, 2001, p. 23; R. MASTROIANNI, *Public Service Media and Market Integration: A Differential Application of Free Movement and State Aid Rules?*, in M. CREMONA (ed.), *Market Integration and Public Services in the European Union*, Oxford, 2011, p. 149.

⁹³ See Article 167(5) TFEU as well as Article 2(5) TFEU *juncto* Article 6(c) TFEU.

It is however fair to say – to paraphrase a famous quote – that “[t]ucked away in the fairyland Duchy of Luxembourg and blessed (...) with benign neglect by the powers that be and the mass media” the ECJ has been a major player in the development of EU audio-visual media policy since its very inception⁹⁴.

Abstract

The Court of Justice as EU’s Informal Agenda-Setter: The Judicialization of European Audiovisual Policy

“Judicialization” is the process by which judicial organs, through their case law, influence the agenda of non-judicial actors. This article seeks to investigate how and to what extent the ECJ has affected the development of EU policy in the field of audio-visual media. To this end, regard will be had to three distinct stages in the evolution of EU media policy where the ECJ’s influence has been paramount: i) the adoption of the Television Without Frontiers Directive, ii) the amendment of that directive’s rules on jurisdiction, and iii) the codification of the abuse of rights doctrine in Directive 97/36/EC and in the Audio-visual Media Services Directive. For each stage, this article will examine the path dependency between key ECJ holdings and the contents of EU legislation, preparatory acts, and significant Commission documents. Finally, counterfactual analysis will be employed to test the ECJ’s suggested role as informal agenda-setter for the development of EU media law.

⁹⁴ See E. STEIN, *Lawyers, Judges, and the Making of a Transnational Constitution*, in *The American Journal of International Law*, 1981, p. 1.

Francesco Cherubini*

Le prime due generazioni di diritti umani: origine, evoluzione e prassi recente

SOMMARIO: 1. Le “generazioni” di diritti umani e le loro caratteristiche principali. – 2. I due Patti internazionali sui diritti umani. – 3. Gli strumenti regionali a difesa dei diritti umani. – 4. Il superamento dell’iniziale contrapposizione fra diritti di prima e di seconda generazione.

1. È noto che la natura indivisibile e universale dei diritti umani si lega indissolubilmente al loro riconoscimento sul terreno del diritto internazionale: in effetti, in quanto insieme di diritti spettanti a ciascun individuo, solo un ordinamento giuridico di natura tendenzialmente universale può vantare una autentica primogenitura nell’affermazione di siffatti diritti. Non a caso, l’atto con il quale, anche fuori dagli ambiti più strettamente scientifici, viene identificata la nascita dei diritti umani è una dichiarazione *universale*, frutto del consenso degli Stati della Comunità internazionale quale espresso in seno all’Assemblea generale delle Nazioni Unite. Vero è che esempi, più settoriali, antecedenti alla Dichiarazione universale del 1948 non mancano: così, nei Trattati di Osnabrück del 6 agosto 1648 e di Münster del 24 ottobre 1648, costituenti la Pace di Westfalia, vengono poste “le prime norme a tutela delle minoranze religiose”¹.

Del resto, i contenuti cui ha dato piena forma la dimensione internazionale dei diritti umani prendono le mosse da norme, spesso di rango costituzionale, che facevano parte bensì di alcuni ordinamenti statali. In vero, alcune di esse risultano del tutto slegate dalla dimensione internazionale dei diritti umani, giacché poste solamente a tutela dei diritti di alcuni individui (e non di tutti): così, ad esempio, il *Bill of Rights* adottato il 13 febbraio 1689 dal Parlamento inglese, riprendendo la *Magna Carta* dell’11 febbraio 1225, era rivolto esclusivamente ai sudditi della monarchia². Invece, altre norme interne – norme, quindi, pur sempre prive di carattere universale, nel senso ricordato più sopra – erano almeno formulate senza limitazioni in relazione ai beneficiari: esempi di tal genere sono offerti dalle costituzioni di stampo liberale apparse in America del Nord e in Europa a cavallo fra la fine del

* Ricercatore di Diritto dell’Unione europea nella LUISS “Guido Carli” di Roma.

¹ U. VILLANI, *La tutela internazionale dei diritti umani*, in U. VILLANI, *Studi su La protezione internazionale dei diritti umani*, Roma, 2005, p. 14.

² V. FROSINI, *Teoria e tecnica dei diritti umani*, Napoli, 1995, II ed., p. 16.

Settecento e l'inizio dell'Ottocento. A tal proposito, paradigmatiche sono le parole con cui si apre la Dichiarazione di indipendenza degli Stati Uniti d'America del 4 luglio 1776: “[w]e hold these truths to be self-evident: That all men are created equal; that they are endowed by their Creator with certain unalienable rights; that among these are life, liberty, and the pursuit of happiness”³.

Questo percorso “interno” si è poi consolidato su entrambe le sponde dell'Oceano Atlantico: da un lato, con l'inserimento dei famosi dieci emendamenti nella Costituzione federale del 17 settembre 1787, contenenti il nucleo essenziale dei diritti umani nell'ordinamento degli Stati Uniti; dall'altro, con l'esplosione in Europa di un fenomeno analogo a quello verificatosi in America del Nord, il cui apice è ben rappresentato dalla Dichiarazione francese dei diritti dell'uomo e del cittadino del 26 agosto 1798⁴. L'origine storica di questi documenti, da cui, come detto, ha preso a piene mani il diritto internazionale, denuncia il tratto comune dei diritti in essi incorporati: il loro carattere “negativo”, frutto delle istanze liberali tese a ridurre l'intervento dello Stato e a limitarne i poteri di ingerenza nella vita degli individui. In effetti, queste rivendicazioni erano la logica conseguenza delle istanze delle colonie britanniche e della classe borghese volte a far retrocedere i poteri, rispettivamente, della madrepatria e dello Stato assoluto, entrambi avvertiti come sempre più invasivi ed odiosi. In vero, gli stessi dieci emendamenti furono inseriti nella Costituzione degli Stati Uniti come “concessione” alle tesi antifederaliste, con le quali veniva espressa la preoccupazione che il neonato Stato federale finisse per interferire nella vita degli individui, analogamente a quanto aveva fatto fino ad allora la Gran Bretagna.

Questo insieme indissolubile di caratteristiche “genetiche” proprie di tale gruppo di diritti umani è stato certificato dalla dottrina⁵, la quale, tradizionalmente, ne identifica il contenuto con i c.d. *diritti di prima generazione*. Si tratta dei diritti civili e politici, fra i quali possiamo ricordare: il diritto alla vita e alla libertà personale; il divieto della schiavitù; il divieto della tortura o trattamenti o pene inumani o degradanti; il diritto ad un equo processo; il diritto al rispetto della vita privata e familiare; la libertà di religione; il diritto di partecipare al governo del proprio Paese ecc.

In un momento successivo a quello in cui sorgevano i diritti civili e politici, veniva consolidandosi un gruppo di diritti umani che si distingueva significativamente da essi, sia per origine sia per contenuti. In parte frutto della dottrina sociale

³ Già nella Costituzione della Virginia, del 29 giugno 1776, era stata inserita una Dichiarazione dei diritti, approvata dal “buon popolo” della Virginia il 12 giugno dello stesso anno, la quale riconosceva, fra gli altri, il diritto a libere elezioni (art. 6), il divieto delle pene crudeli e “inusuali” (art. 10) e la libertà di stampa (art. 12); ad essa si aggiunse, nei mesi successivi, la Costituzione del New Jersey, la quale, in vero, si limitava ad alludere, timidamente, al diritto ad un equo processo (art. 16). Dopo la Dichiarazione di indipendenza, il quadro fu arricchito dall'inserimento, all'interno delle Costituzioni di alcune delle ex colonie britanniche, ribellatesi alla madrepatria, di ampi riferimenti ai diritti umani: così, per citarne solo alcune, la Costituzione del Maryland dell'11 novembre 1776, quella della Carolina del Nord del 18 dicembre 1776, quella del New Hampshire del 2 giugno 1784.

⁴ Anche nello scenario europeo, alla Dichiarazione francese fece seguito il riconoscimento dei diritti fondamentali all'interno delle Costituzioni di altri Paesi: è il caso, per citarne una, della Costituzione del Regno della Norvegia del 17 maggio 1814, la quale in vero ebbe vita breve. Con essa possono citarsi anche la Costituzione belga del 1831 e quella prussiana del 1850.

⁵ K. VASAK, *A 30-year struggle*, in *The Unesco Courier*, November 1977, p. 29.

della Chiesa, a partire dell'Enciclica *Rerum Novarum* di Papa Leone XIII del 1892, anche questo gruppo di diritti umani si è formato grazie all'impulso proveniente dalle norme interne di alcuni Stati della Comunità internazionale. Un primo esempio è rappresentato dalla Costituzione sovietica del 1918, cui si aggiunse, nel giro di poco più di un anno, la Costituzione della Repubblica di Weimar. Si tratta di documenti la cui matrice ideologica si pone quasi del tutto agli antipodi di quel modello liberale che, invece, aveva ispirato l'affermazione dei diritti di prima generazione: non uno Stato "minimalista", bensì uno Stato "pianificatore", in grado, fra l'altro, come si legge proprio nella Costituzione di Weimar, di organizzare un sistema assicurativo unitario per la tutela della salute, del lavoro e della maternità (art. 161), di contribuire allo sviluppo di un sistema di istruzione (art. 142 ss.), di proteggere il diritto al lavoro (*ex multis*, articoli 157 e 162).

Si tratta dei c.d. *diritti di seconda generazione*, caratterizzati dalla pretesa individuale ad ottenere, essenzialmente dal proprio Stato di appartenenza, un'azione positiva volta a garantire a tutti dei minimi *standard* economici, sociali e culturali: dalla necessità di curarsi (diritto alla salute), passando per la garanzia di un sistema scolastico primario gratuito (diritto all'istruzione), fino alla realizzazione e alla tutela del diritto al lavoro.

Queste due generazioni di diritti umani, completate, in anni successivi, da una terza relativa ai diritti collettivi (quali il diritto dei popoli all'autodeterminazione o allo sviluppo) e da una quarta, più recente, legata in prevalenza alla biomedicina, sono apparse, fin da subito, soffrire pesantemente le conseguenze delle proprie diverse origini. Infatti, la contrapposizione politica creatasi all'indomani della Seconda guerra mondiale fra il blocco occidentale e quello orientale (il c.d. "sipario di ferro" di cui aveva parlato per primo Winston Churchill nel discorso del 5 marzo 1946 al Westminster College di Fulton, nel Missouri) ha finito col ripercuotersi sulla stesura degli atti internazionali sui diritti umani.

Essi, in altre parole, sono divenuti facile terreno di aspre dispute ideologiche, come è emerso emblematicamente già in occasione dell'approvazione della Dichiarazione universale⁶. Come noto, il voto del 10 dicembre 1948 in seno all'Assemblea generale delle Nazioni Unite, che allora si riuniva a Parigi, non fu unanime: dei 58 membri (due dei quali, Honduras e Yemen, non votarono), tutti i sei Stati facenti allora parte del blocco socialista si astennero prevalentemente in ragione del non pieno riconoscimento dei diritti economici, sociali e culturali all'interno del documento⁷. Molto indicativo è, a tal proposito, il verbale della discussione finale dell'As-

⁶ A/RES/217 A (III).

⁷ Oltre all'Unione Sovietica, si trattava della Cecoslovacchia, della Jugoslavia e della Polonia; ad esse vanno aggiunte le allora Repubbliche federate sovietiche di Bielorussia e Ucraina che, come noto, benché non fossero enti statali secondo il diritto internazionale, furono ammesse già alla Conferenza intergovernativa di San Francisco, al termine della quale fu approvata la Carta delle Nazioni Unite, per favorire la partecipazione dell'Unione Sovietica. Le astensioni del blocco socialista si sommarono alle due dell'Arabia Saudita e del Sudafrica. Per questi due Stati la scelta dell'astensione aveva tuttavia altre radici: il primo lamentava una frizione tra i precetti religiosi musulmani e gli articoli 16 e 18 della Dichiarazione, i quali, rispettivamente, riconoscono alle donne il diritto di sposarsi e di fondare una famiglia "senza alcuna limitazione di razza, cittadinanza o religione", e ad ogni individuo "la libertà di cambiare di religione o di credo"; il Sudafrica, invece, benché apparentemente ostile all'inclusione dei (pochi) diritti di seconda generazione presenti nella Dichiarazione, temeva che un appoggio incondizio-

semblea generale, il quale riporta, fra le altre, le considerazioni espresse da Radovanovic, rappresentante della Jugoslavia (Paese che, peraltro, era all'epoca quasi completamente fuori dall'orbita di influenza sovietica, pur avendo una netta matrice socialista)⁸: “[i]n the (...) part of the declaration dealing with the proclamation of social rights, particularly in respect to social rights which should be recognized so as to protect man against the system exploiting him in the social capitalist order, the draft was in great measure *inadequate*”⁹. In effetti, come lo stesso delegato jugoslavo ebbe a sottolineare, nell'articolato della Dichiarazione universale lo spazio dedicato ai diritti economici, sociali e culturali è certamente minore rispetto a quello che ospita i diritti di prima generazione: vi sono, infatti, scarse disposizioni sul diritto alla sicurezza sociale (art. 22), sul diritto al lavoro, comprensivo delle ore di riposo (art. 23 s.), sul diritto alla salute (art. 25) e sul diritto all'istruzione (art. 26).

La divaricazione fra diritti di prima e di seconda generazione ha seguito fedelmente quella fra i due blocchi: man mano che la seconda si faceva più rigida, parallelamente lo divenivano le posizioni espresse dagli Stati in seno agli organi delle Nazioni Unite. Infatti, allorquando il Consiglio economico e sociale aveva affidato, nel 1946¹⁰, alla neonata Commissione dei diritti umani il compito di redigere un “international bill of rights”, ancora non erano emerse del tutto le profonde differenze ideologiche che sarebbero esplose da lì a poco. Anzi, con la Dichiarazione universale, la cui formulazione, come si è detto, aveva incontrato alcune obiezioni dei Paesi socialisti, veniva tuttavia mantenuto un principio estremamente importante per tutti i diritti umani complessivamente considerati: la loro *indivisibilità*. Tale carattere implica un approccio unitario ai diritti umani, i quali non possono affermarsi in maniera selettiva, prediligendone alcuni e sacrificandone altri.

Del resto, l'indivisibilità dipende fortemente dal carattere interdipendente dei diritti umani: per fare solo qualche esempio, il diritto di elettorato attivo sarebbe svuotato di significato ove non fosse accompagnato dal diritto all'istruzione, che ne costituisce il presupposto necessario; per altro verso, la libertà dei genitori di scegliere l'istruzione adeguata per i propri figli determina la piena realizzazione di molte libertà, fra cui quella religiosa; il diritto di proprietà non avrebbe alcun senso senza la protezione del diritto alla vita. A volte l'interdipendenza non è sinonimo di complementarità, ma di contrapposizione, come è il caso del rapporto fra il diritto alla riservatezza e il diritto all'informazione. In altre parole, come si capisce da questi pochi esempi, anche una sola lacuna nel riconoscimento dei diritti umani apre una crepa in grado di compromettere l'intero sistema.

2. L'approccio unitario ai diritti umani era destinato a smarrirsi man mano che, come detto, si acuiva la contrapposizione fra i due blocchi: ciò emerge molto chia-

nato ad essa avrebbe manifestamente colliso con la propria politica di *apartheid*. Sul punto v. J. MOR-SINK, *The Universal Declaration of Human Rights: Origins, Drafting, and Intent*, Philadelphia, 1999, p. 27.

⁸ Il 28 giugno 1948 la delegazione jugoslava era stata espulsa dal Cominform; la rottura definitiva fra Tito e Stalin avverrà alla fine del 1949 con la denuncia, da parte dell'Unione Sovietica, del Patto di amicizia con la Jugoslavia dell'11 aprile 1945.

⁹ A/PV.183, del 10 dicembre 1948 (corsivo aggiunto).

¹⁰ Si veda la Risoluzione 5/1, del 16 febbraio 1946.

ramente dal percorso di approvazione del “patto” che avrebbe dovuto realizzare in concreto quanto affermato solennemente nella Dichiarazione universale.

Dopo l’adozione della Risoluzione 303 del 1950 da parte del Consiglio economico e sociale¹¹, nella quale tale approccio veniva ancora tenuto fermo¹², già nel dibattito svoltosi in seno all’Assemblea generale in occasione dell’adozione della Risoluzione 421, dello stesso anno, emergevano forti divergenze¹³. Mentre i Paesi socialisti insistevano sulla necessità di inserire nel patto – alla cui elaborazione stava lavorando la Commissione dei diritti umani – i diritti economici, sociali e culturali, altri, fra cui in particolare il Regno Unito, sostenevano ormai apertamente l’opportunità di espungere dal testo, in via definitiva, taluni diritti di seconda generazione. È bene notare, peraltro, che la posizione dei Paesi socialisti, apparentemente molto più attenta al rispetto dei diritti fondamentali, se non altro perché essi volevano riconoscerne un numero più largo, cadeva in una manifesta contraddizione: a quella tendenza, infatti, si accompagnava il rifiuto categorico di dotare il patto di un meccanismo di controllo che facesse capo ad un organo indipendente (e ciò anche riguardo ai diritti civili e politici, la cui formulazione era ormai da considerarsi quasi del tutto definitiva). La tesi, sostenuta con forza dal delegato sovietico Morozov, era che una misura del genere avrebbe costituito una “interference in the internal affairs of States and a violation of their sovereignty, since the implementation of the provisions of the covenant falls entirely within the domestic jurisdiction of the States signatories to the covenant and must allow for the specific economic, national and other characteristics of each country”. Ovviamente, sia questo atteggiamento sia l’“ostilità” dei Paesi del blocco occidentale verso i diritti di seconda generazione non facevano altro che minacciare, fin dalla nascita, la piena efficacia di tutto l’impianto di tutela.

Tuttavia, nonostante queste premesse, ancora nella Risoluzione 421¹⁴, l’Assemblea generale mantenne una posizione confacente ad una piena difesa dei diritti umani: gli Stati membri, infatti, riuscirono a mettere in minoranza, da un lato, gli Stati occidentali in relazione al pieno riconoscimento dei diritti economici, sociali e culturali; dall’altro, i Paesi socialisti rispetto all’incisività dei meccanismi di controllo. Con essa, secondo cui “the enjoyment of civic and political freedoms and of economic, social and cultural rights are interconnected and interdependent”, l’Assemblea generale richiamava espressamente il Consiglio economico e sociale a dare mandato alla Commissione dei diritti umani di includere nel patto i diritti di seconda generazione e di studiare l’inserimento, nello stesso o in un protocollo separato, di un sistema di comunicazioni con le quali singoli individui od organizzazioni potessero denunciare la violazione dei diritti incorporati nel patto. Il risultato raggiunto, benché ispirato dalla volontà di estendere nella misura maggiore possibile la tutela dei diritti umani, era destinato, tuttavia, a non tenere a lungo: l’esclusione, per motivi diversi, di Paesi dall’importanza politica primaria, quali l’Unione Sovietica o gli Stati Uniti, indeboliva qualunque soluzione alla quale fosse pervenuta l’As-

¹¹ Risoluzione 303 (XI) del 9 agosto 1950, E/1849.

¹² Si veda il verbale del Consiglio: E/SR.404.

¹³ A/PV.317.

¹⁴ Risoluzione 421 (V), del 4 dicembre 1950, A/RES/421 (V) A-H.

semblea generale. A ciò si aggiunga che l'adozione di un testo non condiviso da quegli Stati li avrebbe portati, con tutta probabilità, a non aderire al patto.

In effetti, già nelle successive riunioni del Consiglio economico e sociale¹⁵, gli Stati si orientarono verso un'altra soluzione, e cioè quella di separare le due generazioni di diritti in altrettanti patti. Le ragioni di questa scelta sono esposte nell'intervento del delegato dell'India, Paese che figurava fra i proponenti della soluzione "separatista": egli affermò che, a meno di elidere qualsivoglia meccanismo di controllo sul rispetto dell'intero patto (posizione questa sostenuta soprattutto dall'Unione Sovietica), la sola possibilità che tale meccanismo venisse inserito era che lo si confinasse ai diritti di prima generazione. Krishnamachari – tale è il nome del delegato indiano – lascia così trasparire un punto che emergerà chiaramente solo più tardi, e cioè che dietro l'inclusione dei diritti economici, sociali e culturali nel patto si nascondesse un problema relativo al generale meccanismo di controllo: a meno di diversificarlo, l'inserimento in un unico testo delle due generazioni di diritti umani avrebbe rischiato di far convergere la posizione dei Paesi socialisti, avversa a qualunque intromissione esterna, con quella dei Paesi occidentali, che avrebbero appoggiato soluzioni più "morbide" quanto al controllo sul rispetto dei diritti umani, proprio in quanto, fra questi, vi sarebbero stati i diritti di seconda generazione. Tale convergenza, in definitiva, avrebbe potuto seriamente amputare il futuro patto, spingendolo molto poco più in là di quanto non era stato già fatto con la Dichiarazione universale.

Non mancò, peraltro, chi, nel Consiglio economico e sociale, intravedesse un rischio di altro genere nell'abbandono dell'approccio unitario ai diritti umani: in particolare, fu il delegato del Pakistan a ribadire che le due categorie di diritti umani esistono solo "[f]or the sake of convenience" e che nessun diritto può dirsi interamente politico o interamente economico, ma che tutti i diritti umani formano l'insieme minimo, irriducibile e indivisibile di cui tutti gli esseri umani devono godere. Naturalmente, secondo lo stesso delegato pakistano, separare i diritti umani in due distinti patti avrebbe significato minacciare "the ideological basis of the United Nations itself".

Nonostante le resistenze, con la Risoluzione 384¹⁶, il Consiglio economico e sociale invitò l'Assemblea generale "to reconsider its decision in resolution 421 (...) to include in one covenant articles on economic, social and cultural rights, together with articles on civic and political rights". La decisione, assunta con una stretta maggioranza¹⁷, è ancor più significativa ove si consideri che nella Commissione dei diritti umani, il cui Rapporto aveva rappresentato la base della discussione in seno al Consiglio, era stata rigettata una proposta di risoluzione quasi del tutto identica¹⁸;

¹⁵ E/SR.525.

¹⁶ Risoluzione 384 (XIII), del 29 agosto 1951, E/2152.

¹⁷ Undici favorevoli (Belgio, Canada, Cina, Francia, India, Iran, Perù, Regno Unito, Stati Uniti, Svezia e Uruguay) contro sette contrari (Cecoslovacchia, Cile, Filippine, Messico, Pakistan, Polonia e Unione Sovietica); l'Australia si astenne.

¹⁸ E/1992. Il diverso esito avuto dalle due proposte di risoluzione si deve alla diversa composizione rispettivamente della Commissione dei diritti umani e del Consiglio economico e sociale. Questa è peraltro la ragione per la quale, secondo il delegato delle Filippine Inglés, la sola sede adeguata nella quale riaprire la questione dell'approccio unitario alle due generazioni di diritti umani fosse l'Assemblea generale.

in altre parole, nel Consiglio veniva ribaltata non solo la Risoluzione 421 dell'Assemblea generale, ma pure la posizione espressamente assunta dalla Commissione.

Com'era prevedibile, i lavori dell'Assemblea generale, chiamata dal Consiglio a questo ripensamento, furono particolarmente animati, né fu abbandonato del tutto il tentativo di mantenere l'approccio unitario. Gli Stati occidentali proposero il testo di una risoluzione con la quale, in via definitiva, l'Assemblea generale avrebbe imboccato la strada della separazione dei due patti; dall'altro lato, il Cile presentò un emendamento a questa proposta, secondo cui l'Assemblea generale "[r]eaffirms its directives in resolution 421 (...) to the effect that it 'Decides to include in the Covenant on Human Rights economic, social and cultural rights'". Lo scontro non poteva essere più manifesto, come dimostra il verbale della discussione in Assemblea: i Paesi del blocco socialista attaccarono apertamente gli Stati Uniti e il Regno Unito, che la delegata polacca Domanska accusò espressamente di aver sabotato l'attuazione della decisione presa dall'Assemblea generale di dare vita ad un unico patto sui diritti umani¹⁹. Con la risoluzione finale²⁰, approvata con una maggioranza risicata (ventisette voti a venti, con tre astenuti²¹), come era accaduto nelle altre fasi del percorso di fronte agli altri organi interessati, l'Assemblea generale chiese al Consiglio economico e sociale di affidare alla Commissione il compito di elaborare due differenti patti, l'uno sui diritti civili e politici, l'altro sui diritti economici, sociali e culturali.

Nonostante nella Risoluzione 543 venisse ribadito il principio dell'indivisibilità dei diritti umani, i due patti, come aveva lasciato intuire il delegato indiano Krishnamachari, erano destinati a fortune diverse. In vero, l'ipotesi cui solo alludeva il delegato indiano venne palesemente sostenuta e più riccamente motivata dal delegato francese Cassin. Le sue parole sono emblematiche, soprattutto in ragione del fatto che, come lui stesso ammise, "[m]y country would have been more favourable to a single covenant if that had been shown to be more *practical*"²². Ciò premesso, l'illustre giurista affermò che, nonostante lo sforzo della Commissione, di cui lui faceva parte, di mantenere l'unità dei diritti umani, "we must keep our eyes *fixed on realities*"²³: vi sono alcuni diritti umani che comportano obblighi giuridici immediati, e altri, fra cui soprattutto quelli di seconda generazione, che implicano invece l'elaborazione e l'adozione di programmi a lungo termine. Si trattava dunque, secondo Cassin, di creare due patti distinti perché distinti dovevano essere i rispettivi meccanismi di controllo, a seconda delle caratteristiche dei singoli diritti, questo essendo il punto sul quale la soluzione di un unico patto avrebbe creato maggiori problemi e portato serie difficoltà al momento della ratifica. In effetti – egli ricorda – il mantenimento dell'approccio unitario non era stato particolarmente sofferto in occasione della Dichiarazione universale, proprio in virtù dell'assenza di meccanismi che ne controllassero il rispetto; ora che invece occorreva dare vita a questi strumenti di controllo, la diversa natura dei diritti umani, immediatamente obbliga-

¹⁹ A/PV.375.

²⁰ Risoluzione 543 (VI) del 5 febbraio 1952, A/RES/543 (VI).

²¹ L'emendamento cileno fu respinto con ventinove voti a venticinque, e quattro astensioni.

²² Corsivo aggiunto.

²³ Corsivo aggiunto.

toria per alcuni (i diritti civili e politici), programmatica per altri (i diritti economici, sociali e culturali), impediva, in concreto, la creazione di un unico patto.

I lavori della Commissione durarono ben più di dieci anni e il percorso che portò alla stesura dei due patti si concluse il 16 dicembre 1966 con l'adozione della Risoluzione 2200 da parte dell'Assemblea generale, con cui ne veniva approvato il testo²⁴. Alla fine, come affermò la delegata cecoslovacca, “[t]he Covenants institute certain important rights and freedoms in the economic, social and cultural fields that were not embodied in the Declaration”.

I due *Patti sui diritti civili e politici e sui diritti economici, sociali e culturali*²⁵ riprendono quanto previsto già all'interno della Dichiarazione universale, aggiungendo tuttavia alcuni elementi necessari nel contesto di strumenti destinati, ove ratificati, a divenire obbligatori per gli Stati membri. Così, accanto ad una formulazione più precisa dei singoli diritti, essi si soffermano su questioni più strettamente giuridiche, assenti, per ovvie ragioni, nella Dichiarazione: dalle clausole di deroga, alla disciplina delle riserve, fino ai meccanismi di controllo. Questi ultimi, che avevano costituito, anche secondo la dottrina²⁶, il motivo principale della separazione, differivano per molti aspetti: in linea generale, il Patto sui diritti civili e politici, giusta la natura immediatamente obbligatoria degli stessi, doveva creare un sistema di sorveglianza più incisivo rispetto all'altro Patto, le cui disposizioni avevano invece natura programmatica. I Patti, peraltro, condividevano un tratto, in vero comune a tutte le convenzioni a tutela dei diritti umani: lo scopo, consistente nel dare la massima pubblicità alle violazioni di tali diritti, in modo da far tornare lo Stato responsabile a più miti consigli.

Per certi versi, le previsioni furono rispettate. Il Patto sui diritti civili e politici, ancora oggi, prevede tre meccanismi di controllo: il primo, obbligatorio, è quello dei rapporti, sul rispetto dei diritti ivi previsti, che ogni Stato parte deve indirizzare ad un Comitato di esperti indipendenti il quale, dopo un esame accurato, può formulare delle osservazioni allo Stato interessato. Gli altri due meccanismi, la cui accettazione è facoltativa, sono i seguenti: le comunicazioni interstatali, per le quali detto Comitato di esperti esercita i propri buoni uffici in relazione ad una presunta violazione del Patto, denunciata da uno Stato parte contro un altro; le comunicazioni individuali, previste in un Protocollo separato²⁷, rispetto alle quali il Comitato svolge un ruolo quasi giudiziario, che si conclude con delle “considerazioni” volte ad accertare se lo Stato contro cui è presentata la denuncia abbia violato il Patto. In vero, questi meccanismi si sono affinati nel tempo, soprattutto grazie all'opera di suddetto Comitato, il quale ha spesso forzato la lettera delle norme convenzionali,

²⁴ A/RES/2200 (XXI) A.

²⁵ Il Patto sui diritti civili e politici è entrato in vigore il 23 marzo 1976 e conta 167 ratifiche, fra le quali mancano – per citare solo le più significative – quelle di Cina e Cuba. Il Patto sui diritti economici, sociali e culturali è entrato in vigore il 3 gennaio 1976 e conta 160 ratifiche: tuttora mancano, fra le altre, quelle di Cuba, degli Stati Uniti e del Sudafrica.

²⁶ K. ARAMBULO, *Strengthening the Supervision of the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights – Theoretical and Procedural Aspects*, Antwerpen, 1999, p. 20.

²⁷ Il Protocollo, adottato contestualmente ai Patti, è entrato in vigore il 23 marzo 1976; lo hanno ratificato 114 Stati fra i quali, però, non figurano, fra gli altri, Regno Unito e Stati Uniti, che (entrambi) non lo hanno neanche firmato.

estendendo i propri poteri di controllo allorché ha adottato (o modificato) il proprio regolamento di procedura. Un esempio per tutti è rappresentato dalle comunicazioni individuali: ove il loro esame si concluda con una “condanna” dello Stato convenuto, l’art. 101 del regolamento di procedura prevede un meccanismo di *follow-up*, del tutto assente nel Patto; esso consiste nella nomina di un relatore speciale il quale sorveglia il seguito dato dallo Stato “condannato” alle considerazioni del Comitato.

Il Patto sui diritti economici, sociali e culturali era, fino a pochissimo tempo fa, dotato del solo sistema dei rapporti statali, benché nel tempo si fossero prodotte, anche qui, delle modifiche in senso migliorativo. Nella versione originaria, infatti, i rapporti statali venivano esaminati dallo stesso Consiglio economico e sociale il quale, essendo, contrariamente al Comitato di esperti del Patto sui diritti civili e politici, un organo di Stati, è privo di quella terzietà necessaria per procedere ad un esame imparziale dei rapporti stessi. Tramite una serie di modifiche apportate dallo stesso Consiglio²⁸, oggi i rapporti statali sono sottoposti ad un Comitato di esperti, molto simile a quello dell’altro Patto, che ne conclude l’esame con delle “osservazioni finali”. Inoltre, il 10 dicembre 2008, l’Assemblea generale ha adottato un Protocollo facoltativo al Patto che ha recentemente aggiunto²⁹ ulteriori meccanismi di controllo: le comunicazioni individuali, quelle interstatali e, infine, un potere di inchiesta del Comitato di esperti³⁰.

3. Quanto accaduto in seno alle Nazioni Unite si è ripetuto, con dinamiche diverse, anche all’interno delle organizzazioni regionali, votate, fra l’altro, alla difesa dei diritti umani: Consiglio d’Europa, Organizzazione degli Stati americani e Unione africana³¹.

²⁸ Con la Decisione 1978/10 del 3 maggio 1978 (E/1978/L.26), il Consiglio si dotava di un Gruppo di lavoro, che lo avrebbe coadiuvato nel compito di esaminare i rapporti statali; va detto, tuttavia, che tale Gruppo era pur sempre un organo di Stati, cui, dunque, poteva muoversi la stessa obiezione concernente la composizione del Consiglio. La composizione del Gruppo, dopo alcune modifiche marginali (si vedano, fra le altre, la Decisione 1981/158 dell’8 maggio 1981, E/1981/64, e la Risoluzione 1982/33 del 6 maggio 1982, E/1982/L.35/Rev.1, E/1982/SR.27), è stata radicalmente cambiata dal Consiglio con la Risoluzione 1985/17 del 28 maggio 1985 (E/1985/L.29, E/1985/SR.22): essa, come detto sopra, sostituisce al Gruppo di lavoro un Comitato sui diritti economici, sociali e culturali, quasi del tutto simile a quello del Patto sui diritti civili e politici, con la sola significativa differenza che il primo rimane un organo sussidiario del Consiglio economico e sociale.

²⁹ Il suo art. 18 condizionava l’entrata in vigore al deposito del decimo strumento di ratifica, ciò che si è verificato dopo che il 5 febbraio 2013 l’Uruguay ha aggiunto la sua ratifica a quelle di Argentina, Bolivia, Bosnia-Erzegovina, Ecuador, El Salvador, Mongolia, Portogallo, Slovacchia e Spagna. Il Protocollo è così entrato in vigore il 5 maggio 2013.

³⁰ Il Protocollo prevede la competenza del Comitato a ricevere i ricorsi individuali, mentre per quella relativa ai ricorsi interstatali e per il potere di inchiesta è necessaria una dichiarazione di accettazione *ad hoc* da parte di ciascuno Stato. Si noti che il potere di inchiesta non è riconosciuto nemmeno al Comitato del Patto sui diritti civili e politici.

³¹ Sorte, rispettivamente, con il Trattato di Londra del 5 maggio 1949, con quello di Bogotà del 30 aprile 1948 e, infine, con quello di Lomé dell’11 luglio 2000. In vero, nell’ambito regionale africano la maggior parte delle convenzioni sui diritti umani è stata adottata in seno all’organizzazione cui è succeduta l’Unione africana, vale a dire l’Organizzazione per l’unità africana, creata con il Trattato di Addis Abeba del 25 maggio 1963.

La prima, nata all'indomani della fine della Seconda guerra mondiale, allo scopo sia di creare le condizioni per una pace duratura in Europa, sia di fronteggiare il pericolo rappresentato dal blocco socialista, era giunta a creare una convenzione sui diritti umani già nel 1950. La facilità con la quale, rispetto alle Nazioni Unite, nel Consiglio d'Europa si addivenne ad un accordo in così breve tempo riposa, naturalmente, sulla sua maggiore coesione politica.

In effetti, la *Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali* (CEDU)³² tutela esclusivamente i diritti di prima generazione, sui quali, già in seno alle Nazioni Unite, gli Stati dell'Europa occidentale avevano numerosi punti di convergenza, dai contenuti fino ai meccanismi di controllo. Peraltro, gli uni e gli altri sono stati oggetto di numerose modifiche: dal punto di vista sostanziale, ai diritti inizialmente previsti dalla Convenzione se ne sono aggiunti altri, alcuni dei quali – in vero pochi – appartenenti alla seconda generazione dei diritti umani (come il diritto all'istruzione, contemplato dall'art. 2 del Protocollo n. 1)³³. Sotto il profilo procedurale, invece, l'iniziale impianto di controllo è stato radicalmente modificato nel corso degli anni, aumentandone notevolmente l'incisività: nella versione originaria, era prevista la competenza di una Commissione dei diritti umani a ricevere ricorsi interstatali e, solo a fronte di una dichiarazione di accettazione da parte dello Stato interessato, ricorsi individuali; v'era anche una Corte, la cui competenza era però condizionata ad una analoga dichiarazione di accettazione e poteva essere adita solo dopo l'esame della Commissione e mai, comunque, dal singolo individuo³⁴. Benché già alla fine degli anni Ottanta tutti gli Stati parte avessero accettato le clausole facoltative, è solo con il Protocollo n. 11³⁵ che la Convenzione verrà modificata, eliminando la Commissione e prevedendo la competenza obbligatoria della Corte, sia per i ricorsi interstatali sia per quelli individuali. La procedura, peraltro ulteriormente modificata dal Protocollo n. 14³⁶, volto ad abbreviarne i tempi, ove la natura dei casi sottoposti alla Corte lo consenta, si conclude, normalmente³⁷, con una sentenza, nella quale può essere stabilita anche un'equa riparazione³⁸ e, secondo una prassi recente³⁹, anche le eventuali misure di *restitutio in integrum*.

Anche nell'ambito del Consiglio d'Europa, i diritti economici, sociali e culturali sono stati inseriti in uno strumento separato: la *Carta sociale europea* del 1961⁴⁰.

³² Firmata a Roma il 4 novembre 1950 ed entrata in vigore il 3 settembre 1953.

³³ Protocollo n. 1 del 20 marzo 1952, entrato in vigore il 18 maggio 1954.

³⁴ L'art. 32 prevedeva anche che, in assenza di un ricorso alla Corte, fosse il Comitato dei Ministri, vertice politico del Consiglio d'Europa, a decidere nel merito del caso, dopo, naturalmente, l'esame della Commissione.

³⁵ Protocollo n. 11 dell'11 maggio 1994, entrato in vigore il 1° novembre 1998.

³⁶ Protocollo n. 14 del 13 maggio 2004, entrato in vigore il 1° giugno 2010.

³⁷ Nel caso di chiusura "in rito" dell'esame (ad esempio, per il mancato rispetto delle condizioni di ricevibilità), la Corte emette una decisione.

³⁸ La decisione sull'equa riparazione può essere anche adottata successivamente alla sentenza di constatazione della violazione.

³⁹ C. ZANGHÌ, *Evoluzione e innovazione nelle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2008, p. 29 ss.

⁴⁰ Firmata a Torino il 18 ottobre 1961 ed entrata in vigore il 26 febbraio 1965; ne fanno parte poco più della metà degli Stati del Consiglio d'Europa.

È opportuno notare che le ragioni per cui, anche qui, le due generazioni di diritti umani sono state disgiunte sono da rinvenire nella natura programmatica dei diritti di seconda generazione: ciò, come la dottrina rileva⁴¹, si evince chiaramente dai documenti che, nel Consiglio d'Europa, precedettero l'elaborazione della CEDU. In effetti, la Carta si dedica al riconoscimento puntuale dei diritti di seconda generazione, quali, fra i molti altri, il diritto ad eque condizioni di lavoro (durata ragionevole delle ore di lavoro giornaliero e settimanale, ferie retribuite, riposo settimanale ecc.), il diritto ad un'equa retribuzione, tale da garantire ai lavoratori e alle loro famiglie un livello di vita dignitoso, i diritti sindacali (le consultazioni paritetiche, lo sciopero ecc.), il diritto dei bambini e degli adolescenti alla tutela (età minima fissata a 15 anni, apprendistato adeguatamente retribuito ecc.), il diritto delle lavoratrici madri alla tutela (congedo di maternità di almeno 14 settimane, divieto di licenziamento nel periodo del congedo ecc.), il diritto alla protezione della salute, il diritto alla sicurezza sociale.

Sul piano del meccanismo di controllo, la Carta rispecchia ampiamente quanto premesso, con l'aggiunta di un ulteriore elemento. Gli Stati, infatti, non sono vincolati all'intero impianto della Carta, ma solo ad un "pacchetto" minimo di diritti, rimessi alla loro scelta; in altre parole, si tratta di una Carta ... *à la carte*, nel senso che gli Stati scelgono a quali disposizioni obbligarci, potendo beninteso vincolarsi a tutte. La sorveglianza sul rispetto delle norme così identificate era rimessa, nella versione originaria, al classico meccanismo dei rapporti statali: un Comitato di esperti indipendenti, divenuto, nel 1998, Comitato europeo dei diritti sociali, esamina i rapporti che gli Stati, ogni due anni, devono presentare sulla situazione dei diritti "accettati", emettendo, alla fine dell'esame, delle conclusioni; queste ultime vengono indirizzate ad un Comitato governativo⁴², che redige un rapporto nel quale, eventualmente, indica al Comitato dei Ministri – vertice politico del Consiglio d'Europa – le raccomandazioni da adottare nei confronti dello Stato interessato. Saltuariamente, il Comitato dei ministri può richiedere agli Stati rapporti sui motivi per i quali le altre disposizioni della Carta continuano a non essere accettate.

Nonostante l'elaborazione di un Protocollo addizionale nel 1988⁴³, che peraltro si limitava ad aggiungere alcuni diritti, lasciando intatto il meccanismo di controllo, proprio a causa della debolezza di quest'ultimo, la Carta ebbe scarso successo; ciò, naturalmente, era amplificato dal confronto con la CEDU, che rappresentava per i diritti di prima generazione ciò che la Carta avrebbe dovuto rappresentare per quelli di seconda. Il Consiglio d'Europa, dunque, ne tentò il rilancio, affidando il compito ad un Comitato *ad hoc* sulla Carta sociale europea, istituito nel dicembre del 1990. I risultati dell'attività del Comitato *ad hoc* si sono

⁴¹ D. HARRIS, J. DARCY, *The European Social Charter*, Ardsley, 2001, II ed., p. 3 ss.

⁴² Nella versione originaria della Carta sociale, tale compito era amministrato da un sotto-comitato del Comitato sociale governativo (o semplicemente Comitato sociale), organo creato dal Comitato dei Ministri, su raccomandazione dell'Assemblea parlamentare, con Risoluzione (54) 17 dell'11 settembre 1954. Esso, che peraltro si occupò proprio della elaborazione della Carta sociale europea, a quanto risulta da un rapporto del 1998 (GT-AP(98)10), non si riunisce più dal 1981. Il sotto-comitato è invece divenuto autonomo fin da subito, prendendo il nome, che tuttora conserva, di Comitato governativo.

⁴³ Protocollo del 5 maggio 1988, entrato in vigore il 4 settembre 1992; ne fanno parte solo tredici Stati, fra cui l'Italia, che l'ha ratificato il 25 maggio 1994.

concretizzati nell'elaborazione di due Protocolli, del 1991 e del 1995, e della *Carta sociale europea riveduta*, del 1996.

Il Protocollo del 1991 era destinato a modificare la Parte IV della Carta, riguardante proprio il sistema di controllo; esso, peraltro, non è mai entrato in vigore benché gli Stati, esortati dal Comitato dei Ministri⁴⁴, abbiano provveduto ad attuarne alcune norme, nei limiti consentiti dalla Carta⁴⁵. Il Protocollo del 1995, che in vero vanta un numero molto basso di ratifiche⁴⁶, ha introdotto un sistema di reclami collettivi: le organizzazioni internazionali di lavoratori e datori di lavoro che godono dello *status* di osservatore in seno al Comitato governativo, nonché le organizzazioni sindacali e dei datori di lavoro nazionali⁴⁷, possono “denunciare” uno Stato contraente per la violazione di uno o più fra i diritti “accettati”; tali ricorsi vengono esaminati dal Comitato europeo dei diritti sociali, che adotta un rapporto a fronte del quale il Comitato dei Ministri può, se lo ritiene opportuno, indirizzare allo Stato interessato una raccomandazione. Quanto, infine, alla Carta sociale europea riveduta⁴⁸, essa ripropone tutti i diritti riconosciuti dalla versione del 1961 e dal Protocollo – che peraltro rimangono in vigore per gli Stati che li hanno ratificati e che non sono parte della Carta riveduta⁴⁹ – con l’aggiunta di ulteriori contenuti, fra i quali si segnalano: il diritto alla tutela in caso di licenziamento, il diritto dei lavoratori alla tutela dei loro crediti in caso di insolvenza del datore di lavoro, il diritto all’informazione ed alla consultazione nelle procedure di licenziamenti collettivi e

⁴⁴ Vedi, in tal senso, la decisione dell’11 dicembre 1991, con la quale il Comitato dei Ministri “requested the States party to the Charter and the supervisory bodies to envisage the application of certain of the measures provided for in this Protocol before its entry into force, in so far as the text of the Charter will allow”.

⁴⁵ Una delle norme, precisamente quella contenuta nell’art. 4, avrebbe dovuto codificare una modifica della Carta sociale avvenuta nella prassi, e cioè la sostituzione del sotto-comitato del Comitato sociale governativo con il Comitato governativo. Sul punto vedi *supra*, nota 42.

⁴⁶ Il Protocollo, che è entrato in vigore il 1° luglio 1998, è stato ratificato da soli 13 Stati, fra cui peraltro figura l’Italia, che l’ha ratificato il 3 novembre 1997.

⁴⁷ Fra i ricorrenti, secondo l’art. 1, lett. b), del Protocollo sui reclami collettivi, figurano anche “other international non-governmental organisations which have consultative status with the Council of Europe and have been put on a list established for this purpose by the Governmental Committee”.

⁴⁸ Essa è entrata in vigore il 1° luglio 1999 e conta 32 ratifiche.

⁴⁹ L’art. B della Carta sociale riveduta prevede un meccanismo che disciplina i rapporti con la Carta sociale del 1961 e con il Protocollo del 1988 in relazione all’ipotesi che uno Stato abbia ratificato l’una o entrambi, oltre che, naturalmente, la Carta riveduta: “1. Nessuna Parte contraente della Carta sociale europea o Parte del Protocollo addizionale del 5 maggio 1988 può ratificare, accettare o approvare la presente Carta senza considerarsi vincolata almeno dalle disposizioni corrispondenti alle norme della Carta sociale europea e se del caso del Protocollo addizionale che si era impegnata ad osservare. 2. L’accettazione degli obblighi contenuti in qualsiasi disposizione della presente Carta avrà come effetto che, a partire dalla data di entrata in vigore di tali obblighi nei confronti della Parte interessata, la disposizione corrispondente della Carta sociale europea e se del caso del suo Protocollo addizionale del 1988 cesserà di applicarsi alla Parte interessata se quest’ultima Parte è vincolata dal primo dei due strumenti predetti o da entrambi gli strumenti”. Alla luce delle ratifiche che si sono succedute nel tempo, solo dieci Stati fanno ancora parte del sistema del 1961: si tratta di Germania, Gran Bretagna, Islanda, Lussemburgo e Polonia, cui si aggiungono cinque Stati parte anche del Protocollo del 1988 (Danimarca, Repubblica ceca, Spagna, Croazia e Grecia; questi ultimi due Stati sono anche parte del Protocollo sui reclami collettivi). Liechtenstein, Monaco, San Marino, Serbia e Svizzera non fanno parte nemmeno della Carta del 1961.

il diritto all'abitazione. L'art. C della Carta riveduta prevede lo stesso sistema di controllo della Carta del 1961, mentre l'art. D dà agli Stati che non hanno ratificato il Protocollo sui reclami collettivi la possibilità di scegliere di sottoporsi anche a questo meccanismo, tramite una dichiarazione *ad hoc* da formulare in qualsiasi momento⁵⁰.

Anche nell'Organizzazione degli Stati americani (OSA) le due generazioni di diritti umani sono state separate: nonostante, come accaduto in seno alle Nazioni Unite, vi fosse una *Dichiarazione americana dei diritti e dei doveri dell'uomo* (1948)⁵¹, nella quale, insieme ai diritti civili e politici, ampio spazio era dedicato ai diritti economici, sociali e culturali, questi ultimi sono stati espressamente esclusi dalla *Convenzione americana dei diritti dell'uomo* (1969)⁵², giusta l'art. 26, che li affida ad un impegno programmatico degli Stati membri⁵³. E in effetti, tali diritti sono stati inseriti in un Protocollo alla Convenzione (detto Protocollo di San Salvador)⁵⁴, il quale, tuttavia, è stato ratificato da poco meno della metà degli Stati dell'OSA e prevede, del resto, un sistema di supervisione sul rispetto degli obblighi assunti molto poco incisivo. Proprio in tema di meccanismo di controllo, nell'ambito regionale americano esso costituisce il risultato di un panorama piuttosto disomogeneo e non sempre chiaro: a quello relativo alla Convenzione e al Protocollo, infatti, si deve aggiungere l'altro concernente la Dichiarazione la quale, benché priva di forza vincolante, è divenuta, grazie soprattutto all'opera della Commissione inter-americana dei diritti dell'uomo, uno strumento di fatto quasi parificato alla Convenzione stessa. La Commissione ottenne, nel 1965, la competenza a ricevere comunicazioni individuali sulla violazione dei diritti riconosciuti dalla Dichiarazione e, nel 1967, con la modifica della Carta dell'OSA, la sua formale istituzionalizzazione, sancita dall'art. 106. La conseguenza cruciale di questo processo è che, al momento, tutti gli Stati membri dell'OSA sono soggetti al controllo della Commissione in relazione al rispetto della Dichiarazione, ivi compresi quelli, come gli Stati Uniti, che non hanno voluto ratificare la Convenzione.

Ciò premesso, l'impianto di verifica si basa prevalentemente sulla Commissione inter-americana: non a caso, le norme dalle quali emerge il quadro generale sono contenute nel suo Statuto, che distingue a seconda che lo Stato abbia ratificato la

⁵⁰ Solo due Stati si sono avvalsi di tale opportunità: Bulgaria e Slovenia, i quali, dunque, vanno ad aggiungersi ai 14 già parte del Protocollo sui reclami collettivi.

⁵¹ La Dichiarazione è stata adottata a Bogotà il 2 maggio 1948 dalla IX Conferenza internazionale degli Stati americani.

⁵² La Convenzione è stata adottata a San José il 22 novembre 1969 ed è entrata in vigore il 18 luglio 1978: solo nove dei 34 Stati membri dell'OSA non ne fanno parte e fra questi nove vi sono Canada e Stati Uniti. In vero, a questi andrebbero aggiunti due Stati che, pur avendo ratificato la Convenzione, l'hanno più recentemente denunciata: si tratta di Trinidad e Tobago e del Venezuela.

⁵³ Nella formulazione dell'art. 26 riecheggia in modo piuttosto evidente la caratteristica natura programmatica dei diritti di seconda generazione, messa in evidenza dal francese Cassin durante i lavori dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite: "[t]he States Parties undertake to adopt measures, both internally and through international cooperation, especially those of an economic and technical nature, with a view to achieving progressively, by legislation or other appropriate means, the full realization of the rights implicit in the economic, social, educational, scientific, and cultural standards set forth in the Charter of the Organization of American States as amended by the Protocol of Buenos Aires".

⁵⁴ Il Protocollo, adottato a San Salvador il 17 novembre 1988, è entrato in vigore il 16 novembre 1999; ne fanno parte 16 Stati membri dell'OSA, fra i quali non vi sono Canada, Cile e Stati Uniti.

Convenzione o detenga unicamente la *membership* dell'OSA. Nel primo caso, che riguarda peraltro la maggior parte degli Stati membri, l'art. 19 di detto Statuto afferma che la Commissione è competente ad esaminare ricorsi e comunicazioni presentati in virtù degli articoli 44-51 della Convenzione; questi, a loro volta, stabiliscono una competenza obbligatoria per le istanze individuali (che l'art. 44 della Convenzione chiama "petitions") ed una facoltativa per quelle interstatali ("communications", secondo l'art. 45 della Convenzione)⁵⁵. L'esame di entrambe le tipologie di istanza si chiude con un rapporto della Commissione, nel quale, in caso di violazione, essa raccomanda allo Stato interessato le misure da adottare per porvi rimedio e fissa un termine: se, entro tre mesi dalla trasmissione di detto rapporto, lo Stato non ha adempiuto (e nel frattempo non è stata adita la Corte), la Commissione adotta un parere e le proprie conclusioni, decidendone eventualmente la pubblicazione, a maggioranza assoluta dei suoi membri; se, invece, lo Stato interessato ha accettato la competenza facoltativa della Corte⁵⁶ e questa viene chiamata in causa nei tre mesi successivi alla trasmissione del rapporto, l'esame passa alla Corte stessa la quale lo conclude con una vera e propria sentenza, nella quale, in caso di violazione e ove lo ritenga opportuno, essa indica le misure che lo Stato deve adottare a titolo di riparazione e, in particolare, di risarcimento del danno. È bene sottolineare che la competenza (facoltativa) della Corte può essere attivata, secondo l'art. 61 della Convenzione, solo dalla Commissione o dagli Stati membri della Convenzione; tale sistema, in altre parole, ricalca grosso modo quello in vigore nella CEDU, prima della riforma attuata con il Protocollo n. 11⁵⁷.

Per gli Stati che non siano parte della Convenzione, l'art. 20 dello Statuto affida alla Commissione, da un lato, il compito di "pay particular attention" ad alcune disposizioni della Dichiarazione e, dall'altro, la competenza ad esaminare le comunicazioni individuali. Scende maggiormente nel dettaglio il regolamento di procedura della Commissione che, all'art. 49, specifica che le comunicazioni individuali possono contenere "a denunciation of alleged violations of the human rights set forth in the American Declaration" e ne sottopone la procedura di esame alla disciplina dettata per i ricorsi individuali previsti dalla Convenzione; ovviamente, l'art. 50 del regolamento di procedura esclude l'applicazione delle norme riguardanti la competenza della Corte, che, dunque, rimane completamente fuori dall'esame delle eventuali violazioni commesse da Stati non parte della Convenzione.

Come detto, molto più debole è il meccanismo di controllo che presiede il rispetto dei diritti di seconda generazione, incorporati, nel sistema americano, all'interno del Protocollo di San Salvador, entrato in vigore solo nel 1999. Il suo art. 19 prevede un sistema di rapporti statali periodici⁵⁸ e, unicamente riguardo al

⁵⁵ Quella facoltativa è stata scelta, al momento, da dieci dei 25 Stati parte della Convenzione.

⁵⁶ La competenza della Corte è stata accettata da quasi tutti gli Stati parte della Convenzione (22 su 25).

⁵⁷ Con la sola rilevante eccezione relativa al ruolo del Comitato dei Ministri, sul quale si rimanda a nota 34.

⁵⁸ I rapporti periodici vanno indirizzati, secondo il testo tuttora vigente del Protocollo di San Salvador, al Segretario generale dell'OSA, il quale è tenuto a trasmetterli al Consiglio inter-americano economico e sociale e al Consiglio inter-americano per l'istruzione, la scienza e la cultura, che ne devono curare l'esame. In vero, tali due organi, dopo la modifica della Carta dell'OSA operata dal Protocollo di Managua del 1993, sono stati rimpiazzati dal Consiglio inter-americano per lo sviluppo integrato, al

diritto ad un'equa retribuzione e al diritto di istruzione, la possibilità di sottoporre casi individuali alla Commissione e, ove ne abbia accettato la competenza lo Stato interessato, eventualmente alla Corte, con le stesse modalità previste nella Convenzione.

Nel continente africano, la creazione di strumenti a tutela dei diritti umani ha risentito di un fattore decisivo: il processo di decolonizzazione, cui si deve l'origine stessa degli Stati di quella regione. Tale fenomeno, da un lato, ha determinato il rallentamento del riconoscimento dei diritti umani negli strumenti regionali, considerati dagli Stati africani, in un primo momento, come un mezzo di intromissione nella loro sovranità, appena raggiunta; dall'altro lato, tuttavia, esso ha portato con sé l'affermazione dei diritti di terza generazione, quali soprattutto il diritto dei popoli all'autodeterminazione e quello allo sviluppo, che hanno fortemente influenzato l'elaborazione degli strumenti regionali.

Essi, infatti, non solo hanno rinsaldato il legame fra diritti di prima e seconda generazione, ma hanno anche avuto, in quanto diritti collettivi, un certo peso su alcuni aspetti concernenti i meccanismi di controllo. Quanto al primo aspetto, la dottrina ha evidenziato lo stretto rapporto fra autodeterminazione, sviluppo e diritti umani: intanto, perché il diritto allo sviluppo è una "derivazione del diritto all'autodeterminazione dei popoli, volto a promuovere il passaggio dalla ormai realizzata decolonizzazione politica a quella economica"; ma soprattutto perché "un avanzamento complessivo delle condizioni sociali, economiche, culturali della collettività rappresenta (...) una preconditione per il godimento effettivo dei diritti dell'uomo, specialmente di quelli economici, sociali e culturali (...), ma anche di quelli 'classici' della prima generazione"⁵⁹.

Non è un caso se nella *Carta africana dei diritti umani e dei popoli* (1981)⁶⁰ vi sia una maggiore attenzione ai diritti di seconda generazione e, soprattutto, un risalto, come già la sua sola denominazione lascia chiaramente intendere, dei diritti collettivi, di terza generazione. A tal riguardo, è emblematica la lettera dell'art. 22, par. 1, secondo cui "[a]ll peoples shall have the right to their economic, social and cultural development with due regard to their freedom and identity and in the equal enjoyment of the common heritage of mankind".

A fronte di questo enorme passo in avanti, di cui l'intera Comunità internazionale resta debitrice nei confronti del continente africano, il sistema di controllo previsto dalla Carta è piuttosto debole. Essa, infatti, affida ad una Commissione di esperti, fra l'altro⁶¹, la competenza a ricevere ed esaminare comunicazioni indivi-

quale è affidata, con l'ausilio di un Gruppo di lavoro, la responsabilità di esaminare i rapporti (vedi, a tale proposito, la Risoluzione 2074 dell'Assemblea generale dell'OSA del 7 giugno 2005). Nonostante, come detto, il Protocollo di San Salvador sia entrato in vigore nel 1999, è solo dal 2010 che ha iniziato a funzionare concretamente il sistema dei rapporti (vedi ancora la Risoluzione 2666 dell'Assemblea generale dell'OSA del 7 giugno 2011).

⁵⁹ U. VILLANI, *La tutela internazionale*, cit., p. 78 s.

⁶⁰ La Carta è stata adottata il 1° giugno 1981 in seno all'Organizzazione per l'unità africana, organizzazione sostituita poi dall'Unione africana con il Trattato di Lomé (v. nota 31). Essa è entrata in vigore il 21 ottobre 1986: ne fanno parte 53 dei 54 Stati dell'Unione africana.

⁶¹ La Commissione è anche competente ad esaminare, dopo una fase negoziale preliminare, peraltro facoltativa, le comunicazioni interstatali, nonché titolare di altri compiti di carattere generale, per i quali si rinvia all'art. 45 della Carta.

duali, in un contesto, tuttavia, nel quale risulta decisivo il ruolo dell'Assemblea dei Capi di Stato e di governo dell'Unione africana. Secondo l'art. 58, la Commissione, una volta esauritasi la fase di controllo sulle condizioni di ricevibilità, può richiamare l'attenzione dell'Assemblea unicamente quando una o più comunicazioni rivelino "the existence of a series of serious or massive violations of human and peoples' rights"; a sua volta l'Assemblea, in modo del tutto discrezionale, potrà richiedere alla Commissione di effettuare un esame più approfondito, che si conclude con un rapporto contenente anche le conclusioni e le raccomandazioni della stessa Commissione. Inoltre, è sempre l'Assemblea che decide se rendere pubblico tale rapporto, venendo così rimessa l'unica sanzione prevista da questo sistema ad un organo di Stati, non esattamente (e non necessariamente) imparziale.

Vero è che un Protocollo del 1998 (ratificato da circa la metà degli Stati dell'Unione) ha aggiunto a questo sistema una Corte africana, che affianca, in modo peraltro quasi del tutto autonomo⁶², la Commissione; altrettanto vero, però, è che tale Corte può essere chiamata in causa solo dalla Commissione stessa o dagli Stati. L'art. 5, par. 3, del Protocollo prevede una sua competenza facoltativa a ricevere comunicazioni individuali, ma è significativo che solamente cinque Stati l'abbiano accettata⁶³. Questi sono i motivi per cui sono ancora pochissime le sentenze emesse dalla Corte africana, senza contare che la debolezza della sua posizione all'interno di questo sistema è destinata, probabilmente, ad aumentare: infatti, un Protocollo del 1° luglio 2008, non ancora entrato in vigore, ne prevede la fusione con la Corte di giustizia dell'Unione africana, così mettendone a rischio la specializzazione.

4. Nel corso degli anni di vita delle Convenzioni internazionali finora menzionate, si sono verificati due fenomeni che hanno fortemente ridimensionato la divaricazione fra le due prime generazioni di diritti umani, mettendone in luce un aspetto forse trascurato, a beneficio del dibattito sulla loro differente "colorazione" politica.

Il primo, in ordine di tempo, è stata la recalcitranza di tutti gli Stati a sottoporsi a meccanismi di controllo incisivi riguardo sia ai diritti civili e politici, sia ai diritti economici, sociali e culturali. Questo denominatore comune evidenzia come gli argomenti utilizzati a favore o contro l'approccio unitario ai diritti umani fossero quasi del tutto speciosi, gli Stati ritrovando un'altrimenti incomprensibile unità di intenti allorquando si è trattato di piegare la propria sovranità a meccanismi di controllo più incisivi. Basti pensare che il Patto sui diritti civili e politici è entrato in vigore solo il 23 marzo 1976, cioè dieci anni dopo la sua approvazione; il suo art. 41, invece, che prevede la competenza del Comitato a ricevere ricorsi interstatali, è entrato in vigore il 28 marzo 1979, essendo a tale scopo necessario che almeno dieci Stati ne avessero riconosciuto la competenza. Gli Stati Uniti, e cioè uno dei Paesi che avevano sostenuto la separazione del patto inizialmente progettato, hanno rati-

⁶² Contrariamente a quanto accade nel sistema inter-americano e a quanto accadeva nell'originaria versione della CEDU per gli omologhi organi, per poter adire la Corte africana non è necessario avere prima esaurito la procedura di fronte alla Commissione. Vero è che la stessa Corte può rimettere in gioco la Commissione, giusta l'art. 6, par. 3, del Protocollo, secondo cui essa "may consider cases or transfer them to the Commission".

⁶³ Si tratta di Burkina Faso, Ghana, Malawi, Mali e Tanzania.

ficato il Patto sui diritti civili e politici solo l'8 giugno 1992, vale a dire addirittura dopo l'Unione Sovietica, che non solo l'aveva già ratificato (16 ottobre 1973), ma aveva anche appena riconosciuto la competenza del Comitato a ricevere ricorsi interstatali (1° ottobre 1991). A ciò si aggiunga che proprio il Regno Unito e gli Stati Uniti non hanno ancora ratificato il Protocollo al Patto, che prevede la competenza del Comitato a ricevere ricorsi individuali. Paradigma di quanto qui si afferma è che il Patto sui diritti economici, sociali e culturali, che invece prevede solo il meccanismo dei rapporti, sia entrato in vigore perfino prima, anche se di poche settimane, dell'altro Patto, il 3 gennaio 1976. Un discorso pressoché analogo può farsi per gli strumenti regionali, per i quali saranno sufficienti due soli esempi: solo alla fine degli anni Ottanta sono state riconosciute da tutti gli Stati parte della CEDU le due clausole facoltative riguardanti la competenza della Commissione a ricevere ricorsi individuali e quella della Corte; gli Stati Uniti e il Canada non hanno mai ratificato la Convenzione americana dei diritti dell'uomo.

Tutto ciò ha un significato piuttosto evidente: se quello fra prima e seconda generazione di diritti umani parrebbe essere un solco che divide disposizioni immediatamente precettive, e dunque "giustiziabili", da disposizioni programmatiche, meno o per nulla "giustiziabili", esso si rivela, nella prassi, molto meno profondo di quanto non appaia dai lavori preparatori delle varie convenzioni. In altre parole, essendo tutti gli Stati sempre piuttosto restii a sottoporsi a controlli esterni, quale che sia la natura dei diritti in gioco, la contrapposizione fra i due binomi formati, rispettivamente, da diritti di prima generazione e controlli incisivi, da un lato, e diritti di seconda generazione e controlli deboli, dall'altro, diventa molto più sfumata. Vero è che, nel corso del tempo, l'atteggiamento recalcitrante degli Stati si è sempre più affievolito; ciò, tuttavia, vale tanto per la prima quanto per la seconda generazione dei diritti umani, come dimostra anche l'approvazione, da parte dell'Assemblea generale, del ricordato Protocollo facoltativo al Patto sui diritti economici, sociali e culturali, da poco in vigore, che allinea e perfino supera l'efficacia dei meccanismi di controllo del Patto sui diritti civili e politici⁶⁴.

L'altro e forse ancor più decisivo fenomeno si deve all'attività degli organi di controllo delle diverse Convenzioni (benché, a tal proposito, sia stata enormemente più produttiva la Corte della CEDU): scrollando ulteriormente ogni residua traccia della tradizionale corrispondenza fra i diritti di prima generazione e l'obbligo di *non facere*, essi ne hanno tratto quegli obblighi positivi che, originariamente, si credevano appannaggio dei soli diritti di seconda generazione. In vero, come ormai riconosce la dottrina, "[l]'affermazione secondo cui i diritti civili e politici prevedono obblighi meramente 'negativi', nella misura in cui cercano di proteggere gli individui dalle ingerenze dello Stato, mentre i diritti economici e sociali impongono allo Stato l'obbligo di prendere misure 'positive', per il benessere degli individui, è stata errata sin dall'inizio"⁶⁵. Si pensi al diritto ad un equo processo, incluso fin da subito

⁶⁴ Si veda nota 30.

⁶⁵ C. TOMUSCHAT, *I diritti sociali nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo*, in *Studi sull'integrazione europea*, 2007, p. 233 (corsivo aggiunto). Sul punto si rimanda (anche) all'ampia letteratura in merito: v., *ex multis*, I. E. KOCH, *Social Rights as Components in the Civil Right to Personal Liberty: Another Step forward in the Integrated Human Rights Approach*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2002, p. 29 ss.; ID., *Human Rights as Indivisible Rights*, Leiden-Boston, 2009; M. SEPÚLVEDA,

nei diritti di prima generazione, la cui realizzazione “richiede uno sforzo notevole, consistente non solo nell’emanazione di norme legislative, ma anche nella fornitura di strutture adeguate, nella formazione e nel reclutamento di personale competente ecc. – in breve, una considerevole spesa di denaro pubblico assieme a misure organizzative di vasta portata”⁶⁶.

La giurisprudenza della Corte europea sugli obblighi positivi si è sviluppata dalla fine degli anni Sessanta, attraverso un percorso non sempre uniforme, che si è adattato alla differente formulazione delle norme della CEDU. In linea di massima, e senza pretesa di poter qui ripercorrere la ormai vastissima giurisprudenza della Corte europea sul tema in esame, la medesima ha dipanato il proprio ragionamento basandosi sul combinato disposto dalla norma sostanziale di volta in volta rilevante e dall’art. 1 della CEDU, in virtù del quale gli Stati hanno l’obbligo di “*secure to everyone within their jurisdiction the rights and freedoms defined in Section I of this Convention*”⁶⁷. Nella prima sentenza in cui compare il riferimento agli obblighi positivi⁶⁸, la Corte, alle prese con la presunta violazione dell’art. 2 del Protocollo n. 1 (diritto all’istruzione) da parte del Belgio, in quanto norme interne impedivano ai ricorrenti di seguire o di vedersi legalmente riconosciuti corsi scolastici in lingua francese svolti in alcune regioni del Paese, ha affermato che, nonostante detto art. 2 non imponga agli Stati l’obbligo “to establish at their own expense, or to subsidise, education of any particular type or at any particular level (...), it cannot be concluded from this that the State has no positive obligation to ensure respect for such a right (...) [a]s a ‘right’ does exist, it is secured, by virtue of Article 1 (art. 1) of the Convention, to everyone within the jurisdiction of a Contracting State”⁶⁹.

The Nature of the Obligation under the International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights, Antwerpen, 2003; J.-F. AKANDJI-KOMBE, *Positive Obligations under the European Convention on Human Rights*, 2007, reperibile *online*; M. A. BADERIN, R. MCCORQUODALE, *Economic, Social and Cultural Rights in Action*, Oxford, 2007; D. XENOS, *The Positive Obligations of the State under the European Convention of Human Rights*, London, 2012.

⁶⁶ C. TOMUSCHAT, *op. cit.*, p. 233.

⁶⁷ Corsivo aggiunto.

⁶⁸ Corte europea dei diritti dell’uomo, sentenza del 23 luglio 1968, *Caso “relativo a certi aspetti delle norme sull’uso delle lingue nell’istruzione in Belgio” c. Belgio*.

⁶⁹ *Ivi*, par. I, B, 3. In essa, tuttavia, la Corte ha dovuto fare leva anche sul divieto di discriminazione previsto dall’art. 14 della CEDU, in quanto, non avendo gli Stati alcun obbligo di creare un sistema scolastico, solo “a State which had set up such an establishment could not, in laying down entrance requirements, take discriminatory measures within the meaning of Article 14” (par. I, B, 9). Dunque, gli Stati non sono obbligati a fornire un sistema di istruzione ma, ove lo facciano, devono garantire che vi si acceda in modo non discriminatorio, e in ciò consiste il loro (solo) obbligo positivo. Negli anni successivi, la Corte ha esteso la propria giurisprudenza sugli obblighi positivi a molte altre disposizioni della CEDU: si vedano, *ex multis*, per l’art. 3 (proibizione della tortura) le sentenze del 16 luglio 2009, *Sulejmanovic c. Italia*, par. 39 ss., e del 17 gennaio 2012, *István Gábor Kovács c. Ungheria*, par. 23; per l’art. 4 (proibizione della schiavitù e del lavoro forzato) la sentenza del 26 luglio 2005, *Siliadin c. Francia*, par. 89; per l’art. 5 (diritto alla libertà e alla sicurezza) la sentenza del 17 gennaio 2012, *Stanev c. Bulgaria*, par. 120; per l’art. 7 (*nulla poena sine lege*) la sentenza del 24 novembre 2011, *O. H. c. Germania*, par. 107; per l’art. 9 (libertà di pensiero, coscienza e religione) le sentenze del 6 novembre 2008, *Leela Förderkreis E.V. e altri c. Germania*, par. 99, e del 7 dicembre 2010, *Jakóbski c. Polonia*, par. 46, cui possono aggiungersi le decisioni della Commissione europea dei diritti dell’uomo del 12 marzo 1981, *X c. Regno Unito*, par. 3, e del 18 aprile 1997, *Dubowska e Skup c. Polonia*, par. 3; per l’art. 10 (libertà di espressione) le sentenze del 29 febbraio 2000, *Fuentes Bobo c. Spagna*, par. 38, del 16 marzo

Nel corso degli anni, la Corte non sempre ha fatto ricorso all'ausilio di detto art. 1, ritenendo sovente sufficiente la formulazione della sola norma sostanziale: ciò è accaduto soprattutto in relazione a quelle disposizioni che, più direttamente, fanno riferimento ad un obbligo di protezione, come l'art. 2, par. 1, della CEDU, in virtù del quale "[e]veryone's right to life shall be *protected* by law"⁷⁰, o come l'art. 8, par. 1, della CEDU, secondo cui "[e]veryone has the right to *respect* for his private and family life, his home and his correspondence"⁷¹. Nella sentenza *Marckx*⁷², ad esempio, la Corte ha riconosciuto, fra l'altro, la violazione di detto art. 8 (diritto al rispetto della vita privata e familiare), in quanto le norme belghe avevano reso più complessa e costosa la formazione di un nucleo familiare composto da una madre e sua figlia, avuta fuori da un rapporto matrimoniale. Secondo la Corte, l'art. 8, anche da solo, fa sorgere in capo agli Stati obblighi positivi, esso implicando, nel caso specifico, "the existence in domestic law of legal safeguards that render possible as from the moment of birth the child's integration in his family"⁷³. La stessa emancipazione dall'art. 1 si trova nella celebre sentenza *Salman*, che invece riguarda la morte, per arresto cardiaco, di un detenuto all'interno di un carcere turco, per la quale la Grande Camera ha riconosciuto una violazione dell'art. 2 (diritto alla vita)⁷⁴.

La Corte, inoltre, ha individuato due categorie di obblighi positivi che gravano sugli Stati, l'una di natura sostanziale, l'altra di natura procedurale: lo Stato deve porre in essere tutte le azioni positive necessarie, nel primo caso, a prevenire la violazione di un diritto o, comunque, a garantirne la realizzazione; nel secondo, a porre rimedio ad una violazione già avvenuta, predisponendo procedure interne adeguate⁷⁵. A tal proposito, lampanti sono gli esempi che possono trarsi dalla giurisprudenza della Corte sul citato art. 2: nel giudicare se l'Italia avesse violato la CEDU in occasione della morte di Carlo Giuliani⁷⁶, durante il G8 tenutosi a Genova nel luglio del 2001, la Corte, oltre ad accertare il rispetto da parte dell'Italia degli obblighi negativi, che pure discendono dall'art. 2⁷⁷, ha altresì verificato, da una parte, se erano state adottate le misure legislative, amministrative e regolamentari necessarie a ridurre il più possibile gli effetti negativi dell'uso della forza e se l'organizzazione e la pianificazione delle operazioni di polizia erano compatibili con

2000, *Özgür Gündem c. Turchia*, par. 43, nonché, da ultimo, del 14 settembre 2010, *Dink c. Turchia*, par. 108, e del 12 settembre 2011, *Palomo Sánchez e altri c. Spagna (Palomo Sánchez)*, par. 59; per l'art. 11 (libertà di riunione e associazione) la sentenza del 21 giugno 1988, *Platform "Ärzte für das Leben" c. Austria*, par. 32, e, da ultimo, del 27 maggio 2010, *Biçici c. Turchia*, par. 54; per l'art. 1 del Protocollo n. 1 (protezione della proprietà) la sentenza del 14 ottobre 2008, *Blumberga c. Lettonia*, par. 67.

⁷⁰ Corsivo aggiunto.

⁷¹ Corsivo aggiunto.

⁷² Sentenza del 13 giugno 1979, *Marckx c. Belgio*.

⁷³ *Ivi*, par. 31.

⁷⁴ Sentenza del 27 giugno 2000, *Salman c. Turchia*, par. 97 ss.

⁷⁵ Fra le molte sentenze nella quali la Corte enuncia questo principio si rinvia a quella del 20 novembre 2004, *Öneryıldız c. Turchia*, paragrafi 89-96.

⁷⁶ Sentenza (Grande Camera) del 24 marzo 2011, *Giuliani e Gaggio c. Italia (Giuliani)*.

⁷⁷ Si trattava, per essi, di verificare che l'uso della forza non fosse stato illegittimo, alla luce della lettera dell'art. 2, secondo cui "[l]a morte non si considera cagionata in violazione del presente articolo se è il risultato di un ricorso alla forza resosi necessario (...) per garantire la difesa di ogni persona contro la violenza illegale".

l'obbligo di proteggere la vita umana⁷⁸; dall'altra, se le investigazioni sulle eventuali responsabilità erano state adeguate, il che ha comportato una profonda disamina di tutti gli aspetti procedurali, dalle condizioni nelle quali era avvenuto l'esame autoptico fino all'imparzialità di alcuni accertamenti operati dai Carabinieri, cui in effetti appartenevano i due pubblici ufficiali su cui le indagini si erano concentrate⁷⁹.

Infine, nel misurare obblighi sostanziali e procedurali, la Corte non ha tenuto conto soltanto di violazioni provenienti da organi dello Stato, bensì anche di quelle dovute a comportamenti di privati, sui quali lo Stato avrebbe però dovuto vigilare. Emblematico è il caso *Maiorano*⁸⁰, nel quale l'Italia è stata condannata, da un lato, per avere concesso e mantenuto il regime di semi-libertà a favore di Angelo Izzo, il quale avrebbe poi, di lì a pochi mesi, commesso, in concorso con due complici, l'omicidio di Maria Carmela Linciano e Valentina Maiorano⁸¹; dall'altro, per non avere condotto un procedimento disciplinare efficace nei confronti dei giudici di sorveglianza di Campobasso in quanto essi, a fronte delle informazioni in loro possesso, non si sono attivati per revocare il regime di semi-libertà⁸².

Tale precipitato della giurisprudenza della Corte sugli obblighi positivi ha inevitabilmente allargato il concetto stesso di responsabilità statale, la quale non può essere esclusa laddove sia più tenue il legame con la lesione di un diritto protetto dalla CEDU, proprio in quanto essa deriva direttamente da comportamenti di privati; si tratta del c.d. effetto orizzontale delle norme CEDU, in quanto esse finiscono per essere applicate dalla Corte in relazione a rapporti fra privati. In vero, occorre sempre rammentare che la Corte non esercita alcun sindacato sulla condotta dei privati, ma si "limita" a verificare che lo Stato, e solo questo, abbia fatto tutto ciò che doveva e poteva per evitare lesioni dei diritti umani realizzate tramite condotte private; è corretto dunque affermare che la Corte, così facendo, amplia la sfera di responsabilità statale, con la precisazione, però, che tale responsabilità deriva, pur sempre, da un comportamento imputabile allo Stato il quale, in questi casi, omette di porre in essere una determinata condotta, potendo ad esso attribuirsi una sorta di *culpa in vigilando*.

La giurisprudenza sugli obblighi positivi compare, in misura minore, anche nella prassi degli organi di controllo degli altri strumenti a difesa dei diritti umani. La Corte inter-americana dei diritti dell'uomo, ad esempio, li ha da tempo affermati in relazione, soprattutto, alle sparizioni forzate. Nella sentenza *Velásquez-Rodríguez*⁸³, detta Corte ha "condannato" l'Honduras per avere violato diverse disposizioni della Convenzione americana, fra cui quelle che proteggono la vita e la libertà personale, in quanto, tra l'altro, gli organi competenti non avevano fatto assolutamente nulla per indagare sulla sparizione di Manfredo Velásquez, uno stu-

⁷⁸ Sentenza *Giuliani*, par. 157 ss., in linea con quanto deciso dalla Camera nella sentenza del 25 agosto 2009, *Giuliani*, par. 204 ss.

⁷⁹ Sentenza *Giuliani*, par. 263 ss. Qui, in vero, la Grande Camera ha ribaltato il giudizio della Camera, la quale aveva riconosciuto la responsabilità italiana in quanto "the investigation was not adequate in that it did not seek to determine who had been responsible for that situation" (par. 253).

⁸⁰ Sentenza del 15 dicembre 2009, *Maiorano e altri c. Italia*.

⁸¹ *Ivi*, par. 103 ss.

⁸² *Ivi*, par. 123 ss.

⁸³ Sentenza del 29 luglio 1988, *Velásquez-Rodríguez c. Honduras (Velásquez-Rodríguez)*.

dente universitario arrestato per reati politici a Tegucicalpa, all'inizio degli anni Ottanta. Secondo la Corte, infatti, “[a]n illegal act which violates human rights and which is initially not directly imputable to a State (for example, because it is the act of a private person or because the person responsible has not been identified) can lead to international responsibility of the State, not because of the act itself, but because of the lack of due diligence to *prevent* the violation or to *respond* to it as required by the Convention”⁸⁴.

Il percorso seguito dalla Corte inter-americana è del tutto speculare a quello che, dall'altra parte dell'Atlantico, da tempo era stato imboccato dalla Corte di Strasburgo: anche i giudici di San José, infatti, hanno utilizzato il grimaldello costituito dalla clausola generale che impegna gli Stati al rispetto dei diritti contemplati dalla Convenzione americana, presente, come nella CEDU, anche qui nell'art. 1⁸⁵. Siffatta norma implica, a giudizio della Corte, oltre ad un obbligo negativo, l'obbligo positivo “to ‘ensure’ the free and full exercise of the rights recognized by the Convention to every person subject to its jurisdiction. This obligation implies the duty of States Parties to organize the governmental apparatus and, in general, all the structures through which public power is exercised, so that they are capable of juridically ensuring the free and full enjoyment of human rights. As a consequence of this obligation, the States must prevent, investigate and punish any violation of the rights recognized by the Convention and, moreover, if possible attempt to restore the right violated and provide compensation as warranted for damages resulting from the violation”⁸⁶.

Sulla stessa lunghezza d'onda, il Comitato del Patto sui diritti civili e politici ha affermato, nel suo Commento generale all'art. 7⁸⁷, che vieta la tortura e i trattamenti o le pene inumani o degradanti, l'obbligo degli Stati parte di investigare rapidamente e in modo imparziale sulle violazioni di detta norma; peraltro, anche il Comitato si è valso della clausola generale che impone agli Stati il rispetto del Patto, contenuta nel suo art. 2, par. 3. Il principio affermato nel Commento generale ha avuto un seguito anche nelle “considerazioni” del Comitato scaturite da alcune comunicazioni individuali⁸⁸.

Non va infine dimenticato che, seppur incidentalmente e a margine dei due fenomeni appena descritti, la Corte di Strasburgo ha, talvolta, finito col proteggere tipici diritti di seconda generazione: la tecnica utilizzata è stata quella di associare (quasi sempre) un diritto della CEDU al suo art. 14, che prevede il divieto di discriminazione in relazione ai diritti contenuti nella CEDU stessa; in talune di queste

⁸⁴ *Ivi*, par. 172 (corsivo aggiunto).

⁸⁵ “The States Parties to this Convention undertake to respect the rights and freedoms recognized herein and to ensure to all persons subject to their jurisdiction the free and full exercise of those rights and freedoms, without any discrimination for reasons of race, color, sex, language, religion, political or other opinion, national or social origin, economic status, birth, or any other social condition”.

⁸⁶ Sentenza *Velásquez-Rodríguez*, par. 166. Per gli altri casi relativi all'esistenza di obblighi positivi in capo agli Stati, si vedano, *ex multis*, le sentenze del 15 settembre 2005, “*Mapiripán Massacre*” c. *Colombia*, spec. par. 11 ss., e, per un caso più recente, del 24 febbraio 2011, *Gelman c. Uruguay*, spec. par. 183 ss.

⁸⁷ Commento generale n. 20, del 10 marzo 1992, *Art. 7 sul divieto della tortura e dei trattamenti o delle pene crudeli*, spec. par. 14.

⁸⁸ Vedi, per tutte, le considerazioni del Comitato dei diritti umani del 28 marzo 2006, comunicazione n. 1159/2003, *Miriam Sankara e altri c. Burkina Faso*, spec. par. 6.3.

sentenze, inoltre, la Corte fa leva anche sul concetto di obblighi positivi degli Stati. Grazie a questa giurisprudenza la Corte è riuscita a condurre sotto la tutela della CEDU fattispecie che ricadono, più propriamente, nella disciplina del diritto sanitario⁸⁹, del diritto della previdenza e della sicurezza sociale⁹⁰, o del diritto del lavoro.

Limitando l'analisi ai casi più direttamente riguardanti il diritto del lavoro, già nella sentenza *Thlimmenos* la Corte ha censurato una norma greca che, nell'impedire l'accesso alla professione di commercialista a chi avesse subito una condanna penale, non distingueva fra chi avesse commesso il reato per obbedire a precetti religiosi e chi lo avesse commesso per altre ragioni, violando così l'art. 9 della CEDU (libertà di pensiero, coscienza e religione), letto assieme all'art. 14⁹¹. In due casi, del tutto speculari, i ricorrenti, licenziati entrambi da impieghi pubblici per avere lavorato nel KGB, lamentavano l'impossibilità, prevista dalle norme lituane, di essere assunti anche per alcuni impieghi nel settore privato; la Corte ha ritenuto che tale divieto discriminatorio violasse l'art. 8 della CEDU, in combinato con l'art. 14, in quanto "a far-reaching ban on taking up private sector employment does affect 'private life'"⁹². È opportuno notare, peraltro, che la Corte, nel verificare se la fattispecie sottopostale rientrasse nell'art. 8, ha fatto riferimento alla Carta sociale europea, ribadendo, come in altre occasioni, che "there is no watertight division separating the sphere of social and economic rights from the field covered by the Convention"⁹³.

In un caso più recente, la Corte era alle prese con una norma greca che impedisce ai cittadini non europei di accedere alla professione d'avvocato: qui, benché abbia escluso una violazione dell'art. 8 insieme all'art. 14, la Corte ha ritenuto che il rifiuto dell'Ordine degli avvocati di Atene di ammettere la ricorrente, cittadina russa, all'esame di avvocato dopo averle consentito, erroneamente, di svolgere il necessario tirocinio di diciotto mesi, violasse l'art. 8, singolarmente considerato⁹⁴.

Tale giurisprudenza non ha investito unicamente l'accesso al lavoro, ma anche altri aspetti della materia. Alcune sentenze della Corte si spingono fino alla tutela contro il

⁸⁹ Si vedano, fra le altre, la sentenza del 2 maggio 1997, *D. c. Regno Unito*; la decisione del 26 ottobre 1999, *Torquil Dick Erikson c. Italia*; la sentenza del 17 gennaio 2002, *Calvelli e Ciglio c. Italia*; e la sentenza del 30 settembre 2003, *Koua Poirrez c. Francia*.

⁹⁰ I casi che ricadono nella disciplina della previdenza e della sicurezza sociale sono moltissimi e, per tutti, la Corte è ricorsa all'art. 14 della CEDU. Per citare solo i più recenti, si vedano le sentenze dell'8 dicembre 2009, *Muñoz Díaz c. Spagna*; del 2 novembre 2010, *Şerife Yiğit c. Turchia*; del 17 febbraio 2011, *Andarle c. Repubblica ceca*; e del 7 luglio 2011, *Stummer c. Austria*.

⁹¹ Sentenza del 6 aprile 2000, *Thlimmenos c. Grecia*. Essa, in vero, pur non richiamando espressamente l'art. 1 della CEDU, allude timidamente agli obblighi positivi dello Stato: "[t]he Court has so far considered that the right under Article 14 not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is violated when States treat differently persons in analogous situations without providing an objective and reasonable justification (...). However, the Court considers that this is not the only facet of the prohibition of discrimination in Article 14. The right not to be discriminated against in the enjoyment of the rights guaranteed under the Convention is also violated when States without an objective and reasonable justification fail to treat differently persons whose situations are significantly different" (*ivi*, par. 44).

⁹² Sentenza del 27 luglio 2004, *Sidabras e Džiautas c. Lituania (Sidabras)*, par. 47. Più recentemente, in casi del tutto analoghi, si vedano le sentenze del 7 aprile 2005, *Rainys e Gasparavičius c. Lituania*, e del 7 aprile 2009, *Žičkus c. Lituania*.

⁹³ Sentenza *Sidabras*, par. 47.

⁹⁴ Sentenza del 28 maggio 2009, *Bigaeva c. Grecia*, spec. par. 30 ss.

licenziamento: famoso è un gruppo di ricorsi diretti contro il Regno Unito, colpevole di escludere gli omosessuali dalle forze armate, e nei quali la Corte ha accertato una violazione dell'art. 8, peraltro, anche qui, preso da solo e non in combinazione con l'art. 14⁹⁵. In altri casi, la Corte ha censurato il licenziamento anche quando esso era dovuto a ragioni diverse dall'orientamento sessuale: nella sentenza *Vogt*, essa ha ritenuto che le autorità tedesche, nel licenziare la ricorrente che, essendo iscritta al Partito comunista tedesco, era venuta meno all'obbligo di lealtà cui è tenuto ogni funzionario pubblico, avevano violato l'art. 10 della CEDU, che protegge la libertà di espressione⁹⁶.

In un caso più recente⁹⁷, la Corte, attingendo abbondantemente alla propria giurisprudenza sugli obblighi positivi, è arrivata a sindacare la condotta della Spagna, la quale non avrebbe provveduto a proteggere adeguatamente la libertà di espressione di due individui, licenziati da una compagnia privata per avere pubblicato, in qualità di membri del sindacato, un documento offensivo della reputazione di alcuni loro superiori; benché la Corte giudichi i licenziamenti non sproporzionati, essa ritiene, nonostante siano stati decisi da un privato, che “[t]he responsibility of the authorities would nevertheless be engaged if the facts complained of stemmed from a failure on their part to secure to the applicants the enjoyment of the right enshrined in Article 10 of the Convention”⁹⁸. In questa sentenza forte è il legame con l'art. 11 (libertà di riunione e di associazione), tanto che la Corte interpreta l'art. 10 proprio attraverso detta norma.

Solo sull'art. 11 si basa, invece, la sentenza *Trofimchuk*⁹⁹, nella quale la Corte ha però ritenuto che il licenziamento della ricorrente, dovuto ad un'assenza di due ore dal posto di lavoro per partecipare ad un picchetto contro l'azienda municipale per la quale lavorava e senza seguire la procedura prescritta dalla legge, non fosse sproporzionato. La Corte ha utilizzato anche un'altra norma della CEDU, e cioè l'art. 9 (libertà di pensiero, di coscienza e di religione): nella sentenza *Ivanova*¹⁰⁰, essa ha ritenuto che un'impiegata presso una scuola fosse stata illegittimamente licenziata, in quanto il provvedimento si doveva all'appartenenza della ricorrente ad un gruppo cristiano evangelico che, dopo il rifiuto delle autorità di registrarlo fra le organizzazioni *non-profit* impegnate in attività religiose, era entrato in clandestinità. La Corte, infine, ha spaziato anche in altri ambiti del diritto del lavoro, oltre a quello dell'accesso e del licenziamento: l'entità del salario¹⁰¹, i diritti sindacali, ivi compreso quello a non far parte di un sindacato¹⁰².

⁹⁵ Vedi le sentenze del 27 settembre 1999, *Lustig-Prean e Beckett c. Regno Unito*, e, dello stesso giorno, *Smith e Grady c. Regno Unito*; vedi pure le sentenze del 22 ottobre 2002, *Perkins e R. c. Regno Unito*, e, dello stesso giorno, *Beck, Copp e Bazeley c. Regno Unito*.

⁹⁶ Sentenza del 26 settembre 1995, *Vogt c. Germania*; anche qui, peraltro, la Corte non ha ritenuto di doversi valere dell'art. 14.

⁹⁷ Sentenza *Palomo Sánchez*.

⁹⁸ *Ivi*, par. 60. Per casi simili si vedano le sentenze del 26 luglio 2007, *Peev c. Bulgaria*; del 12 febbraio 2008, *Guja c. Moldova*; del 26 febbraio 2009, *Kudeshkina c. Russia*; del 21 luglio 2011, *Heinisch c. Germania*.

⁹⁹ Sentenza del 28 ottobre 2010, *Trofimchuk c. Ucraina*.

¹⁰⁰ Sentenza del 12 aprile 2007, *Ivanova c. Bulgaria*.

¹⁰¹ Si vedano le sentenze dell'11 aprile 2002, *Smokovitis e altri c. Grecia*, e del 30 novembre 2004, *Mykhaylenky e altri c. Ucraina*.

¹⁰² Per tutte, vedi la sentenza del 13 agosto 1981, *Young, James e Webster c. Regno Unito*.

La lettura tradizionale del rapporto esistente fra le prime due generazioni di diritti umani è, dunque, per molti versi, da considerarsi superata: i diritti civili e politici sono del tutto permeabili ad istanze provenienti dai diritti economici, sociali e culturali; non esiste alcuna precisa equivalenza fra diritti civili e politici e obblighi negativi; la natura “giustiziabile” dei diritti umani non dipende dalla natura negativa o positiva degli obblighi incombenti sugli Stati. Se ciò è vero, occorre però avvertire che l’“antico feticcio” non può essere liquidato troppo frettolosamente, ma solo ridimensionato: non è, infatti, dubbio che un obbligo negativo sia più semplice da rispettare, sia più facilmente “giustiziabile” (non a caso, si tratta del tipico esempio di norma *self-executing*) e che, del resto, esso si associ, grosso modo, ai diritti di prima generazione.

Abstract

The First Two Generations of Human Rights: Origin, Evolution and Recent Practice

This article deals with the evolution of the relationship between, on the one hand, the first two generations of human rights (i.e. civil and political ones, and economic, social and cultural ones) and, on the other hand, negative and positive duties of States. After a deep analysis of the origins of the first two generations of human rights, both within the United Nations and in the regional international organizations, such as the Council of Europe, the Organization of American States and the African Union, this paper identifies the elements that have weakened, over the years, the traditional difference between the first two generations of human rights, i.e. the importance of mechanisms of protection associated to each of those generations and, most of all, case-law coming from the same mechanisms. In particular, this paper underlines the importance of the doctrine of positive obligations.

Marinella Giannelli*

La “condizionalità democratica” nell’Unione europea e la sua applicabilità alle istituzioni finanziarie internazionali

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. Origini del ricorso alla clausola democratica nell’UE: le prime basi della *human rights policy* esterna. – 3. I diritti umani come “elemento essenziale”. – 4. La *human rights conditionality* nei programmi e nelle preferenze tariffarie UE. – 5. Recenti sviluppi nella *human rights policy* esterna dell’UE. – 6. Il ricorso alla condizionalità da parte delle IFI. – 7. Condizionalità e diritti umani nelle operazioni delle IFI. – 8. Una *human rights conditionality* per le IFI. – 9. Considerazioni conclusive.

1. Molte organizzazioni internazionali i cui obiettivi annoverano la crescita economica, lo sviluppo e la stabilità degli Stati ricorrono nelle loro operazioni di assistenza tecnica, economica o finanziaria ad uno strumento assimilabile alle garanzie richieste da qualsiasi creditore per assicurare un prestito: la condizionalità. Il ricorso a tale strumento, introdotto dalle istituzioni finanziarie internazionali (IFI)¹ a partire dagli anni '70, solleva rilevanti problematiche di diritto internazionale pubblico, tra le quali quella del delicato rapporto tra condizionalità e tutela dei diritti umani fondamentali. Nell’ambito del vivace dibattito dottrinale sulla riforma delle IFI, particolare enfasi viene, infatti, data ad un ripensamento della condizionalità per fare sì che essa non costituisca un ostacolo al godimento dei diritti fondamentali ma sia uno strumento atto ad incoraggiarne il rispetto. Lo scopo del presente lavoro è quello di valutare l’applicabilità per le IFI del modello di condizionalità legata ai diritti umani, ai principi democratici ed allo Stato di diritto (c.d. condizionalità democratica o *human rights conditionality*) adottato dall’Unione europea nelle sue relazioni con i Paesi terzi.

2. L’obiettivo della promozione dei diritti fondamentali, dei principi democratici e dello Stato di diritto nelle relazioni esterne dell’UE, riaffermato dal Trattato

* Dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell’Unione europea dell’Università degli studi di Bari Aldo Moro.

¹ Nel presente lavoro vengono considerate le istituzioni finanziarie internazionali a vocazione universale: il Fondo monetario internazionale e la Banca internazionale per la ricostruzione e lo sviluppo (in seguito: Banca mondiale).

sull'Unione europea (TUE)², è attuato attraverso due strumenti principali: il primo consiste nell'inserimento di clausole specifiche negli accordi internazionali con i Paesi terzi (c.d. clausola democratica), il secondo ha carattere unilaterale e si attua attraverso l'adozione di programmi da parte dell'UE che prevedono particolari incentivi o trattamenti preferenziali.

Per quanto riguarda il primo strumento, la prassi dell'inserimento della clausola democratica negli accordi internazionali si è sviluppata in particolar modo nelle relazioni con i Paesi dell'Africa, Caraibi e Pacifico (ACP), a partire dagli anni '70. Nel 1977, la Comunità decise di bloccare gli aiuti in favore dell'Uganda, erogati sulla base della Convenzione di Lomé I³, in seguito alle massicce violazioni dei diritti umani perpetrate dal regime di Idi Amin. Tuttavia, in quella circostanza, la Comunità non sospese l'intera Convenzione e continuò ad erogare gli aiuti destinati ai progetti di carattere umanitario⁴.

La medesima procedura seguita nel caso dell'Uganda ha caratterizzato, per tutta la seconda metà degli anni '70, la prassi della CEE in risposta alle gravi violazioni dei diritti umani ad opera di altri governi di Paesi ACP. Tale prassi era, tuttavia, caratterizzata dalla mancanza di una base giuridica adeguata a giustificare la sospensione degli aiuti e si concretizzò – di fatto – in decisioni unilaterali, non precedute da alcuna consultazione o dialogo con la controparte⁵.

Il quadro giuridico di riferimento rimase sostanzialmente invariato fino alla conclusione della IV Convenzione di Lomé, per una serie di motivi. In primo luogo, vista la natura strettamente economica sia della Comunità sia dei rapporti di cooperazione instaurati, la stessa CEE era riluttante ad includere tematiche non economiche negli accordi con i Paesi ACP⁶. In secondo luogo, vi erano forti disaccordi interni tra gli Stati membri della Comunità sulla portata e sugli effetti che eventuali

² In seguito alla riforma di Lisbona sono oggi rintracciabili, nel TUE, due riferimenti specifici ai diritti umani nelle relazioni esterne dell'Unione europea: il primo nell'art. 5, par. 3; il secondo nell'art. 21. La principale novità di tali disposizioni è costituita dal fatto che mentre in precedenza i diritti umani, le libertà fondamentali, i principi democratici e lo Stato di diritto erano enunciati tra le finalità solo di alcune delle politiche della Comunità europea (cooperazione allo sviluppo; cooperazione economica, finanziaria e tecnica con i Paesi terzi; politica estera e di sicurezza comune), oggi tali elementi sono posti a fondamento di tutte le azioni esterne dell'Unione. Sul punto cfr. E. REBASTI, *Oltre la politica di condizionalità: l'azione esterna dell'Unione europea e il rispetto delle norme imperative di diritto internazionale*, in A. CALIGURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), *La tutela dei diritti umani in Europa*, Padova, 2010, p. 173 ss. Per un'attenta disamina dei nuovi profili delle relazioni esterne dell'UE dopo la riforma di Lisbona, ed in particolare nelle relazioni con i PVS, si veda E. BARONCINI, S. CAFARO, C. NOVI, *Le relazioni esterne dell'Unione europea*, Torino, 2012, p. 163 ss.

³ La Convenzione di Lomé I, che regolava le relazioni CEE-ACP dal 1975, è rimasta in vigore fino al 1980, quando è stata sostituita dalla Convenzione di Lomé II. La Convenzione di Lomé III è entrata in vigore nel 1985 ed è stata sostituita dalla Convenzione di Lomé IV, nel 1990. La validità della quarta Convenzione di Lomé era di dieci anni, ad essa è poi succeduto l'Accordo di Cotonou firmato il 23 giugno 2000 ed entrato in vigore il 1° aprile 2004 (pubblicato in *GUCE* L 317, 15 dicembre 2000, p. 3 ss.), che ancora oggi regola i rapporti UE-Paesi ACP, pur se con periodiche revisioni.

⁴ Cfr. Dichiarazione del Consiglio sulla situazione in Uganda, del 21 giugno 1977, in *Bollettino CE*, 1977, n. 6, pp. 77-78.

⁵ Cfr. E. FIERRO, *The EU's Approach to Human Rights Conditionality in Practice*, The Hague-London-New York, 2003, pp. 46-47.

⁶ D. J. MARANTIS, *Human Rights, Democracy, and Development: The European Community Model*, in *Harvard Human Rights Journal*, 1994, p. 5.

clausole sul rispetto dei diritti fondamentali avrebbero dovuto avere⁷. Infine, vi era una decisa opposizione da parte degli Stati ACP, i quali consideravano il ricorso a tali clausole un'ingerenza nei loro affari interni⁸.

Fu solo nel 1989, con la conclusione della IV Convenzione di Lomé, che venne inserita – per la prima volta – una clausola sul rispetto dei diritti umani nel corpo dell'Accordo, più precisamente all'art. 5. Detto articolo introduceva un meccanismo *positivo* di incentivazione al rispetto dei diritti umani e delle libertà fondamentali senza, tuttavia, prevedere l'adozione di eventuali misure sanzionatorie in caso di violazioni⁹.

Dopo il crollo del regime sovietico e la nascita di nuovi Stati indipendenti intorno ai propri confini, la Comunità europea avvertì l'esigenza di sviluppare meccanismi uniformi per rafforzare la tutela dei principi democratici e dei diritti fondamentali nei Paesi terzi. Tale esigenza si tradusse nell'approvazione, nel 1991, della comunicazione sui diritti umani, la democrazia e la cooperazione allo sviluppo¹⁰. Detta comunicazione poneva sostanzialmente le primissime basi per l'istituzione di una *human rights policy* esterna della Comunità, fondata sulla consapevolezza dell'importanza di consolidare i sistemi democratici al di là delle proprie frontiere, attraverso la garanzia non solo dei diritti civili e politici, ma anche di quelli economici e sociali.

Nello stesso periodo la tutela dei diritti umani nelle relazioni esterne fu oggetto di attenzione anche del Consiglio europeo di Lussemburgo¹¹ che adottò una dichiarazione alla quale seguì una risoluzione del Consiglio dei ministri; questa tracciava le linee guida per l'adozione di un approccio comune, da parte della Comunità e degli Stati membri, nella promozione dei diritti umani e della democrazia nei PVS¹². Aspetto peculiare della risoluzione era il riferimento all'adozione di misure appropriate (ivi compresa, se necessario, la *sospensione* della cooperazione) da applicare, secondo criteri di oggettività e proporzionalità, nei casi in cui si fossero verificate gravi violazioni dei diritti fondamentali¹³. Un altro aspetto rilevante era la previsione che legittimava esplicitamente, per la prima volta, l'inclusione di clau-

⁷ Inoltre, i Paesi ACP sostenevano che la tutela dei diritti umani potesse essere utilizzata in maniera imparziale come "arma", da parte degli Stati CEE, per diminuire gli aiuti ad alcuni Stati politicamente "allineati" con l'Unione sovietica e che la CEE stessa avrebbe potuto rendersi responsabile di violazioni dei diritti fondamentali, specialmente quelli economici, sociali e culturali. Cfr. E. FIERRO, *op. cit.*, p. 51.

⁸ A. YOUNG-ANAWATY, *Human Rights and the ACP-EEC Lomé II Convention: Business as Usual at the EEC*, in *New York University Journal of International Law and Politics*, 1980-1981, p. 79 ss.

⁹ Di conseguenza, pur rappresentando una sostanziale evoluzione rispetto al passato, la IV Convenzione di Lomé non risolveva il problema della legittimità delle eventuali misure di ritorsione adottate dalla Comunità per far fronte a violazioni dei diritti e delle libertà fondamentali. Sul punto cfr. A. TIZZANO, *L'azione dell'Unione europea per la promozione e la protezione dei diritti umani*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1999, p. 149 ss.

¹⁰ Comunicazione della Commissione europea, del 25 marzo 1991, in materia di diritti dell'uomo, democrazia e politica della cooperazione allo sviluppo, SEC(61)91, in *Bollettino CE*, 1991, n. 3, p. 6 ss.

¹¹ Dichiarazione del Consiglio europeo di Lussemburgo, del 28-29 giugno 1991, concernente i diritti umani, in *Bollettino CE*, 1991, n. 6, p. 6.

¹² Risoluzione del Consiglio e degli Stati membri riuniti in sede di Consiglio, del 28 novembre 1991, concernente i diritti umani, la democrazia e lo sviluppo, in *Bollettino CE*, 1991, n. 11, pp. 122-123.

¹³ *Ivi*, par. 7.

sole sul rispetto dei diritti fondamentali negli accordi di cooperazione con i Paesi terzi¹⁴. Per tali motivi, la risoluzione del Consiglio ha assunto un ruolo particolarmente significativo nell'affermazione di una *human rights policy* europea ed ha rappresentato il primo esempio di coordinamento tra le politiche di cooperazione allo sviluppo dei singoli Stati membri della Comunità¹⁵.

3. A partire dal 1992, il ricorso ad una clausola sul rispetto dei diritti umani e dei principi democratici negli accordi di cooperazione con i PVS divenne una prassi costante della CEE, la cui legittimità fu poi ulteriormente garantita e rafforzata dall'entrata in vigore del TUE, che menzionava esplicitamente le suddette materie tra gli obiettivi generali della cooperazione allo sviluppo e della Politica estera e di sicurezza comune¹⁶.

Aspetto peculiare della prassi della Comunità europea negli anni immediatamente successivi all'entrata in vigore del Trattato di Maastricht è stata l'inclusione di clausole sul rispetto di tali diritti e principi sotto forma di "elemento essenziale" dell'accordo con lo Stato *partner*, con la previsione di un meccanismo di sospensione ad esse associato¹⁷. Questo meccanismo, nei primi trattati di cooperazione,

¹⁴ *Ivi*, par. 10.

¹⁵ Tra gli aspetti significativi della risoluzione in parola D. J. MARANTIS, *op. cit.*, pp. 9-10, identifica, inoltre: *i*) il riferimento alle azioni sia positive sia negative che la Comunità avrebbe potuto intraprendere; *ii*) la pari considerazione riconosciuta ai diritti civili e politici ed a quelli economici, sociali e culturali; *iii*) l'estensione dell'importanza del rispetto dei diritti fondamentali alla cooperazione con *tutti* i PVS, e non solo con i Paesi ACP. Sul carattere innovativo, rispetto al passato, della Convenzione del 1991 si veda anche A. P. PILLITU, *La tutela dei diritti dell'uomo e dei principi democratici nelle relazioni della Comunità e dell'Unione europea con gli Stati ACP*, Torino, 2003, p. 71 ss.

¹⁶ Cfr. art. J.1, co. 2, e art. 130 U, co. 2, TUE. È la stessa Corte di giustizia a riconoscere che l'art. 130 U (divenuto art. 177, co. 2 del TCE al momento della sentenza e oggi art. 208 TFUE) costituisce la base giuridica per includere clausole sul rispetto dei diritti umani negli accordi di cooperazione allo sviluppo con Paesi terzi. Nel caso specifico, la Corte ha respinto l'argomentazione del Portogallo, il quale sosteneva che l'allora art. 177, co. 2, legittimasse l'inclusione dei diritti umani solo come "obiettivo generale" (*general objective*) dell'accordo di cooperazione con uno Stato terzo; invece, l'inclusione degli stessi in una clausola "elemento essenziale" dell'accordo avrebbe richiesto come base giuridica non l'art. 177, co. 2, bensì l'allora art. 308 e – quindi – la regola dell'unanimità nel processo decisionale in seno al Consiglio. Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 3 dicembre 1996, causa C-268/94, *Portogallo c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-6177, punto 23 ss.

¹⁷ In questa maniera, il mancato rispetto dei diritti fondamentali e dei principi di democrazia, considerati un elemento essenziale dell'accordo, avrebbe potuto configurarsi come una violazione materiale del medesimo, per cui avrebbe legittimato una delle due parti a sospenderlo, in tutto o in parte. Tale clausola è in linea con l'art. 60 della Convenzione di Vienna, del 23 maggio 1969, sul diritto dei trattati. Sull'inserimento della clausola democratica come "elemento essenziale" vi è una copiosa bibliografia. A titolo esemplificativo, si vedano: K. E. SMITH, *The Use of Political Conditionality in the EU's Relations with Third Countries: How Effective?*, in *European Foreign Affairs Review*, 1998, pp. 253-274; S. ANGIOI, *Genesi ed evoluzione del "principio di condizionalità" nella politica commerciale e nella politica di cooperazione allo sviluppo della Comunità europea*, in *Rivista internazionale dei diritti dell'uomo*, 1999, p. 458 ss.; L. BARTELS, *Human Rights Conditionality in the EU's International Agreements*, Oxford, 2002; E. CANNIZZARO, *The Scope of EU Foreign Power. Is the EC Competent to Conclude Agreements with Third States Including Human Rights Clauses?*, in E. CANNIZZARO (ed.), *The European Union as an Actor in International Relations*, The Hague-London-New York, 2002; U. VILLANI, *Il diritto allo sviluppo: diritto umano e dei popoli*, in U. VILLANI, *Studi su La protezione internazionale dei diritti umani*, Roma, 2005, p. 75 ss., in specie p. 86 ss.; L. APPICCIAFUOCO, *L'Unione europea e la condizionalità democratica*

era immediato e quasi automatico¹⁸. Tuttavia, dopo breve tempo, si decise di subordinare la sospensione dell'accordo ad una fase di consultazione tra le parti (fatti salvi i casi di particolare urgenza), affinché la clausola risultasse in linea con il principio consuetudinario *pacta sunt servanda* e con l'art. 65 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati¹⁹.

La decisione di attribuire particolare forza alle clausole sul rispetto dei diritti fondamentali e dei principi democratici, conferendo loro il carattere di "elemento essenziale", va, ad ogni modo, interpretata sempre alla luce dell'approccio positivo adottato dalla CEE, prima, e dall'Unione europea poi. Le clausole "elemento essenziale" sono state, infatti, concepite come un veicolo per la promozione di valori ritenuti universali più che come uno strumento per imporre agli Stati terzi il rispetto di determinate norme o l'adozione di specifici comportamenti²⁰.

Nell'ambito del nuovo regime di cooperazione allo sviluppo instauratosi a partire dal 1991, particolare rilievo hanno avuto i diritti umani nelle relazioni con i Paesi ACP; sulla base di tali rapporti, infatti, la Comunità prima e l'Unione poi hanno potuto affinare lo strumento della clausola democratica.

Come accennato in precedenza, solo con la IV Convenzione di Lomé venne inserita, all'art. 5, una clausola sul rispetto dei diritti fondamentali e dei principi democratici. Tale clausola, divenuta "elemento essenziale" in seguito alla modifica della Convenzione del 1998²¹, è stata poi ripresa, ed ampliata, in occasione della conclusione, nel 2000, dell'Accordo di Cotonou. L'art. 9 di detto Accordo prevede che il rispetto per i diritti umani, i principi democratici²² e lo Stato di diritto costitu-

nelle relazioni con i Balcani occidentali, in *Studi sull'integrazione europea*, 2010 p. 492 ss.; L. S. Rossi, *Democrazia e diritti fondamentali: coerenza dell'azione esterna dell'Unione europea e politica estera verso il Mediterraneo*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo, Le regole per la costruzione di una società integrata. Atti del XIV convegno SIDI*, Napoli, 2010, pp. 517-542.

¹⁸ Si tratta di quella che venne definita "clausola baltica", in quanto inserita negli accordi di cooperazione con gli Stati baltici e con l'Albania, entrati in vigore nel 1992. A titolo esemplificativo si veda l'art. 21 dell'Accordo tra la Comunità Economica Europea e la Repubblica di Albania sugli scambi e sulla cooperazione commerciale ed economica, *GUCE* L 343, 25 novembre 1992, p. 2 ss.

¹⁹ Questa seconda clausola venne definita "clausola bulgara", in quanto inserita per la prima volta negli accordi di cooperazione con la Bulgaria e la Romania, e prevedeva, prima dell'effettiva sospensione degli stessi, un momento di consultazione tra le parti finalizzato all'individuazione di una soluzione alternativa. A titolo esemplificativo si veda l'art. 118, co. 2, dell'Accordo europeo che istituisce un'associazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Bulgaria, dall'altra, *GUCE* L 358, 31 dicembre 1994, p. 3 ss.

²⁰ Tale orientamento è desumibile da una comunicazione del 1995, che specificava che la politica di includere clausole "elemento essenziale" non dovesse essere considerata come "(...) un modo di imporre condizioni". Cfr. comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, del 22 novembre 1995, *L'Unione europea e gli aspetti esterni della politica in materia di diritti dell'uomo*: da Roma a Maastricht e oltre, COM(95)567 def., par. 63.

²¹ L'accordo di modifica della quarta Convenzione di Lomé, in vigore dal 1998, ha introdotto la clausola "elemento essenziale" (art. 5) e la clausola c.d. "di inadempienza" (art. 366 *bis*), complementare alla prima, che regolava la procedura da seguire in caso di violazioni gravi e persistenti dei diritti umani. Le possibili azioni da intraprendere in seguito a tali violazioni andavano dalle semplici consultazioni alla sospensione totale o parziale dell'Accordo. Cfr. Accordo che modifica la quarta convenzione ACP-CE firmato a Maurizio il 4 novembre 1995, *GUCE* L 156, 29 maggio 1998, p. 3 ss.

²² A tal proposito, D. C. HORNG, *The Human Rights Clause in the European Union's External Trade and Development Agreements*, in *European Law Journal*, 2003, pp. 679-680, fa notare come la scelta di

iscano elementi essenziali dell'Accordo e che l'adesione ai principi di *good governance* costituisca, invece, un elemento fondamentale²³.

Il meccanismo di consultazione e di eventuale adozione di misure correttive nei casi in cui si verificano violazioni dei diritti fondamentali ed interruzioni del processo democratico, collegato al summenzionato art. 9, è enunciato, invece, all'art. 96²⁴.

A differenza delle clausole “elemento essenziale” contenute in molti altri accordi di cooperazione, è il caso di sottolineare come nelle relazioni con i Paesi ACP l'adozione di contromisure, in quanto subordinata esclusivamente al fallimento delle consultazioni (o al rifiuto dell'altra parte di avviarle), sia da intendersi come *ultima ratio*: ciò dovrebbe permettere all'UE di esercitare pressioni affinché sia lo Stato stesso ad adottare misure riparatorie²⁵.

L'Accordo di Cotonou, al quale partecipano l'UE e 79 Stati ACP, rappresenta senza dubbio il ricorso più significativo alla clausola democratica da parte dell'UE. Per quanto riguarda gli accordi di cooperazione conclusi con Stati appartenenti ad altre aree geografiche l'utilizzo di questo tipo di strumento – pur essendo senza ombra di dubbio diffuso – non può, però, definirsi universale. In particolare, quasi nulla è la previsione di suddette clausole negli accordi conclusi con i Paesi c.d. “industrializzati”²⁶. Altro aspetto degno di nota, e suscettibile di sollevare qualche critica, è l'esistenza di accordi commerciali relativi a settori specifici nei quali non vi è alcun riferimento ai diritti umani o ai principi democratici. Ciò accade anche in settori (come il tessile e l'agricoltura), nei cui processi produttivi le violazioni dei diritti fondamentali sono molto frequenti, spesso con il silenzio-assenso delle auto-

ricorrere all'espressione “principi democratici”, invece che “democrazia”, denoti la volontà delle parti contraenti di enfatizzare l'importanza dei *principi* che sovrintendono ad un'organizzazione dello Stato che permetta il godimento dei diritti e delle libertà fondamentali, lasciando libero ciascun governo di sviluppare il proprio modello per raggiungere tale obiettivo.

²³ Per approfondimenti sulla clausola democratica nell'Accordo di Cotonou si vedano F. RASPADORI, *Diritti umani e cooperazione allo sviluppo nella Convenzione di Cotonou: la clausola di condizionalità quasi “perfetta”*, in *I diritti dell'uomo, cronache e battaglie*, 2004, p. 5 ss.; C. NOVI, *Il concetto di partenariato e le relazioni esterne economiche dell'Unione europea*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia. Liber amicorum in onore di Paolo Picone*, Napoli, 2011, p. 79 ss.; E. BARONCINI, S. CAFARO, C. NOVI, *op. cit.*, p. 176 ss.

²⁴ L'art. 96 prevede che, dopo aver fatto ricorso agli strumenti di dialogo previsti dall'art. 8, venga avviata una procedura di consultazione. Qualora questa non abbia un esito ritenuto soddisfacente dalle parti, o nei casi di particolare urgenza, l'articolo in parola autorizza l'adozione di misure appropriate.

²⁵ E. FIERRO, *op. cit.*, p. 317.

²⁶ Si pensi che, su 34 Stati membri dell'Organizzazione per la cooperazione e lo sviluppo economico – tra i quali vi sono i Paesi più sviluppati al mondo –, solo la Corea del Sud ed il Messico hanno concluso accordi con l'UE che contengono una clausola sul rispetto dei diritti umani. Ciò è in parte dovuto al fatto che in molti casi gli accordi di cooperazione precedevano la decisione dell'UE di adottare una forma di condizionalità basata sul rispetto dei diritti umani. In secondo luogo, in alcune occasioni sono stati gli stessi Paesi *partner* a rifiutare, in fase di negoziato, l'inserimento di tali clausole (è il caso di Australia e Nuova Zelanda). Tuttavia, vi è chi ritiene che sia l'Unione stessa a considerare inappropriato l'inserimento di *human rights clauses* negli accordi con Paesi sviluppati. Per approfondimenti sul punto cfr. L. BARTELS, *The Application of Human Rights Conditionality in the EU's Bilateral Trade Agreements and Other Trade Arrangements with Third Countries*, novembre 2008, studio commissionato dal Comitato sul commercio internazionale del Parlamento europeo (www.europarl.europa.eu).

rità governative. A tal proposito, lo stesso Parlamento europeo, in una risoluzione del 2006²⁷, invita le altre istituzioni europee ad estendere la clausola sul rispetto dei diritti umani a tutti i nuovi accordi con Paesi terzi, inclusi i trattati su settori specifici e gli accordi commerciali o di assistenza finanziaria (punto 8). Nello stesso documento, il Parlamento sottolinea che la clausola sul rispetto dei diritti umani e dei principi democratici debba essere applicata senza alcuna discriminazione tra gli Stati o tra differenti gradi di sviluppo (lett. l) e con pieno rispetto del principio di reciprocità (lett. n).

Un altro elemento potenzialmente critico collegato con la clausola democratica è la sua formulazione alquanto generica, che ne rende più difficile l'attuazione efficace²⁸. Sotto questo profilo, è il caso di segnalare che manca, nelle clausole democratiche attualmente in vigore, una chiara definizione degli *standard* di protezione da utilizzare come parametro di riferimento²⁹. Su questo punto, lo stesso Parlamento europeo suggerisce una riformulazione della clausola che assicuri un approccio più coerente, efficace e trasparente attraverso il riferimento agli obblighi delle parti contraenti derivanti dai trattati sui diritti fondamentali e dalle norme cogenti³⁰.

4. L'inserimento di clausole negli accordi bilaterali non è l'unico strumento al quale l'Unione europea ricorre per condizionare il godimento dei vantaggi a beneficio di uno Stato terzo al rispetto dei diritti fondamentali e dei principi democratici. Infatti, il riferimento alle suddette materie può essere altresì contenuto in atti dell'UE che adottino programmi di assistenza finanziaria e tecnica, oppure istituiscano sistemi di preferenze tariffarie. In questi casi, si tratta di decisioni unilaterali dell'Unione che subordinano l'accesso a particolari finanziamenti o il godimento di un determinato trattamento preferenziale al rispetto dei diritti fondamentali e dei principi democratici, configurando una tipologia di *human rights conditionality* più tradizionale e vicina alle modalità con cui la condizionalità viene applicata dalle IFI, seppur con diverso contenuto.

Per quanto riguarda la cooperazione economica e tecnica, i regolamenti che istituiscono programmi di assistenza finanziaria a favore di Paesi terzi collegano esplicitamente l'obiettivo della promozione dello sviluppo al rispetto dei diritti dell'uomo e dei principi democratici³¹ e, in alcuni casi, fanno riferimento alla sospensione dei

²⁷ Risoluzione del Parlamento europeo sulla clausola relativa ai diritti umani ed alla democrazia nell'Unione europea, 14 febbraio 2006, doc. P6_TA(2006)0056.

²⁸ Una critica in questo senso è espressa da J. F. FLAUS, *Droits de l'homme et relations extérieurs de l'Union Européenne*, in M. J. REDOR, S. LECLERC, J. F. AKANDJI-KOMBÉ (dirs.), *L'Union Européenne et les droits fondamentaux*, Bruxelles, 1999, p. 166 ss.

²⁹ L. BARTELS, *The Application*, cit., p. 20.

³⁰ Cfr. risoluzione del Parlamento europeo, cit., punto 8.

³¹ Si pensi, ad esempio, al regolamento 1638/2006 che ha istituito l'*European Neighbourhood and Partnership Instrument* (ENPI), lo strumento finanziario per supportare le attività di cooperazione rientranti nell'ambito della Politica europea di vicinato. Nel suddetto regolamento, non diversamente da altri regolamenti che adottano strumenti finanziari simili, il riferimento ai diritti fondamentali ed ai principi democratici è contenuto in più articoli. Degno di nota è l'art. 2, che specifica la portata dell'assistenza dell'Unione, e prevede, al co. 1, lett. k) e l), che tra le materie rientranti nel sostegno ai Paesi vicini e prossimi vi sia la "promozione e tutela dei diritti umani e delle libertà fondamentali, compresi i diritti delle donne e dei bambini" ed il "sostegno alla democratizzazione, anche mediante il rafforza-

finanziamenti nelle situazioni in cui vi siano gravi violazioni di tali diritti e libertà, secondo procedure d'urgenza³².

Per quanto riguarda, invece, le preferenze commerciali collegate al rispetto dei diritti fondamentali, è opportuno fare riferimento ad alcuni aspetti salienti delle relazioni commerciali esterne dell'Unione europea in merito. Infatti, diversamente da quanto previsto in materia di cooperazione allo sviluppo, nel caso delle relazioni commerciali con gli Stati terzi i Trattati non contenevano, fino all'entrata in vigore del TUE, alcun riferimento esplicito alla tutela dei diritti fondamentali e dei principi democratici; tuttavia sia la Comunità che l'Unione europea hanno fatto ricorso alla *human rights conditionality*, in questo particolare settore delle loro relazioni esterne, attraverso una prassi concretizzatasi principalmente nell'introduzione di meccanismi a tutela dei diritti fondamentali nel Sistema di preferenze generalizzato (*General system of preferences*, di seguito GSP)³³.

Solo nel 1995, per la prima volta, l'Unione europea ha invece associato al GSP condizioni collegate al rispetto dei diritti fondamentali, in particolare ai diritti dei lavoratori ed alla libertà dalla schiavitù³⁴. A partire da quella data, tutti i successivi

mento del ruolo delle organizzazioni della società civile e la promozione del pluralismo dei media, nonché mediante il monitoraggio e l'assistenza in occasione delle elezioni. Inoltre, all'art. 4, co. 4, il regolamento prevede che solo ed esclusivamente nei casi di misure volte a promuovere i diritti umani e le libertà fondamentali, nonché a sostenere il processo di democratizzazione si possa derogare all'obbligo, da parte dello Stato *partner*, di co-finanziare con risorse proprie l'assistenza dell'Unione. Cfr. regolamento (CE) n. 1638/2006 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 24 ottobre 2006, recante disposizioni generali che istituiscono uno strumento europeo di vicinato e partenariato, *GUUE* L 310, 9 novembre 2006, p. 1 ss.

³² Per approfondimenti sul punto cfr. E. FIERRO, *op. cit.*, p. 351.

³³ Il GSP, che è costituito da un insieme di preferenze commerciali non reciproche e non discriminatorie a favore dei PVS, finalizzato a favorirne la crescita economica e lo sviluppo, è stato adottato dalla Comunità europea a partire dal 1971. Sulla legittimità dell'introduzione di condizioni legate ai diritti umani nel GSP si veda D. J. LIÑAN NOGUERAS, L. M. HINOJOSA MARTINEZ, *Human Rights Conditionality in the External Trade of the European Union: Legal and Legitimacy Problems*, in *Columbia Journal of European Law*, 2001, p. 315. Gli Autori sostengono che nonostante la mancanza di una base giuridica l'Unione europea sia riuscita comunque a sviluppare un approccio coerente in materia di diritti umani e relazioni commerciali esterne, grazie a ad una certa "(...) sensitivity of the Union's institutions that have gotten around these legal shortcomings through sometimes less than orthodox actions and practices, but that are compatible with a broad and committed interpretation of the TEU". Sul tema del rapporto tra tutela dei diritti umani e relazioni commerciali esterne dell'Unione europea si vedano, tra gli altri: B. BRANDTNER, A. ROSAS, *Human Rights and the External Relations of the European Community: An Analysis of Doctrine and Practice*, in *European Journal of International Law*, 1998, p. 468 ss.; P. ALSTON, *The EU and Human Rights*, Oxford-New York, 1999; A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 149 ss.; M. G. GARBAGNATI, *Rispetto dei diritti umani ed esercizio delle competenze esterne dell'Unione europea*, in L. DANIELE (a cura di), *Le relazioni esterne dell'Unione europea nel nuovo millennio*, Milano, 2001, pp. 245-296.

³⁴ Il regolamento 3281/94, che disciplinava il GSP per il periodo 1995-1998, conteneva, in particolare, due tipi di condizioni collegate con il rispetto dei diritti fondamentali. Una, a carattere negativo, prevedeva che il trattamento preferenziale sarebbe stato revocato nei confronti di quei Paesi che praticavano lo sfruttamento del lavoro forzato o nei quali erano presenti forme di schiavitù. La seconda, a carattere positivo, istituiva un regime speciale che garantiva un trattamento ancora più vantaggioso nei confronti degli Stati che avessero rispettato determinati *standard* in materia di diritti dei lavoratori, rintracciabili nelle Convenzioni dell'ILO sui diritti sindacali, sulla contrattazione collettiva e sull'età minima di ammissione al lavoro (rispettivamente n. 87, n. 98, n. 138). Cfr. regolamento (CE) del Con-

regolamenti che applicavano il GSP hanno progressivamente perfezionato ed approfondito il meccanismo di condizionalità che subordina le concessioni tariffarie al rispetto dei diritti fondamentali³⁵.

Aspetto peculiare della struttura del GSP così come applicato a partire dal 2001 è il ricorso alla condizionalità sia negativa che positiva. Per quanto riguarda la prima, i regolamenti che adottano il GSP, seppur con formule leggermente diverse³⁶, prevedono la revoca delle concessioni tariffarie nei confronti degli Stati che si rendono responsabili di violazioni gravi e sistematiche dei principi sanciti dalle convenzioni internazionali sui diritti umani fondamentali; o che esportino prodotti realizzati nelle carceri; oppure che adottino pratiche commerciali sleali; o ancora che eliminino dalla legislazione nazionale le convenzioni già ratificate o non le applichino più in maniera effettiva.

Di particolare interesse è il meccanismo di applicazione della condizionalità *positiva* nell'ambito del GSP. A partire dal 2001, infatti, quest'ultimo ha previsto, oltre al regime di preferenze generale, anche regimi "speciali" di incentivazione, formulati con l'obiettivo di premiare con ulteriori concessioni tariffarie i PVS che perseguono determinati obiettivi politici. I regimi speciali, che in origine erano quattro³⁷, hanno subito alcune modifiche negli anni (anche per assicurarne la compatibilità con la normativa OMC)³⁸ e sono oggi due: il regime speciale di incentiva-

siglio n. 3281/94, del 19 dicembre 1994, recante applicazione di uno schema pluriennale di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo 1995-1998 a taluni prodotti industriali originari di paesi in via di sviluppo, *GUCE* L 348, 31 dicembre 1994, p. 1 ss. In particolare, per la condizionalità, si vedano gli articoli 7 e 9 di detto regolamento.

³⁵ Così V. RANDAZZO, *La condizionalità nel sistema di preferenze generalizzate della Comunità europea: le recenti innovazioni e i possibili problemi di compatibilità con la normativa dell'OMC*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 2007, p. 613. Si vedano, inoltre: regolamento (CE) n. 2501/2001 del Consiglio, del 10 dicembre 2001, relativo all'applicazione di uno schema di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo 1° gennaio 2002-31 dicembre 2004, *GUCE* L 346, 31 dicembre 2001, p. 1 ss.; regolamento (CE) n. 980/2005 del Consiglio, del 27 giugno 2005, relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate, *GUUE* L 169, 30 giugno 2005, p. 1 ss.; regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio, del 22 luglio 2008, relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2011, *ivi* L 211, 6 agosto 2008, p. 1 ss.; regolamento (UE) n. 512/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, dell'11 maggio 2011, che modifica il regolamento (CE) n. 732/2008 del Consiglio relativo all'applicazione di un sistema di preferenze tariffarie generalizzate per il periodo dal 1° gennaio 2009 al 31 dicembre 2011, *ivi* L 145, 31 maggio 2011, p. 28 ss. Si veda altresì il regolamento (UE) n. 978/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, *ivi* L 303, 31 ottobre 2012, p. 1 ss., che ha riformato ampiamente il sistema, su cui per un primo commento cfr. M. DEL VECCHIO, *Le nuove preferenze generalizzate europee per i Paesi in via di sviluppo*, in *Sud in Europa*, 2013, n. 1, www.sudineuropa.net.

³⁶ Per approfondimenti sulle particolarità dei meccanismi di revoca contenuti nei singoli regolamenti, e più nello specifico nei regolamenti 2501/2001 e 980/2005, cfr. L. MAGI, *Il nuovo sistema di preferenze generalizzate della Comunità europea*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2006, p. 570 ss.

³⁷ Il regolamento 2501/2001 prevedeva i seguenti regimi speciali di incentivazione: *i*) regime per la tutela dei diritti dei lavoratori; *ii*) regime per la tutela dell'ambiente; *iii*) regime a favore dei Paesi meno sviluppati; *iv*) regime per la lotta contro la produzione ed il traffico di droga.

³⁸ Nel 2002, l'India contestò la compatibilità del regime speciale per la lotta contro la produzione ed il traffico di droga con la normativa dell'OMC. Sia il *Panel* che l'Organo di appello dell'OMC si sono espressi a favore dell'illegittimità del suddetto regime speciale di incentivazione; di conseguenza, con l'adozione del regolamento 980/2005 tale regime è stato abrogato ed i regimi sulla tutela dei diritti dei lavoratori e dell'ambiente sono stati raggruppati per costituire un unico regime speciale per lo sviluppo

zione per lo sviluppo sostenibile e il buon governo nonché il regime speciale per i Paesi meno sviluppati³⁹. Per quanto riguarda il primo, gli Stati che intendono beneficiare delle concessioni tariffarie da esso garantite devono rispondere ad una serie di requisiti, tra cui non solo la ratifica di 27 convenzioni internazionali sui diritti umani, sul diritto del lavoro, sui principi ambientali e sul buon governo, ma anche la loro effettiva applicazione, periodicamente monitorata dalla Commissione⁴⁰. Tali requisiti risultano essere particolarmente stringenti, sia perché si basano sui sistemi di monitoraggio previsti dalle stesse convenzioni, sia perché riducono la flessibilità che aveva caratterizzato i regimi speciali precedenti al 2001⁴¹. Per quanto riguarda, infine, il regime speciale di incentivazione a favore dei Paesi meno sviluppati, esso non richiede requisiti particolari agli Stati che intendono beneficiarne se non, appunto, quello di essere inclusi nell'elenco dei Paesi meno sviluppati redatto periodicamente dalle Nazioni Unite⁴².

5. Alla luce della rapida disamina operata, si può rilevare come – pur muovendo da una cooperazione a carattere strettamente economico – la Comunità prima e l'Unione poi abbiano progressivamente prestato maggiore attenzione a fattori ritenuti strettamente “politici” nelle proprie relazioni con i Paesi terzi, e con i PVS in particolare. Ciò ha portato alla formulazione ed applicazione di una serie di strumenti atti a tutelare i diritti fondamentali, i principi democratici e lo Stato di diritto. Tale prassi, come si è visto, è stata supportata da importanti modifiche ai Trattati e da un

sostenibile ed il buon governo, conosciuto anche con il nome di *GSP plus*. Per approfondimenti sulla controversia *EC-Tariff Preferences*, sollevata dall'India, e sulle conseguenti modifiche al GSP, si vedano, tra gli altri: C. DI TURI, *Il Sistema di Preferenze Generalizzate della Comunità europea dopo la controversia con l'India sul regime speciale in tema di droga*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2005, p. 721 ss.; G. GROSSMAN, A. SYKES, *A Preference for Development: The Law and Economics of GSP*, in *World Trade Review*, 2005, p. 41 ss.; J. HARRISON, *Incentives for Development: The EC's Generalized System of Preferences, India's WTO Challenge and Reform*, in *Common Market Law Review*, 2005, p. 1663 ss.; A. LIGUSTRO, *L'Organizzazione mondiale del commercio condanna lo schema di preferenze generalizzate della Comunità europea per il carattere discriminatorio del “regime droga”*, in *Diritto pubblico comparato ed europeo*, 2005, p. 432 ss.; L. BARTELS, *The WTO Legality of the EU's GSP+ Arrangement*, in *Journal of Economic Law*, 2007, p. 869 ss.; U. TURKSEN, *The WTO Law and the EC's GSP+ Arrangement*, in *Journal of World Trade*, 2009, p. 935 ss.

³⁹ Cfr. regolamento 732/2008 ed in particolare: articoli 7-10, per il regime speciale di incentivazione per lo sviluppo sostenibile ed il buon governo, ed articoli 11-12, per il regime speciale per i Paesi meno sviluppati. Per approfondimenti sui regimi speciali di incentivazione si veda L. MOLA, *I diritti umani nelle relazioni economiche esterne dell'Unione europea: il Sistema di preferenze generalizzate*, in A. CALIGURI, G. CATALDI, N. NAPOLETANO (a cura di), *op. cit.*, pp. 216-243.

⁴⁰ *Ivi*, art. 8. L'elenco delle convenzioni internazionali è contenuto nell'Allegato III del regolamento.

⁴¹ V. RANDAZZO, *op. cit.*, pp. 614-615. L'opinione dell'autore è espressa in merito ai regimi speciali previsti dal regolamento 980/2005, ma può essere ritenuta valida anche per i regimi speciali istituiti dal regolamento 732/2008. Proprio in virtù del “rilievo politico complessivo” di tali requisiti, l'A. solleva qualche riserva in merito all'adeguatezza della base giuridica scelta per il regolamento del 2005 (che è la medesima del regolamento del 2008), ovvero l'art. 133 TCE (attualmente art. 207 TFUE), relativo alla politica commerciale comune, il quale non contiene alcun riferimento alla promozione dei diritti umani. A tal proposito, si suggerisce, sarebbe stato auspicabile che l'art. 133 fosse stato “(...) se non sostituito, quanto meno affiancato dall'art. 179”, recante disposizioni in materia di cooperazione allo sviluppo.

⁴² Cfr. regolamento 732/2008, art. 11.

approccio che ha posto in forte correlazione i diritti umani e la cooperazione allo sviluppo⁴³.

Una simile evoluzione, avvenuta anche in virtù del fatto che, parallelamente, all'interno dell'Unione si è verificato un progressivo consolidarsi di valori e principi legati alla democrazia ed al rispetto dei diritti fondamentali, ha permesso all'UE di sviluppare un "nucleo duro" atto a costituire la base di una *human rights policy* esterna⁴⁴.

Tuttavia, per raggiungere appieno tale obiettivo, vi sarebbero ancora alcuni passi da compiere, principalmente in due direzioni. Da un lato, è auspicabile l'elaborazione di un sistema più organico di clausole e strumenti sulla tutela dei diritti fondamentali e dei principi democratici⁴⁵. Dall'altro, nell'applicazione dei meccanismi negativi di sospensione degli accordi, dell'assistenza finanziaria o delle concessioni tariffarie l'UE dovrebbe agire con maggiore uniformità. In alcuni casi, infatti, considerazioni strettamente politiche di alcuni Stati membri sembrano prevalere sulla difesa dei valori, non permettendo all'Unione di rispondere in maniera adeguata alle violazioni dei diritti fondamentali nei Paesi terzi⁴⁶.

In questo contesto, è sicuramente da accogliere con favore la recente adozione, da parte del Consiglio, di un quadro strategico in materia di diritti umani e democrazia⁴⁷, elaborato sulla base di una comunicazione congiunta della Commissione e dell'Alto rappresentante dell'Unione per gli affari esteri e la politica di sicurezza che ribadiva la centralità delle suddette materie nell'azione esterna dell'UE⁴⁸. La decisione di adottare il quadro strategico può essere considerata alquanto significativa, poiché costituisce una prima espressione armonica e unitaria della politica esterna dell'UE in materia di diritti umani, come auspicato dal Trattato di Lisbona. Al quadro strategico si accompagna uno specifico piano d'azione⁴⁹, elaborato – tra l'altro

⁴³ Tale approccio è efficacemente riassunto in un passaggio delle conclusioni dell'Avvocato generale La Pergola del 23 maggio 1996 nella causa *Portogallo c. Consiglio*: "Il complesso degli interventi comunitari sul punto rischiera l'importanza che nella politica di aiuto allo sviluppo dei paesi terzi riveste il rispetto dei diritti dell'uomo. Se di ciò è tenuto il debito conto, la clausola democratica deve considerarsi addirittura come *necessaria* ai fini di un legittimo svolgimento della politica di cooperazione allo sviluppo. Sarebbe invero, mi sia consentito di aggiungere, *la mancata adozione* di una clausola così configurata a infirmare la legittimità dell'azione comunitaria, perché lascerebbe sfornita di garanzia l'osservanza del preciso disposto dell'art. 130 U" (punto 29).

⁴⁴ Per una panoramica sul progressivo affermarsi della tutela dei diritti fondamentali all'interno dell'Unione europea si rimanda a U. VILLANI, *Tutela dei diritti fondamentali nel 'dialogo' tra corti europee e giudici nazionali*, in L. MOCCIA (a cura di), *Diritti fondamentali e cittadinanza dell'Unione Europea*, Milano, 2010, p. 115 ss.

⁴⁵ Vi sono casi, infatti, nei quali lo stesso Stato è tenuto al rispetto di più clausole contenute in accordi diversi, con conseguenti problemi sia sul piano giuridico che pratico. L. BARTELS, *The Application*, cit., p. 20.

⁴⁶ D. J. LIÑAN NOGUERAS, L. M. HINOJOSA MARTINEZ, *op. cit.*, p. 334.

⁴⁷ Il quadro strategico (doc. 11855/12) è stato adottato in occasione dell'incontro del Consiglio affari esteri tenutosi a Lussemburgo il 25 giugno 2012 (register.consilium.europa.eu). Per una prima analisi del documento si veda V. DI COMITE, *Diritti umani e democrazia: il quadro strategico dell'UE*, in *Sud in Europa*, 2012, n. 2, www.sudineuropa.net.

⁴⁸ Comunicazione congiunta al Parlamento europeo e al Consiglio, del 12 dicembre 2011, Diritti umani e democrazia al centro dell'azione esterna dell'Unione europea – verso un approccio più efficace, COM(2011)886 def.

⁴⁹ Il piano d'azione è contenuto nel medesimo documento che adotta il quadro strategico (cfr. nota 47).

– in consultazione con il Parlamento europeo e i rappresentanti di organizzazioni non governative europee.

Per una più efficace attuazione del quadro strategico e del piano d'azione, il Consiglio ha previsto la nomina di un rappresentante speciale dell'UE per i diritti umani⁵⁰. Anche in questo caso è opportuno sottolineare che si tratta di un traguardo importante, in quanto per la prima volta l'UE dispone di un rappresentante speciale il cui mandato non è definito dalla zona geografica (come nel caso del Kosovo e dell'Afghanistan), ma dal tema.

6. Di tutt'altra natura, rispetto alla *ratio* posta a fondamento della condizionalità nelle relazioni esterne della CEE e dell'UE, è l'origine del ricorso a tale strumento da parte delle istituzioni finanziarie internazionali. Eppure, come si avrà modo di osservare in seguito, le operazioni di assistenza economica delle IFI potrebbero trarre una certa ispirazione dal modello di condizionalità democratica dell'UE, al fine di contribuire al benessere economico e sociale dei cittadini dei Paesi beneficiari.

La condizionalità costituisce oggi un elemento imprescindibile delle politiche di assistenza economico-finanziaria delle IFI. Si tratta, tuttavia, di uno strumento che non era previsto dagli Statuti istitutivi delle suddette Organizzazioni, ma che è stato introdotto nella prassi delle stesse attraverso una serie di interpretazioni estensive degli *Articles of Agreement*.

Secondo il parere dei servizi giuridici del FMI e della Banca mondiale, la condizionalità si sarebbe resa necessaria per far fronte alla necessità di adattare le proprie operazioni alla tipologia di squilibri economici e di problematiche connesse con le finanze pubbliche dei PVS e delle c.d. *least developed countries*. Tali Paesi hanno, in effetti, costituito a partire dagli anni '60 i principali destinatari di assistenza economica delle IFI⁵¹.

Per quanto riguarda il FMI, la decisione di condizionare l'effettiva erogazione del credito all'attuazione di una serie di riforme di politica economica si giustificerebbe in base ad una disposizione degli *Articles of Agreement* secondo la quale l'assistenza finanziaria deve avvenire “under adequate safeguards”⁵². Lo scopo

⁵⁰ Il primo rappresentante speciale per i diritti umani è Stravos Lambrinidis, un avvocato già ministro degli affari esteri della Grecia e vice-presidente del Parlamento europeo. Il suo mandato ha avuto inizio il 1° settembre 2012 e durerà fino al 30 giugno 2014.

⁵¹ È il caso di sottolineare che, in particolar modo per la Banca mondiale, il cambiamento nella tipologia di Stati destinatari dell'assistenza economica ha rappresentato un'evoluzione imprevedibile ai tempi della nascita dell'Organizzazione stessa. Essa, originariamente, avrebbe dovuto erogare prestiti principalmente agli Stati europei usciti dal Secondo conflitto mondiale. Tuttavia, in seguito all'approvazione del Piano Marshall (1948), gli Stati europei non ebbero più l'urgenza di rivolgersi alla Banca per finanziare la ricostruzione nei loro territori e l'Organizzazione divenne, di fatto, principalmente destinata a finanziare progetti di sviluppo. Sul punto cfr. A. VITERBO, *Fondo monetario internazionale e Banca mondiale*, in A. COMBA (a cura di), *Neoliberalismo internazionale e global economic governance*, Torino, 2008, p. 189 ss.

⁵² Cfr. art. I, co. 5 degli *Articles of Agreement* del FMI. La medesima sezione dell'art. I, così come modificata da due successivi emendamenti (1968 e 1972) allo Statuto del Fondo, prevede che le risorse dell'Organizzazione possono essere messe a disposizione degli Stati membri solo temporaneamente (*temporarily*) e che il FMI debba attenersi ai principi ed agli scopi statutari non solo nelle sue decisioni, ma anche nelle sue politiche. Tali modifiche, nonostante possano apparire di entità minima, suggeriscono in definitiva che il Fondo possa adottare delle politiche (inclusa, quindi, una politica di condiziona-

principale della condizionalità nel Fondo sarebbe, quindi, quello di assicurare che le risorse prelevate siano realmente usate dallo Stato beneficiario per correggere squilibri economici e che siano restituite il prima possibile. Al tempo stesso, secondo la linea interpretativa dell'Organizzazione, la condizionalità appare motivata dalla necessità di tutelare l'interesse collettivo degli Stati membri che contribuiscono a formare le riserve monetarie del Fondo⁵³.

Nel caso della Banca mondiale, la condizionalità è entrata a far parte della prassi dell'Organizzazione in seguito all'introduzione di una categoria di finanziamenti non prevista dagli *Articles of Agreement*, ovvero i prestiti non associati all'attuazione di un progetto specifico ma finalizzati all'adozione di programmi di riforme su vasta scala (c.d. *policy-based lending*)⁵⁴. Tale tipologia di finanziamenti è divenuta una prassi sistematica dell'Organizzazione sulla base di un'interpretazione estensiva dell'espressione "special circumstances", contenuta nello Statuto (art. III, par. IV, lett. vii), che in teoria avrebbe dovuto giustificare occasionali deroghe alle procedure *standard* di assistenza economica⁵⁵. Inoltre, la Banca ha ritenuto opportuno associare condizioni al *policy-based lending* per far sì che le sue operazioni di prestito avessero, come richiede lo Statuto, finalità produttive⁵⁶ e che, quindi, lo Stato beneficiario mantenesse l'impegno ad attuare il programma di riforma in maniera conforme agli obiettivi di crescita individuati con l'Organizzazione.

lità) sull'uso delle sue risorse che siano conformi ai propri fini statutarî, e che garantiscano che tale uso sia temporaneo e non prolungato nel tempo. Combinando dunque le due disposizioni emendate e considerando che nella stessa sezione dell'articolo si specifica che l'assistenza del Fondo agli Stati che ne fanno richiesta deve avvenire "under adequate safeguards", è possibile rintracciare nell'art. I, co. 5, uno dei fondamenti giuridici del ricorso alla condizionalità nel FMI. Per approfondimenti sul punto: C. DORDI, *Profili giuridici dell'attività di sostegno finanziario del Fondo Monetario Internazionale: le nuove linee-guida sulla condizionalità*, in *Diritto del commercio internazionale*, 2002, p. 879 ss.; C. ESPOSITO, *Istituzioni economiche internazionali e governance globale*, Torino, 2009, p. 62.

⁵³ J. M. BOUGHTON, *Who's in Charge? Ownership and Conditionality in IMF Supported Programs*, IMF Working Paper WP/03/191, settembre 2003, p. 3.

⁵⁴ L'introduzione del *policy-based lending*, attraverso l'erogazione dei c.d. prestiti di aggiustamento strutturale, è avvenuta nei primissimi anni '80. Tuttavia, in occasione dell'annuncio della concessione di questa nuova tipologia di prestiti da parte dell'allora Presidente della Banca McNamara, alcuni direttori esecutivi misero in dubbio l'effettiva necessità di un tipo di assistenza che, anziché investire in un progetto specifico in Stati dove sussistessero già le condizioni favorevoli al buon esito del progetto stesso, mirava ad erogare fondi in Paesi dove le condizioni economiche non fossero ottimali. Inoltre, alcuni direttori erano dell'opinione che adottare un simile strumento di assistenza potesse equivalere ad esercitare pressioni sui governi degli Stati beneficiari, influenzando le loro decisioni di politica economica e minando, di conseguenza, la neutralità politica che avrebbe dovuto caratterizzare l'Organizzazione. Per approfondimenti sul punto si veda P. MOSLEY, J. HARRIGAN, J. TOYE (eds.), *Aid and Power: The World Bank and Policy-based Lending*, I, London-New York, 1995, p. 34 ss.

⁵⁵ In linea di principio, il servizio giuridico della Banca mondiale si è orientato nel senso di considerare "circostanze speciali" tutti i casi nei quali vi era una situazione che giustificasse l'erogazione di un prestito non destinato all'attuazione di un progetto specifico. Cfr. I. F. I. SHIHATA, *Project and Non-Project Financing under the IBRD Articles*, World Bank Document SecM-84-1053, 21 dicembre 1984, paragrafi 9-10.

⁵⁶ L'art. I, lett. i) degli *Articles of Agreement* prevede – infatti – che gli investimenti della Banca debbano avvenire "for productive purposes".

L'introduzione della condizionalità nelle politiche di prestito delle due Organizzazioni non ha mancato di sollevare alcuni dubbi in dottrina, relativi alla legittimità del ricorso a tale strumento⁵⁷. In particolare, uno degli aspetti maggiormente problematici riguarda le *modalità* di introduzione della condizionalità piuttosto che la *finalità* dello strumento in sé. Dato che il processo decisionale in seno al FMI ed alla Banca è caratterizzato dal criterio del voto ponderato, la scelta delle IFI di procedere all'interpretazione degli Statuti istitutivi, invece che ad un loro emendamento (che avrebbe richiesto il consenso di un numero maggiore di Stati), rivela infatti come i direttori esecutivi rappresentanti dei governi più "ricchi" e quindi più influenti abbiano optato per la via meno difficoltosa, rispetto ad uno strumento applicato, però, quasi esclusivamente nei confronti dei PVS. In questo modo, proprio gli Stati che hanno un maggiore bisogno di assistenza economica e finanziaria, ed il cui potere decisionale è decisamente inferiore, sono stati posti al margine delle scelte delle due Organizzazioni.

Un'ulteriore problematica collegata al ricorso alla condizionalità da parte delle IFI riguarda l'eventuale ingerenza che il FMI e la Banca mondiale sembrano esercitare sulla sovranità degli Stati beneficiari, attraverso lo stabilimento delle condizioni associate all'assistenza economico-finanziaria. Il punto nodale è la progressiva estensione della portata e del contenuto delle condizioni, le quali sono giunte ad includere materie non rientranti nel mandato originario delle due Organizzazioni. Tale estensione è stata, in parte, giustificata dalle IFI sulla base del mutamento radicale delle cause degli squilibri economici degli Stati, verificatosi in particolar modo a partire dagli anni '80. La sussistenza di squilibri economici strutturali avrebbe reso vana la "tradizionale" assistenza economico-finanziaria erogata fino a quel momento e avrebbe portato le due Organizzazioni ad associare ai propri prestiti condizioni più specifiche (ma anche più invasive) per assicurare il raggiungimento dei loro obiettivi statutari, ovvero la crescita e lo sviluppo dei loro Stati membri. Su questo aspetto, la dottrina è divisa⁵⁸.

⁵⁷ Vi sono numerosi pareri in dottrina che sollevano questioni di legittimità collegate sia al ricorso alla condizionalità *tout court*, sia all'elaborazione (ed applicazione) di determinate condizioni, in alcuni casi poco affini alle finalità statutarie delle due Organizzazioni. Su tali profili si vedano: J. CAHN, *Challenging the New Imperial Authority. The World Bank and the Democratization of Development*, in *Harvard Human Rights Journal*, 1993, p. 159 ss.; E. DENTERS, *Law and Policy of IMF Conditionality*, The Hague, 1996; M. TSAI, *Globalization and Conditionality: Two Sides of the Sovereignty Coin*, in *Law and Policy of International Business*, 2000, p. 1317 ss.; N. WOODS, *Making the IMF and the World Bank More Accountable*, in *International Affairs*, 2001, p. 83 ss.; C. DORDI, *op. cit.*, p. 863 ss.; R. HOCKETT, *From Macro to Micro to "Mission Creep": Defending the IMF's Emerging Concern with the Infrastructural Prerequisites to Global Financial Stability*, in *Columbia Journal of Transnational Law*, 2002, p. 153 ss.; C. H. LEE, *To Thine Ownself Be True: IMF Conditionality and Erosion of Economic Sovereignty in the Asian Financial Crisis*, in *The University of Pennsylvania Journal of International Economic Law*, 2003, p. 875 ss.

⁵⁸ Alcuni autori ritengono che il ricorso a condizioni strutturali e di portata così estesa costituisca senza dubbio un'indebita ingerenza nella sovranità economica degli Stati beneficiari. In merito si vedano J. KRANZ, *Entre l'influence et l'intervention. Certains aspects juridiques de l'assistance financière multilatérale*, Frankfurt, 1994; J. CAHN, *op. cit.*; E. DENTERS, *op. cit.*; N. WOODS, *op. cit.*; A. VITERBO, *op. cit.* Altra parte della dottrina ritiene che, in virtù degli obiettivi statutari delle due Organizzazioni, sia inevitabile che le operazioni delle stesse abbiano ripercussioni sulla vita politica ed economica interna dei beneficiari che, si sostiene, non sarebbero obbligati a richiedere l'assistenza delle IFI e sarebbero altresì liberi di rifiutare il prestito, qualora ritenessero le condizioni ad esso associate lesive della

Tuttavia, non può non rilevarsi come gli Stati che si rivolgono alle IFI si trovino sovente in condizioni economiche così precarie da potersi difficilmente opporre alle condizioni che le due Organizzazioni associano ai prestiti⁵⁹. Ciò risulterebbe tanto più vero se si considera che l'ottenimento di un prestito da parte del FMI o della Banca mondiale è, in molti casi, indispensabile affinché lo Stato in questione recuperi credibilità a livello internazionale e possa così accedere ad altri finanziamenti da parte di creditori privati o donatori bilaterali⁶⁰.

7. Oltre al problema della legittimità del ricorso alla condizionalità nei prestiti delle IFI, proprio il fatto che tali operazioni siano rivolte principalmente a PVS o ai Paesi meno avanzati solleva anche il delicato problema del rapporto tra condizionalità e tutela dei diritti fondamentali e dei principi democratici. Questo aspetto costituisce un interessante campo d'indagine in quanto verte sulla correlazione tra due branche del diritto internazionale: il diritto internazionale dell'economia, il cui scopo è quello di regolamentare la cooperazione tra i diversi attori del sistema internazionale per favorire la stabilità e la prosperità economica, e la tutela dei diritti fondamentali, le cui norme mirano a salvaguardare gli interessi di quegli individui che potrebbero essere svantaggiati dallo sviluppo economico di un Paese⁶¹. Si tratta quindi di complessi di norme e prassi che sono complementari se si considera che lo sviluppo economico può favorire la realizzazione di diversi diritti fondamentali, ma allo stesso tempo, potenzialmente contrastanti, poiché in alcuni casi l'assistenza economica e finanziaria può indirettamente ostacolare il godimento di diritti altrettanto fondamentali⁶².

loro sovranità. Per questa tesi si vedano: Y. YOKOTA, *Non-Political Character of the World Bank*, in *The Japanese Annual of International Law*, 1976, pp. 39-64; M. A. QURESHI, *Policy-Based Lending by the World Bank*, in P. MOSELY (ed.), *Development Finance and Policy Reform*, London, 1992, pp. 9-24; C. L. GILBERT, A. POWELL, D. VINES, *Positioning the World Bank*, in C. L. GILBERT, D. VINES (eds.), *The World Bank: Structure and Policies*, Cambridge, 2000, pp. 39-86; J. W. HEAD, *Law and Policy in International Financial Institutions: The Changing Role of Law in the IMF and the Multilateral Development Banks*, in *The Kansas Journal of Law and Public Policy*, 2007-2008, pp. 194-229.

⁵⁹ È un rapporto commissionato dalla Banca mondiale stessa, il famoso *Wapenhans Report* (redatto da un ex vice-presidente dell'Organizzazione) a giungere a questa conclusione. Il documento sottolinea come lo Stato beneficiario del prestito non sia nelle condizioni, né abbia spesso le competenze, per far prevalere la propria volontà su quella della Banca; di conseguenza durante i negoziati per la conclusione dell'accordo di prestito "(...) The Bank tends to adopt a take-it-or-leave-it stance, the borrower agrees to conditions it has no way of honoring, and they end up with a contract that cannot be implemented". Cfr. WORLD BANK PORTFOLIO MANAGEMENT TASK FORCE, *Effective Implementation: Key to Development Impact*, 24 luglio 1992, *Annex B*, par. 3.

⁶⁰ A tal proposito, E. DENTERS, *op. cit.*, p. 103, sottolinea, con riguardo al FMI, che le decisioni dell'Organizzazione per la concessione del credito (*stand-by arrangements*), che il Fondo sostiene essere prive di valore vincolante (e pertanto non associabili ad accordi di diritto internazionale), diverrebbero in pratica obbligatorie per gli Stati richiedenti assistenza.

⁶¹ La crescita economica di uno Stato, se non accompagnata da un assetto istituzionale e da un contesto politico che tengano conto degli aspetti sociali ed umani, rischia infatti di "lasciare indietro" una parte consistente della popolazione, specialmente nei PVS. Per una riflessione sul rapporto tra diritto internazionale dell'economia, sviluppo e diritti umani si veda E. TRIGGIANI, *I diritti umani nella cooperazione internazionale allo sviluppo*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale*. Liber Fauro Pocar, Milano, 2009, p. 919 ss.

⁶² A. MCBETH, *International Economic Actors and Human Rights*, New York, 2010, pp. 16-17.

Con specifico riferimento alle operazioni del FMI e della Banca mondiale, non mancano le critiche sull'impatto negativo che esse avrebbero sul godimento di alcuni diritti e libertà fondamentali da parte dei cittadini degli Stati destinatari di assistenza economica⁶³. Ciò risulta essere ulteriormente aggravato dal fatto che le due Organizzazioni, in quanto Istituti specializzati delle Nazioni Unite, sarebbero tenute – secondo buona parte della dottrina – al rispetto della Carta ONU e di alcuni accordi in materia di diritti fondamentali, oltre che delle norme di diritto internazionale generale e dello *jus cogens*⁶⁴.

In merito al primo aspetto, ovvero gli obblighi di natura pattizia, carattere vincolante per le IFI potrebbe essere riconosciuto al Patto sui diritti civili e politici ed al Patto sui diritti economici, sociali e culturali, entrambi del 1966⁶⁵. Degno di nota

⁶³ Alla luce della prassi delle due Organizzazioni si evince che sono numerosi i diritti il cui godimento è potenzialmente messo a rischio dalle operazioni di prestito e dalla politica di condizionalità, ad esempio: diritti ad un equo processo; diritto di libera associazione ed espressione; diritto a partecipare alle decisioni del governo ed alla vita culturale della propria comunità; diritto al lavoro, alla salute, all'educazione, al nutrimento ed all'alloggio; diritti delle donne; diritti dei minori; diritti delle popolazioni indigene e, in alcuni casi, anche i diritti associati all'integrità della persona umana, in particolare qualora lo Stato compia atti repressivi contro coloro che si oppongono – legittimamente – all'attuazione di un progetto finanziato dal FMI o dalla Banca mondiale. Per approfondimenti D. D. BRADLOW, *The World Bank, the IMF and Human Rights*, in *Transnational Law and Contemporary Problems*, 1996, p. 47 ss. A riprova del suddetto discorso, è opportuno osservare che le stesse Nazioni Unite hanno espresso più volte perplessità sugli effetti dannosi delle operazioni di assistenza economico-finanziaria delle IFI e, più in generale, sulla cooperazione multilaterale allo sviluppo. Ad esempio, lo *special rapporteur* delle Nazioni Unite per la realizzazione dei diritti economici, sociali e culturali ha affermato che il ricorso alla condizionalità, in particolare modo quella del FMI, può avere un'incidenza negativa, sia diretta che indiretta, per il godimento dei diritti economici, sociali e culturali. Cfr. D. TÜRK, *The Realization of Economic, Social and Cultural Rights, Final report submitted by the Special Rapporteur of the Subcommission for the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*, UN Doc E/CN.4/Sub2/1992/16, 3 luglio 1992, par. 158.

⁶⁴ In merito allo *jus cogens*, è significativo segnalare che secondo l'ex Direttore del servizio giuridico della Banca mondiale, la forza dello *jus cogens* nel sistema delle fonti del diritto internazionale non implicherebbe che le IFI non possano erogare un prestito a favore di uno Stato nel quale siano perpetrate gravi violazioni dei diritti umani, poiché l'accordo di prestito non costituirebbe né una deroga né una mancata osservanza delle norme perentorie sulla tutela di tali diritti. Al contrario, sostiene l'autore, l'assistenza economica delle IFI, se indirizzata attraverso programmi di riforma appropriati, potrebbe alleviare le sofferenze della popolazione garantendo un migliore standard di vita. Cfr. I. F. I. SHIHATA, *Human Rights, Development and International Financial Institutions*, in *American University Journal of International Law and Policy*, 1992-1993, p. 27. A sostegno di tale tesi, si veda anche il ragionamento di M. REISMAN, *Through or Despite Governments: Differentiated Responsibility in Human Rights Programs*, in *Iowa Law Review*, 1987, p. 395 ss., il quale afferma che vi sarebbe un limite al principio dell'"elasticità istituzionale" in base al quale si farebbero esercitare ad organizzazioni nate per scopi diversi funzioni che non sono contenute nel loro mandato originario.

⁶⁵ Diverse sono le motivazioni, rintracciabili nei pareri della dottrina, per riconoscere valore vincolante ai Patti del 1966. Ciò in virtù sia di obblighi di natura pattizia contratti dagli Stati membri delle IFI (al cui rispetto essi sarebbero tenuti esercitando la loro *membership* in seno alle due Organizzazioni), sia in virtù di obblighi specifici a carico del FMI e della Banca mondiale in quanto organizzazioni intergovernative dotate di personalità giuridica internazionale. Per approfondimenti sul carattere vincolante per le IFI dei Patti del 1966, si vedano: M. CRAVEN, *The International Covenant on Economic, Social and Cultural Rights: A Perspective on Its Development*, New York, 1995; H. SHERMERS, N. BLOKKER (eds.), *International Institutional Law: Unity within Diversity*, The Hague-Boston-London, 1995; S. I. SKOGLY, *The Human Rights Obligations of the World Bank and the International Monetary*

è, in particolare, l'art. 2 del secondo dei due Patti citati, che richiede agli Stati di fare in modo, sia individualmente che attraverso la cooperazione e l'assistenza internazionali, di raggiungere progressivamente la piena realizzazione dei diritti riconosciuti dal Patto con tutti i mezzi appropriati, inclusa l'adozione di misure legislative. Interpretando il termine "assistenza" come "assistenza economica", vi sarebbero infatti dirette implicazioni per il ruolo che gli Stati, collettivamente, svolgono all'interno delle IFI nell'approvazione dei prestiti, nella formulazione delle relative condizioni e nella più generale definizione delle politiche di aiuto economico o finanziario. Ciò si tradurrebbe in un obbligo, per gli Stati membri delle IFI, non tanto di *assistere* i Paesi in difficoltà, ma di *rispettare* i diritti garantiti dal Patto nelle modalità in cui l'assistenza economica viene erogata (ivi compreso il ricorso alla condizionalità)⁶⁶.

Relativamente alle norme di diritto internazionale generale, posto il loro carattere vincolante per tutte le organizzazioni dotate di personalità giuridica⁶⁷, si potrebbe identificare nella Dichiarazione universale dei diritti umani del 1948 il nucleo duro del contenuto di tali obblighi per le IFI⁶⁸. Essi sarebbero, data la natura

Fund, London, 2001; B. GHAZI, *The IMF, the World Bank Group and the Question of Human Rights*, Ardsley, 2005; A. CLAPHAM, *Human Rights Obligations of non-State Actors*, New York, 2006; P. DE SENA, *Banca Mondiale, diritto all'istruzione e Patto sui diritti economici, sociali e culturali*, in N. BOSCHIERO, R. LUZZATTO (a cura di), *I rapporti economici internazionali e l'evoluzione del loro regime giuridico. Atti del XII Convegno SIDI*, Napoli, 2008, pp. 123-146; Id., *Fondo monetario internazionale, Banca mondiale e rispetto dei diritti dell'uomo*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *op. cit.*, p. 829 ss.

⁶⁶ Sul punto cfr. S. SKOGLY, *op. cit.*, p. 129. Inoltre, è opportuno segnalare che il Comitato delle Nazioni Unite sui diritti economici, sociali e culturali ha direttamente invitato la Banca mondiale ed il FMI a tenere maggiormente in conto la tutela di alcuni diritti fondamentali (diritto al cibo ed alla salute) nelle loro politiche e nei loro accordi di prestito. Cfr. il *General Comment n. 12: The right to adequate food*, UN Doc E/C.12/1999/5, 12 maggio 1999, par. 40. Inoltre, lo stesso Comitato ha espressamente richiesto agli Stati membri delle IFI di agire in maniera tale da assicurare che le decisioni di tali Organizzazioni siano conformi agli obblighi derivanti dal Patto del 1966. Nella stessa occasione, il Comitato ha rilevato, però, che vi sono molti casi in cui gli Stati che negoziano un prestito con le IFI non fanno alcun riferimento ai loro impegni derivanti dal Patto, al fine di assicurarsi che le condizioni associate all'assistenza economica non costituiscano una minaccia per la garanzia dei diritti umani dei loro cittadini. Cfr. le *Concluding Observation of the Committee on Economic, Social and Cultural Rights: Belgium*, UN Doc E/C.12/1/Add.54, 1 dicembre 2000.

⁶⁷ Cfr. parere della Corte internazionale di giustizia dell'11 aprile 1949, *Reparation for Injuries Suffered in the Service of the United Nations*, in *ICJ Reports*, p. 185.

⁶⁸ In linea di principio, la Dichiarazione, in quanto adottata con risoluzione dell'Assemblea generale delle Nazioni Unite e non essendo un trattato internazionale, non sarebbe di per sé vincolante. Tuttavia, è la stessa Corte internazionale di giustizia a riconoscere che le risoluzioni dell'Assemblea generale "(...) even if they are not binding, may sometimes have normative value. They can, in certain circumstances, provide evidence important for establishing the existence of a rule or the emergence of an *opinio juris*". Cfr. parere della Corte internazionale di giustizia dell'8 luglio 1996, *Legality of the Use by a State of Nuclear Weapons in Armed Conflicts*, in *ICJ Reports*, par. 70. Vi sarebbero, inoltre, una serie di fattori che fanno propendere per il carattere consuetudinario delle norme contenute nella Dichiarazione, quali: *i*) il riferimento diretto al (o l'inclusione del) testo della Dichiarazione in molte Carte o leggi costituzionali nazionali; *ii*) i riferimenti frequenti in molte dichiarazioni o risoluzioni ONU al "dovere" (*duty*) per tutti gli Stati di osservare le previsioni della Dichiarazione; *iii*) le risoluzioni ONU di condanna alle violazioni dei diritti dell'uomo che equiparano queste ultime a violazioni del diritto internazionale; *iv*) le dichiarazioni di rappresentanti nazionali che criticano apertamente i gover-

strettamente economica delle due Organizzazioni, essenzialmente di natura *negativa*. Le IFI sarebbero, dunque, tenute non tanto a *proteggere* i diritti umani fondamentali negli Stati nei quali esse operano, ma avrebbero la responsabilità di assicurarsi che la loro assistenza economica e finanziaria non abbia ripercussioni negative sul godimento di tali diritti o non comporti un peggioramento di situazioni in cui la tutela degli stessi è già debole⁶⁹.

A corollario di quanto appena osservato, è da considerare anche la prassi delle due Organizzazioni. Esse, infatti, hanno progressivamente esteso le materie incluse nel loro mandato fino ad inglobare aspetti che esulano dalla sfera prettamente economica degli Stati beneficiari (quali, ad esempio, la *good governance*, la politica del lavoro, le riforme sulla sanità e sul sistema scolastico), associando alle proprie operazioni misure suscettibili di condizionare il godimento di alcuni diritti fondamentali⁷⁰. Su questo punto, due sono i profili da considerare: il primo riguarda i potenziali effetti negativi derivanti dalle riforme di politica macroeconomica suggerite dalle IFI; il secondo verte sulle conseguenze dell'assistenza economica stessa.

In merito al primo profilo, particolarmente critiche appaiono essere le condizioni collegate all'attuazione di riforme di politica economica di ampia portata, fortemente orientate verso l'economia di mercato, in ampi settori della vita pubblica⁷¹. L'opinione delle IFI in proposito è che tali riforme richiedano alla popolazione qualche sacrificio nel breve termine, che viene però compensato dalla crescita economica dello Stato nel medio-lungo periodo⁷². Tuttavia, vi sono casi nei quali

ni di altri Stati per gravi violazioni dei diritti umani; v) i riferimenti alla Dichiarazione operati dalle corti nazionali in sede di giudizio. Per autorevoli fonti sull'assimilazione della Dichiarazione al diritto internazionale consuetudinario si vedano O. SCHACHTER, *General Course in Public International Law*, in *Recueil des Cours de l'Académie de Droit International de La Haye*, 1982, pp. 334-335; il rapporto di R. GALINDO POHL, *On the situation of human rights in the Islamic Republic of Iran by the Special Representative of the Commission on Human Rights*, UN Doc. E/CN.4/1987/23, 28 gennaio 1987, paragrafi 4-5; T. BUERGHENTAL, *International Human Rights in a Nutshell*, St. Paul, 1988, p. 29; F. PO-CAR, *La Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, fonte di un nuovo diritto internazionale*, in *I diritti umani a 40 anni dalla Dichiarazione universale*, Padova, 1989, p. 31 ss.; M. COGEN, *Human Rights Prohibition of Political Activities and the Lending Policies of World Bank and International Monetary Fund*, in S. R. CHOWDHURY, E. DENTERS, P. DE WAART (eds.), *The Right to Development in International Law*, The Hague, 1992, p. 387; U. VILLANI, *La Dichiarazione 60 anni dopo*, in U. VILLANI (a cura di), *"A tutti i membri della famiglia umana" per il 60° anniversario della Dichiarazione universale*, Milano, 2008. Anche la Proclamazione di Teheran, adottata a conclusione della Conferenza internazionale sui diritti dell'uomo del 1968, afferma al punto 2 che la Dichiarazione "constitutes an obligation for the members of the international community".

⁶⁹ Sul punto si vedano M. ELAHI, *The Impact of International Financial Institutions on the Realization of Human Rights: Case Study of the International Monetary Fund in Chile*, in *Boston College Third World Law Journal*, 1986, pp. 143-160; D. D. BRADLOW, *op. cit.*, pp. 64-65; M. DARROW, *Between Light and Shadow: The World Bank, the International Monetary Fund and the International Human Rights Law*, Portland, 2003.

⁷⁰ Cfr. nota 67.

⁷¹ Tali riforme spaziano dalla politica fiscale e monetaria, alla gestione delle risorse pubbliche, al commercio estero, al *welfare*, fino alle riforme istituzionali e del sistema giudiziario. Cfr. B. GHAZI, *op. cit.*, p. 47.

⁷² J. PEABODY, *Economic Reform and Health Sector Policy: Lessons from Structural Adjustment Programs*, in *Social Science and Medicine*, 1996, p. 823 ss.

condizioni particolarmente restrittive, come la privatizzazione dei servizi pubblici o i tagli ai sussidi governativi, hanno portato a prolungati periodi di indigenza per le popolazioni di alcuni PVS; questi si sono – a loro volta – tradotti in rivolte popolari duramente repressi dai governi, con conseguenti violazioni delle libertà fondamentali e serie interruzioni del processo democratico⁷³.

In merito al secondo profilo, vi sono dei casi in cui è legittimo affermare che l'approvazione del prestito *in sé* costituisce un potenziale rischio per la tutela dei diritti fondamentali nel Paese beneficiario, a prescindere dalle condizioni e dalle riforme ad esso associate. A tal proposito, è il caso di osservare che le IFI, nel momento in cui approvano finanziamenti a favore di governi autoritari e repressivi, contribuiscono indirettamente alle violazioni dei diritti fondamentali perpetrate dai suddetti governi⁷⁴. Infatti, l'erogazione di credito da parte delle due Organizzazioni contribuisce a dare una certa legittimità (a livello internazionale) e stabilità (a livello interno) ai regimi repressivi. A ciò si aggiunga che, sul piano puramente finanziario, l'assistenza della Banca mondiale e del FMI aumenta il livello di fiducia dei mercati nei confronti di tali Paesi i cui governi, d'altronde, non avendo metodi trasparenti per la gestione delle risorse pubbliche, rendono difficile un controllo sul reale utilizzo delle risorse prestate.

8. Alla luce di quanto appena considerato, numerose sono le proposte formulate dalla dottrina e dalla società civile internazionale per una riforma delle IFI che per-

⁷³ J. OLOKA-ONYANGO, *Poverty, Human Rights and the Quest for Sustainable Human Development in Structurally Adjusted Uganda*, in *Netherlands Quarterly of Human Rights*, 2000, pp. 34-44. L'impatto negativo dei programmi estensivi di riforme macro-economiche è stato messo in luce anche dallo *special rapporteur* delle Nazioni Unite per la prevenzione della discriminazione e la protezione delle minoranze. Egli ha osservato che molte delle misure di austerità economica associate ai programmi di prestito delle IFI hanno messo a rischio il godimento dei diritti all'educazione, alla salute, al cibo, ad un alloggio adeguato ed al lavoro. Inoltre, ha evidenziato una distribuzione asimmetrica dei costi delle misure di aggiustamento strutturale tra le fasce della popolazione dei Paesi beneficiari, e ha denunciato un'erosione dell'auto-determinazione economica degli stessi come conseguenza della condizionalità del Fondo e della Banca che, d'altronde, viene ritenuta inefficace. Cfr. il rapporto di D. TÜRK, *The Realisation of Economic, Social and Cultural Rights, second progress report by the Special Rapporteur of the Subcommission for the Prevention of Discrimination and Protection of Minorities*, UN Doc. E/CN.4/Sub.2/1991/17, 18 luglio 1991, paragrafi 36-51.

⁷⁴ Diversi sono gli esempi di operazioni delle IFI a favore di regimi autoritari e repressivi. Vi è il caso della prolungata assistenza economica della Banca mondiale al regime di Suharto in Indonesia, che è continuata nonostante l'Organizzazione fosse consapevole che circa un terzo delle somme prestate finisse regolarmente nelle tasche delle più alte cariche dello Stato, mentre il governo reprimeva i diritti civili e politici della popolazione e occupava, in maniera illecita, Timor est. Cfr. K. HORTA, *Rhetoric and Reality: Human Rights and the World Bank*, in *Harvard Human Rights Journal*, 2002, pp. 227-244. Altro caso degno di nota è il sostegno economico e finanziario delle IFI a favore del regime di Mobutu, in Congo: anche in questo caso, buona parte dei prestiti veniva utilizzata dal Presidente e dai suoi fedelissimi per scopi privati, mentre qualsiasi forma di opposizione veniva duramente repressa. In proposito si veda M. WRONG, *In the Footsteps of Mr. Kurtz: Living on the Brink of Disaster in Mobutu's Congo*, London, 2001, p. 215 ss. Vi è, inoltre, il caso dell'assistenza economica della Banca mondiale al regime di Pinochet in Cile, assistenza che, peraltro, era stata sistematicamente rifiutata dall'Organizzazione negli anni della Presidenza di Allende, eletto democraticamente al contrario del suo successore. Si può, inoltre, menzionare un prestito del FMI approvato nel 1995 a favore della Russia immediatamente dopo che le atrocità compiute contro la popolazione civile di Samashki, in Cecenia divennero di dominio pubblico. Su questi e su altri casi simili si veda B. GHASI, *op. cit.*, p. 53.

metta a queste ultime di considerare legittimamente i diritti umani nelle loro operazioni, di associare ai prestati condizioni che richiedano agli Stati di agire in conformità ai loro obblighi internazionali in materia, di sviluppare *policies* interne coerenti sulla tutela dei diritti fondamentali e di predisporre meccanismi efficaci di *human rights accountability*⁷⁵.

Tra le diverse proposte suggerite, oggetto di vivace dibattito è quella relativa al ricorso alla c.d. *human rights conditionality*. Tale tipologia di condizionalità dovrebbe vincolare l'assistenza finanziaria ed economica del FMI e della Banca mondiale al rispetto, da parte del governo beneficiario, dei propri obblighi internazionali in materia di diritti umani e dovrebbe portare alla sospensione dei finanziamenti nel momento in cui vengano compiute violazioni di tali diritti. La questione della *human rights conditionality* è però alquanto delicata, in quanto collegata sia con la capacità delle IFI stesse di elaborare una simile tipologia di condizioni e monitorarne l'applicazione, sia con la legittimità e reale utilità del ricorso a questo strumento.

Tra le argomentazioni a favore del ricorso alla *human rights conditionality* vi è quella di chi sostiene che essa potrebbe rivelarsi utile, nelle democrazie più fragili, per evitare che il governo dello Stato beneficiario di un prestito giustifichi eventuali violazioni dei diritti fondamentali con la necessità di attuare le riforme associate all'assistenza economica. Infatti, la presenza negli accordi di prestito di riferimenti espliciti alla tutela dei diritti fondamentali dovrebbe, di per sé, scoraggiare il governo dall'adottare simili strategie. Inoltre, si sostiene, nei casi in cui lo Stato beneficiario non abbia aderito ad accordi internazionali per la tutela dei diritti fondamentali, la *human rights conditionality* potrebbe essere più "accettabile", a livello politico, della ratifica di un trattato, in quanto – specialmente nel caso del FMI⁷⁶ – non equivarrebbe ad un vero e proprio obbligo giuridico, come quello che potrebbe derivare da un accordo. In questa maniera si assicurerebbe la tutela almeno dei diritti fondamentali negli Stati in cui essi sono potenzialmente più a rischio⁷⁷.

Tra i favorevoli alla *human rights conditionality* vi è, inoltre, chi ritiene che essa, se intesa non come forma di coercizione, ma come elemento di dialogo conti-

⁷⁵ Interessanti suggerimenti di riforma, con una valutazione sui meccanismi da adottare e sui pro e contro dell'eventuale adozione di strategie correlate con la tutela dei diritti umani sono individuati in D. D. BRADLOW, *op. cit.*, p. 85 ss. Altre proposte sono contenute in un documento intitolato *Tilburg Guiding Principles on World Bank, IMF and Human Rights*, redatto da un gruppo di esperti di diritto internazionale in occasione di due incontri tenutisi presso l'Università di Tilburg, in Olanda, nell'ottobre 2001 e nell'aprile 2002. Il testo del documento è integralmente riportato in W. VAN GENUGTEN, P. HUNT, S. MATHEWS (eds.), *World Bank, IMF and Human Rights*, Nijmegen, 2004, p. 249 ss. Sul punto si vedano anche D. GILLIES, *Human Rights, Democracy and Good Governance: Stretching the World Bank's Policy Frontiers*, in J. M. GRIESGRABER, B. G. GUNTER (eds.), *The World Bank: Lending on a Global Scale*, London, 1996, p. 101 ss.; D. KINLEY, *Human Rights and the World Bank: Practice, Politics and Law*, in A. PALACIO (ed.), *The World Bank Legal Review: Law and Justice for Development*, Washington D.C., 2006, p. 353 ss. Sulla riforma delle IFI si veda, inoltre, S. CAFARO, *Il governo delle organizzazioni di Bretton Woods*, Torino, 2012.

⁷⁶ Diversamente dai *loan agreements* della Banca mondiale, gli *stand-by arrangements* del FMI non sono comparabili ad accordi internazionali.

⁷⁷ Per questa tesi cfr. B. RAJAGOPAL, *Crossing the Rubicon: Synthesizing the Soft International Law of the IMF and Human Rights*, in *Boston University International Law Journal*, 1993, p. 81 ss.

nuo tra le IFI e gli Stati beneficiari, potrebbe contribuire alla costruzione di processi democratici duraturi, oltre che allo sviluppo economico⁷⁸.

Tuttavia, vista l'alta sensibilità politica della questione, la decisione di associare tale tipologia di condizioni all'assistenza finanziaria ed economica dovrebbe essere presa caso per caso, dopo un'attenta valutazione della situazione nel Paese beneficiario. Vi è, infine, chi teorizza la necessità e legittimità di un ricorso alla *human rights conditionality* per promuovere, in particolare, il diritto alla partecipazione alla vita democratica del proprio Paese, ritenendo tale diritto un pre-requisito necessario per il godimento di molti altri diritti fondamentali⁷⁹. Al tempo stesso, il rispetto di tale condizione potrebbe essere assimilato, nella prassi delle due Organizzazioni, alla realizzazione di tutte le altre misure solitamente associate alle operazioni di finanziamento delle IFI⁸⁰.

Fortemente contrari al ricorso alla *human rights conditionality* sono, invece, i governi dei PVS e dei Paesi meno avanzati. Essi sostengono, infatti, che un simile strumento sarebbe una vera e propria arma politica, di stampo neocoloniale, utilizzata dai governi dei Paesi donatori per ostacolare la loro crescita economica⁸¹. Inoltre, essi ritengono che le IFI e i Paesi industrializzati in generale ricorrerebbero a tale tipologia di condizionalità in maniera arbitraria, indirizzandola solo verso il rispetto di alcuni diritti a scapito di altri, come quelli economici, sociali e culturali⁸².

Tra le altre argomentazioni contrarie alla *human rights conditionality* vi è, inoltre, chi sostiene che la sospensione dell'assistenza finanziaria come conseguenza dell'applicazione di tale condizione equivarrebbe, di fatto, ad una sanzione economica e potrebbe rivelarsi, addirittura, controproduttiva per la tutela dei diritti fondamentali; essa apparirebbe, infatti, una "punizione" inflitta a tutta la popolazione dello Stato beneficiario e non agli individui effettivamente responsabili degli atti repressivi⁸³. Vi è, infine, chi obietta che l'adozione di condizioni in materia di diritti umani non solo non rientri nel mandato delle IFI, ma costituisca un'ingerenza negli affari interni degli Stati beneficiari dei prestiti⁸⁴.

⁷⁸ D. GILLIES, *op. cit.*, pp. 112-113. L'autore cita, inoltre, una serie di modalità per l'applicazione di una versione più "soft" della *human rights conditionality*, pensate in particolar modo per le operazioni della Banca mondiale: bloccare l'approvazione di nuovi finanziamenti; posporre l'erogazione delle rate o l'approvazione di progetti in corso di valutazione; dissuadere lo Stato dal richiedere nuovi prestiti finché non cessino le violazioni; evitare di approvare prestiti al settore pubblico ma continuare a finanziare progetti per il settore privato; non sospendere i finanziamenti ai progetti di assistenza tecnica e ai progetti di sostegno alle riforme sociali; includere, nei progetti dedicati al settore dell'educazione, misure specifiche sull'educazione al rispetto dei diritti umani durante l'addestramento delle forze militari e di polizia.

⁷⁹ Per approfondimenti sulla rilevanza del diritto alla partecipazione politica si veda: G. H. Fox, *The Right to Political Participation in International Law*, in *Yale Journal of International Law*, 1992, p. 595 ss.

⁸⁰ D. NAVISKY, *Money Talks: Putting the Bite in Participatory Rights Through International Financial Assistance*, in *Boston College International and Comparative Law Review*, 2007, pp. 485-505.

⁸¹ Cfr. R. GERSTER, *The IMF and Basic Needs Conditionality*, in *Journal of World Trade*, 1982, p. 497 ss.

⁸² K. TOMASEVSKI, *Development Aid and Human Rights Revisited*, London-New York, 1993, p. 10.

⁸³ K. DE FEYTER, *Self Regulation*, in W. VAN GENUYTEN, P. HUNT, S. MATHEWS (eds.), *op. cit.*, p. 79 ss.

⁸⁴ A. CLAPHAM, *op. cit.*, p. 138.

9. L'adozione della *human rights conditionality* da parte delle IFI, da attuarsi tramite un monitoraggio compiuto in collaborazione con agenzie specializzate delle Nazioni Unite con competenze precise in materia, permetterebbe alle due Organizzazioni di continuare ad esercitare le loro funzioni economico-finanziarie senza adottare condizioni *specifiche* in materia di diritti umani, ma semplicemente vincolando l'assistenza economica al rispetto di obblighi internazionali già assunti dagli Stati beneficiari.

Per realizzare questi obiettivi, una fonte d'ispirazione potrebbe essere la particolare forma di condizionalità democratica applicata dall'Unione europea attraverso l'adozione di programmi unilaterali. Infatti, vi sono due importanti elementi di somiglianza tra tale tipologia di condizionalità e quella applicata dalle IFI: *i*) il collegamento diretto tra l'erogazione dell'assistenza finanziaria (o la garanzia del trattamento commerciale preferenziale) ed il rispetto di particolari requisiti (nel caso dell'UE, i diritti umani ed i principi democratici); *ii*) le condizioni sono poste unilateralmente dall'organizzazione internazionale nei confronti dello Stato beneficiario (non sono, quindi, frutto di un accordo) e non vi è alcuna reciprocità.

L'adozione di regolamenti che stabiliscono programmi di assistenza finanziaria e tecnica o che istituiscono sistemi di preferenze tariffarie a favore dei PVS potrebbe dunque essere un valido modello per le IFI. Questa forma di condizionalità subordina, infatti, l'accesso a particolari finanziamenti, o il godimento di un determinato trattamento preferenziale, al rispetto di una serie di convenzioni internazionali sulla tutela dei diritti fondamentali, dei principi democratici e dello Stato di diritto. La suddetta tipologia di condizionalità, pur non avendo una vera e propria natura coercitiva, è dotata però di una particolare forza, in quanto può incidere sulle decisioni di politica interna degli Stati beneficiari, i quali possono decidere se conformarsi alle condizioni stabilite per poter continuare a usufruire degli aiuti economici o delle concessioni tariffarie.

Nell'ambito di questa modalità di applicazione della *human rights conditionality* da parte dell'UE, uno strumento al quale potrebbero ispirarsi le IFI, per superare i problemi connessi con la legittimità dell'inclusione dei diritti fondamentali nei rispettivi mandati, sarebbero i regimi speciali di incentivazione legati al GSP. Essi, infatti, accordano *ulteriori* preferenze tariffarie, oltre a quelle già garantite dal GSP, agli Stati che ratificano ed applicano determinate convenzioni internazionali. Il FMI e la Banca mondiale potrebbero, quindi, prevedere l'applicazione di condizioni di prestito particolarmente vantaggiose – rispetto a quelle *standard* – per incoraggiare il rispetto di alcuni diritti e libertà fondamentali.

In questa maniera, il meccanismo di incentivazione funzionerebbe su base puramente volontaria, senza configurare eventuali ingerenze negli affari interni dei beneficiari (molto spesso paventate dalle IFI stesse come rischio connesso all'inclusione di materie non economiche nelle attività di prestito). Inoltre, un simile sistema di condizioni permetterebbe, allo stesso tempo, il progressivo affermarsi di valori e principi essenziali non solo per il rafforzamento delle democrazie, ma anche per una crescita economica più equa e sostenibile nel medio-lungo periodo. Così facendo, il FMI e la Banca mondiale agirebbero più efficacemente (e concretamente) come Istituti specializzati delle Nazioni Unite, utilizzando le proprie risorse per incoraggiare l'adozione di comportamenti che assicurino la pace e la prosperità internazionali.

Abstract

Human Rights Conditionality and Its Applicability to the International Financial Institutions

Conditionality is used by many international organizations whose mandate encompasses the economic growth and/or the development of States. The recourse to this instrument, introduced by the International Monetary Fund and the World Bank Group (IFIs) in the '70s, arises several interesting issues pertaining public international law, such as the delicate relationship between conditionality and fundamental human rights. Both in doctrine and in civil society valuable proposals have been made in order to reform IFI's conditionality so as to make this tool not an obstacle to human rights, but a means to promote their respect. The aim of this paper is to evaluate the applicability of the model of human rights conditionality as adopted by the European Union in its relations with third countries to the IFIs.



Note e Commenti

Cristiana Carletti*

Opportunità di crescita delle *partnerships* istituzionali dell'Unione europea tra Medio Oriente ed Asia: il Consiglio di cooperazione del Golfo e l'Organizzazione per la cooperazione di Shanghai

SOMMARIO: 1. Il Mediterraneo: la politica europea di vicinato ed i rapporti con il Medio Oriente. – 2. L'evoluzione dei tradizionali assetti del partenariato ed i nuovi interlocutori: il Consiglio di cooperazione del Golfo (CGC). – 3. Aspetti strutturali ed operativi. – 4. Obiettivi strategici UE-CCG: per un dialogo rafforzativo dell'apparato economico e commerciale. – 5. Il continente asiatico: quali sfide ed opportunità per l'Unione europea? – 6. L'Organizzazione per la cooperazione di Shanghai (OCS): per una lettura dinamica dell'assetto organico e delle potenzialità cooperative. – 7. Elementi di contatto e di dialogo tra OCS ed Unione europea nel settore economico-finanziario in una dimensione evolutiva. – 8. Alcune osservazioni conclusive.

1. Le relazioni esterne promosse dall'Unione europea nei confronti delle aree regionali limitrofe, orientale (Armenia, Azerbaigian, Bielorussia, Georgia, Moldova ed Ucraina) e meridionale (Algeria, Autorità palestinese, Egitto, Israele, Giordania, Libano, Marocco, Siria e Tunisia), hanno subito una nuova ed incisiva spinta a partire dai primi anni del XXI secolo. L'adozione della politica europea di vicinato (PEV) è il frutto di un coordinamento inter-istituzionale riassunto nella comunicazione della Commissione intitolata "Europa ampliata-Prossimità: un nuovo contesto per le relazioni con i nostri vicini orientali e meridionali" del giugno 2003, seguita dal documento di strategia approvato nel successivo giugno 2004, inclusivo di una accezione del concetto di vicinato ben oltre le considerazioni puramente geografiche e mirato ad agevolare la sicurezza, la stabilità ed il benessere dei Paesi che vi parte-

* Associato di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Roma Tre.

cipano, sulla scorta di accordi previgenti e mediante la definizione di piani d'azione allo scopo di riformulare e rafforzare gli impegni già assunti dai contraenti.

In questa prospettiva la PEV è stata formulata ed introdotta nell'art. 8 TUE, sulla scorta di una connotazione tipica ed autonoma e dunque distinta dalla disciplina più ampia relativa all'azione esterna (art. 21 TUE – titolo V, capo I; art. 205 ss. TFUE – parte V), sebbene fondata sul comune riconoscimento dei valori dell'Unione *ex art. 2 TUE*¹.

Ciò porta oggi a ritenere che sia intenzione dell'Unione sviluppare con i Paesi appartenenti alle zone limitrofe “relazioni privilegiate” o anche “relazioni strette e pacifiche basate sulla cooperazione” e che la migliore modalità operativa a tal fine sia quella di stilare piani d'azione o anche di negoziare e di concludere nuovi accordi “specifici”, di natura vincolante in quanto comportanti diritti ed obblighi reciproci per i contraenti, base giuridica per la conduzione di comuni azioni e sottoposti a concertazione periodica. In altre parole si tratta di una tipologia di accordi ascrivibile alla categoria degli accordi di associazione, senza alcuna specifica indicazione circa la natura mista degli stessi o, al contrario, la prevalente competenza esclusiva dell'Unione ai fini della stipulazione.

Le relazioni esterne rispondenti ad impegni introdotti in strumenti giuridici vincolanti per il conseguimento di comuni obiettivi di natura economica e finanziaria saranno dunque oggetto di indagine con riguardo al peculiare interlocutore presente nell'area meridionale di prossimità: il Consiglio di cooperazione del Golfo (CCG).

2. Il processo istitutivo di un meccanismo di cooperazione primariamente economica e sociale tra i principali Paesi dell'area mediorientale, su impulso dell'Arabia Saudita, a sua volta sollecitata dagli Stati Uniti, prende avvio nei primi anni '80 ed interessa il Bahrain, il Kuwait, l'Oman, il Qatar e gli Emirati Arabi Uniti².

La creazione di un mercato comune tra i c.d. Paesi del Golfo ha quale base giuridica l'Accordo economico unificato firmato a Riyad l'11 novembre 1981, il quale entra in vigore a partire dalla fine dello stesso anno quando si assicura il libero scambio di beni e prodotti, con lo scopo ultimo di stabilizzare l'area sotto il profilo

¹ Cfr., nel post-Lisbona: M. CREMONA, *The European Neighbourhood Policy*, in A. OTT, E. VOS (eds.), *Fifty Years of European Integration: Foundations and Perspectives*, The Hague, 2009, p. 221 ss.; B. VAN VOOREN, *A Case Study of “Soft Law” in EU External Relations: The European Neighbourhood Policy*, in *European Law Review*, 2009, p. 696 ss.; M. COMELLI, *Articolo 8 TUE*, in C. CURTI GIALDINO (a cura di), *Codice dell'Unione europea operativo – TUE e TFUE commentati articolo per articolo con la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea*, Napoli, 2012, p. 143 ss.

² Per una ricostruzione dei passaggi istitutivi ed evolutivi del CCG cfr. A. Y. BISHARA, *The Gulf Cooperation Council: Achievements and Challenges*, in *American-Arab Affairs*, 1983, p. 40 ss.; J. CHRISTIE, *History and Development of the Gulf Cooperation Council*, *ivi*, 1986, p. 1 ss.; E. R. PETERSON, *The Gulf Cooperation Council*, Boulder, 1988; F. GLUBB, *The GCC: Important Steps Forward*, in *Middle East International*, 1998, p. 15 ss.; H. A. DAR, J. R. PRESLEY, *The Gulf Co-operation Council: A Slow Path to Integration?*, in *World Economy*, 2001, p. 1161 ss.; M. LEGRENZI, *Did the GCC Make a Difference? Institutional Realities and (Un)Intended Consequences*, in C. HARDERS, M. LEGRENZI (eds.), *Beyond Regionalism? Regional Cooperation, Regionalism and Regionalization in the Middle East*, Aldershot, 2008, p. 107 ss.; ID., *The GCC and the International Relations of the Gulf*, London, 2011; C. GIARDULLO, *The Gulf Cooperation Council as a New Regional Power: Time for the EU to Propose a Strategic Partnership*, *Bruges Regional Integration & Global Governance Papers*, n. 3, 2012, reperibile online.

economico e finanziario. Più in particolare l'Accordo dispone circa la creazione di un sistema tariffario uniforme, richiamando gli Stati membri al rispetto del principio di non discriminazione in materia di flussi finanziari, e l'armonizzazione dei rispettivi apparati industriali, con il fine ultimo di delineare una comune politica in materia di investimenti.

Gli scarsi risultati, monitorati nei primi cinque anni dalla istituzione del CCG, sono bilanciati da una ripresa della programmazione degli interventi in reazione agli effetti economici derivanti dalla seconda guerra del Golfo: nel 1991 si procede per la nascita di un fondo dotato di 10 miliardi di dollari a sostegno dei Paesi dell'area e si formula la proposta di adottare una moneta unica entro il 1999; al contempo, nel 1994, si apre un centro dotato di competenza arbitrale di merito per le controversie di natura commerciale che vedono quali parti gli Stati membri. Tuttavia l'obiettivo monetario, peraltro sollecitato dagli interlocutori esterni, compresa l'Unione europea, quale preconditione per l'ingresso degli Stati membri del CCG nell'Organizzazione mondiale del commercio, appare difficile da raggiungere nei tempi previsti, ed emerge nuovamente l'ipotesi di delineare nuovi assetti commerciali sotto il profilo bilaterale tra singoli Stati membri ed attori esterni.

Se, però, per la realizzazione di un vero e proprio mercato comune del Golfo bisognerà attendere il 2008, l'adozione di una moneta unica, il Khalījī, è ancora irrealizzata per via del mancato sostegno al progetto da parte dell'Oman, degli Emirati Arabi Uniti ed infine del Kuwait, sebbene nel 2009 sia stato istituito un apposito Consiglio monetario e sia stata delineata la procedura finalizzata alla creazione di una banca centrale regionale³.

Nonostante tali dinamiche a velocità multiple, la cooperazione nel Golfo è stata condotta sin dall'inizio muovendo comunque dalla comune rilevanza attribuita a settori prioritari quali la produzione agricola e lo sviluppo industriale, il sistema commerciale ed i meccanismi di controllo doganale⁴, la promozione dei processi

³ Cfr. S. N. ERBAS, G. BEHROUZ, G. T. ABED, *The GCC Monetary Union: Some Considerations for the Exchange Rate Regime*, IMF Working Papers, n. 3/66, 2003, reperibile *online*; U. FASANO-FILHO, A. SCHAECHTER, *Monetary Union among Member Countries of the Gulf Cooperation Council*, IMF occasional papers, n. 223, agosto 2003, reperibile *online*; M. STURM, N. SIEGFRIED, *Regional Monetary Integration in the Member States of the Gulf Cooperation Council*, European Central Bank, Occasional Paper Series, n. 31, 2005, reperibile *online*; S. ABU-BADER, A. ABU-QARN, *On the Optimality of a GCC Monetary Union: Structural VAR, Common Trends and Common Cycles Evidence*, Ben-Gurion University of the Negev, Department of Economics working papers series, n. 225, settembre 2006, reperibile *online*; B. KAMAR, S. B. NACEUR, *GCC Monetary Union and the Degree of Macroeconomic Policy Coordination*, IMF Working Paper, n. 7/249, ottobre 2007, reperibile *online*; S. PATTANAİK, *How Closely the GCC Approximates an Optimum Currency Area?*, in *Journal of Economic Integration*, 2007, p. 573 ss.; W. H. BUITER, *Economic, Political, and Institutional Prerequisites for Monetary Union Among the Members of the Gulf Cooperation Council*, in *Open Economies Review*, 2008, p. 579 ss.; A. ANTONIADES, *The Gulf Cooperation Council Monetary Union*, in M. KAMRAVA (ed.), *The Political Economy of the Persian Gulf*, New York-London, 2012.

⁴ Si veda in particolare l'art. 7 dell'Accordo economico unificato: "Member States shall coordinate their commercial policies and relations with other States and regional economic groupings and blocs with a view to creating balanced trade relations and equitable circumstances and terms of trade therewith. To achieve this goal, the Member States shall make the following arrangements: 1. Coordination of import / export policies and regulations; 2. Coordination of policies for building up strategic food stocks; 3. Conclusion of collective economic agreements in cases where joint benefits to Member States

di rafforzamento dell'apparato legislativo ed amministrativo, il contributo della ricerca scientifica e la più ampia partecipazione degli attori privati alle opportunità di ricerca e di investimento⁵.

Da quanto sinora premesso, è evidente la scarsa attenzione del Consiglio in parola per i temi politici, come confermato peraltro a seguito dello scioglimento del Consiglio di cooperazione araba, organizzazione antagonista del Consiglio di cooperazione del Golfo giacché promosso dal Kuwait in opposizione alla monarchia saudita e coinvolgente Giordania, Iraq, Yemen del Nord ed Egitto, con l'ulteriore e futura conseguenza di una richiesta d'ingresso nel CCG da parte dello Yemen entro il 2016.

3. Sotto il profilo strutturale, il Consiglio di cooperazione del Golfo è articolato in cinque organi.

Il Consiglio supremo è composto dai capi di Stato dei Paesi membri e presieduto a rotazione in ordine alfabetico arabo e convocato in sessione ordinaria annuale alla presenza di almeno due terzi dei membri ed ha competenza a deliberare mediante l'adozione di risoluzioni di natura sostanziale o procedurale, richiedendosi rispettivamente per le prime l'unanimità dei voti e per le seconde la maggioranza semplice. Per la individuazione dei temi di maggiore rilievo, sui quali si esplica appunto la sua competenza a deliberare, il Consiglio supremo si avvale di una Commissione consultiva formata da rappresentanti degli Stati membri che vi prendono parte a titolo individuale in quanto particolarmente esperti e competenti per le materie oggetto della programmazione degli interventi del CCG.

Il Consiglio ministeriale, invece, è composto dai Ministri degli affari esteri degli Stati membri ed è presieduto a turno dal Paese che termina il mandato di *leadership* nell'ambito del Consiglio supremo; la sua attività ordinaria implica la convocazione

would be realized; 4. Taking of action for the creation of collective negotiating power to strengthen their negotiating position vis-à-vis foreign parties in the field of importation of basic needs and exportation of major products”.

⁵ Cfr. F. H. BESEISU, *Sub-regional Economic Cooperation in the Arab Gulf*, in *Arab Gulf Journal*, 1981, p. 45 ss.; M. BARNETT, F. GREGORY GAUSE III, *Caravans in Opposite Directions: Society, States and the Development of Community in the Gulf Cooperation Council*, in E. ADLER, M. BARNETT (eds.), *Security Communities*, Cambridge, 1998, p. 161 ss.; F. LAWSON, *Theories of Integration in a New Context: The Gulf Cooperation Council*, in K. P. THOMAS, M. A. TÊTREAUULT (eds.), *Racing to Regionalize*, Boulder, 1999, p. 7 ss.; A. O. AKARLI, *The GCC Dream: Between the BRICs and the Developed World*, Goldman Sachs global economics, paper n. 155, aprile 2007, reperibile *online*; F. AL-MOMANI BESSMA, *Reacting to Global Forces: Economic and Political Integration of the Gulf Cooperation Council*, in *Journal of the Gulf and Arabian Peninsula Studies*, 2008, p. 47 ss.; A. HOSSAIN, K. NASER, *Trade and Regional Integration: Analysis of the Effectiveness in the GCC*, in *International Journal of Islamic and Middle Eastern Finance and Management*, 2008, p. 95 ss.; M. STURM, J. STRASKY, P. ADOLF, D. PESCHEL, *The Gulf Cooperation Council Countries – Economic Structures, Recent Developments and Role in the Global Economy*, in *Journal of Economic Integration*, 2008, p. 42 ss.; M. LEGRENZI, *The GCC*, cit.; R. SHEDIAC, K. PARAG, R. TAUFUQ, H. A. SAMMAN, *Integrating, not Integrated: A Scorecard of GCC Economic Integration*, Abu Dhabi, 2011; F. LAWSON, *Transformations of Regional Economic Governance in the Gulf Cooperation Council*, Georgetown University, Center for International and Regional Studies, Occasional Paper, n. 10, 2012, reperibile *online*; H. HOSSAIN, *Evolution of Mutual Knowledge-Based Economy in Regional Integration: An Experience from the Cooperation Council of Arab States of the Gulf*, in *Journal of the Knowledge Economy*, 2013, p. 1 ss.

di sessioni ogni tre mesi, essendo necessaria anche in questo caso la presenza di almeno due terzi dei membri. La funzione precipua del Consiglio consiste nella definizione delle politiche del CCG in modo coordinato ed efficace, adottando a tal fine atti quali risoluzioni e raccomandazioni per l'approvazione finale da parte del Consiglio supremo, la cui agenda e le cui attività sono predisposte dal Consiglio ministeriale.

Il CCG, infine, si è dotato di un Segretariato generale, organo che appronta attività di studio, di cooperazione ed integrazione delle politiche economiche e finanziarie degli Stati membri, ed è competente per la preparazione e l'esecuzione delle risoluzioni e delle raccomandazioni adottate dal Consiglio supremo e dal Consiglio ministeriale. L'organo è diretto da un Segretario generale, nominato dal Consiglio supremo ed in carica per tre anni, ed è composto da cinque assistenti delle Segreterie generali per le aree di natura tematica (politica, economia, ambiente, sicurezza militare), dal capo della delegazione del CCG a Bruxelles e dai direttori generali, anch'essi competenti per i settori rilevanti.

Dalla breve ricostruzione dell'assetto organico del CCG è evidente che la struttura organica riproduce il modello classico delle organizzazioni internazionali, il Consiglio essendosi progressivamente dotato di tutti gli strumenti ed i meccanismi utili per il suo pieno ed efficace funzionamento.

4. Il dialogo tra l'Unione europea ed il Consiglio di cooperazione del Golfo ha inizio immediatamente dopo la creazione di questo, quando l'introduzione di misure doganali in ordine alla importazione di prodotti petrolchimici dall'Arabia Saudita e dal Kuwait determina un rallentamento dello sviluppo economico di questi Paesi e dunque l'opportunità di opzionare l'apertura di un negoziato finalizzato alla stipulazione di un accordo commerciale di natura interregionale.

Invero detta opzione assume una portata programmatica ad impatto strategico soltanto alla fine degli anni '80, più precisamente nel 1988 quando viene negoziato e concluso l'Accordo bilaterale di cooperazione tra i due sistemi istituzionali, entrato in vigore nel 1989. Tale passaggio non è stato esente da critiche manifestate sia tra gli Stati membri dell'Unione sia, poi, nei confronti dell'altra parte contraente in merito all'introduzione della clausola della nazione più favorita per prodotti e servizi esportati dal CCG (prima fase) e alla piena attuazione dell'Accordo a supporto della creazione di un'area di libero scambio (seconda fase), condividendo invece la necessità di istituire un apposito Consiglio comune, organismo facilitatore dell'attuazione dell'Accordo⁶.

In linea di continuità con i pregressi rapporti condotti già dalla Comunità economica europea e dagli Stati membri con i Paesi del Golfo, la disciplina in esame contiene riferimenti non soltanto mirati alla creazione di condizioni di stabilità politica e commerciale nell'area mediorientale, ma anche alla facilitazione delle relazioni più squisitamente economiche, mediante un ampliamento delle modalità di assistenza tecnica e finanziaria predisposte dall'Unione europea ed una mag-

⁶ Accordo di cooperazione tra la Comunità economica europea, da una parte, e i Paesi aderenti alla Carta del Consiglio di cooperazione per gli Stati arabi del Golfo, dall'altra, *GUCE* L 54, 25 febbraio 1989, p. 3 ss.

giore cooperazione in alcuni settori-chiave quali quello agricolo ed industriale, l'energia e la preservazione dell'ambiente, il commercio di beni e servizi, gli investimenti, la ricerca scientifica e tecnologica. Si tratta di settori-chiave nei quali entrambi i contraenti si sono impegnati nell'agevolare il dialogo interregionale in termini di vantaggi reciproci, sebbene è in questa prospettiva che lo stesso CCG si è riproposto di rafforzare la propria stabilità istituzionale regionale, ben consapevole della propria posizione e delle potenzialità strategiche di sviluppo in un'ottica diversificata rispetto al più lento processo di crescita a velocità variabili del continente europeo.

Probabilmente è proprio in questa prospettiva che sia la molteplicità dei temi oggetto di regolamentazione sia la difficoltà concreta di procedere in termini cooperativi nell'ambito più strettamente politico e della sicurezza hanno spinto l'Unione europea ed il CCG a concentrarsi sul settore economico e finanziario, nei due passaggi operativi sopra richiamati. Una evidente sollecitazione in tal senso è dipesa soprattutto dal risultato conseguito dal CCG in funzione della creazione dell'unione doganale nel 2003, progressivamente ridimensionato però dalle criticità emerse nella conduzione del dialogo cooperativo bilaterale con l'Unione europea: giunto ad una situazione di vero e proprio stallo alla fine del 2008, il dialogo è proseguito sinora soltanto nella modalità di incontri istituzionali nella sede del Consiglio congiunto, di alcune riunioni ministeriali e di riunioni di natura tecnica nei settori disciplinati dall'Accordo⁷. In questa prospettiva, peraltro, lo stesso Segretariato del Consiglio ha recepito l'esigenza, manifestata da tutti gli Stati membri, di interloquire anche con soggetti altri dall'Unione europea.

In altre parole la necessità di ottenere da parte dei contraenti reciproci vantaggi in termini di accesso ai mercati e di graduale liberalizzazione del commercio di beni e servizi in un assetto interregionale, pur sempre nel rispetto di regole e procedure comuni, non è stata soddisfatta in tutti i settori-chiave: ciò non ha impedito tuttavia di riflettere sull'esigenza di riavviare il dialogo in alcuni di essi, ad es. in materia di approvvigionamento energetico per l'Unione europea a fronte dell'acquisizione delle migliori conoscenze e pratiche tecnologiche per il CCG, o anche di stabilizzazione del quadro finanziario nella stessa dimensione interregionale a seguito della crisi registrata al livello globale nel 2008.

Invero la inopportunità di negoziare *ex novo* l'Accordo di cooperazione in funzione della creazione dell'area di libero scambio, unitamente alla opportunità di superare gli ostacoli insiti nella conduzione della *partnership* istituzionale UE-CCG, sono state affrontate in tempi più recenti mediante la conclusione di un Programma d'azione congiunto per il triennio 2010-2013, nel quale sono definiti gli interventi e le iniziative, tuttora in corso, tesi a riavviare una efficace collaborazione tecnica e finanziaria tra le parti⁸.

Tra le voci di maggior rilievo del Programma, si ritiene opportuno richiamare quella relativa alla cooperazione economica, finanziaria e monetaria, per la cui

⁷ L'ultima riunione ministeriale congiunta si è tenuta a Lussemburgo il 25 giugno 2012, sotto la co-direzione dell'Alto rappresentante dell'UE Catherine Ashton e del Ministro degli affari esteri saudita il Principe Saud Al Faisal, mentre la successiva riunione si è svolta il 1° luglio 2013 in Bahrain.

⁸ Vedi Joint Action Programme for Implementation of the GCC-EU Cooperation Agreement of 1988, 2010-2013, reperibile all'indirizzo www.eeas.europa.eu.

attuazione si sottolinea la necessità: di proseguire nel dialogo ad alto livello sui temi di natura macro-economica e nello scambio di informazioni e di buone pratiche nei rispettivi processi di integrazione economica regionale in occasione di *forum* congiunti; di rafforzare le modalità tipiche dell'assistenza tecnica mediante riunioni *ad hoc* per l'analisi congiunta di particolari aspetti economico-finanziari; di concentrare l'attenzione sulla gestione degli assetti finanziari da parte degli esperti ed operatori bancari appartenenti alle aree sistemiche interessate. Pari rilevanza hanno assunto le voci inerenti gli investimenti ed i flussi commerciali, con il mutuo e diretto coinvolgimento delle piccole e medie imprese in un assetto maggiormente semplificato sotto il profilo amministrativo, l'adeguata pianificazione di importazioni ed esportazioni alla luce delle esperienze e delle aspettative degli operatori commerciali.

Benché questo ulteriore passaggio atto a regolamentare il partenariato risponda in modo alquanto dettagliato all'esigenza di riavviare la cooperazione tra le parti, persiste un elemento intrinseco di debolezza rappresentato dal fallito tentativo di ridurre il numero dei settori-chiave in funzione del potenziamento del coordinamento UE-CCG soltanto in quelli ritenuti maggiormente prioritari e nei quali sono già state realizzate interessanti buone pratiche⁹. Tale elemento va soppesato anche in relazione sia al contestuale panorama finanziario globale ed alle difficoltà di numerosi Stati appartenenti alle aree europea e mediorientale di revisionare il loro ruolo ed il loro contributo economico alla luce di chiare decisioni politiche, sia ai più recenti eventi che hanno caratterizzato la c.d. primavera araba, i quali hanno ulteriormente inciso sulle opzioni di intervento o, al contrario, di non intervento dell'Unione europea allo scopo di confermare il proprio impegno nel quadro della *partnership* istituzionale in parola.

Sotto il profilo commerciale, anche a seguito della definizione materiale del predetto Programma d'azione congiunto, rimane in essere l'accesso degli Stati membri del CCG al mercato europeo in conformità al sistema generalizzato delle preferenze dell'Unione (che comunque sarà revisionato nel 2014), per preservare l'alta percentuale di flussi in termini di importazioni ed esportazioni da e verso il territorio europeo. Inoltre l'Unione europea continua ad utilizzare in modo proficuo le risorse costitutive del Fondo per la cooperazione con i Paesi ad alto reddito (ICI *Fund*) ed ha creato un'apposita rete operativa con il CCG per agevolare la cooperazione in materia di sostenibilità ambientale ed energia pulita (EU-GCC *Clean Energy Network*).

Un'analisi delle motivazioni a fondamento dei mancati risultati della *partnership* istituzionale UE-CCG muove innanzitutto dalla presenza di una intrinseca debolezza strutturale tipica di entrambi i sistemi laddove se il CCG ha manifestato sin dall'inizio una preferenza per relazioni bilaterali con l'Europa, dipesa in via principale da contrasti interni tra i Paesi del Golfo in ordine alle modalità relazionali con attori esterni, anche gli Stati membri dell'Unione hanno agito in modo autonomo rispetto alle istituzioni europee, o perlomeno hanno facilitato il dialogo UE-CCG su impulso di alcune delle presidenze del Consiglio in rotazione prima

⁹ Cfr. S. COLOMBO, C. COMMITTERI, *Need to Rethink the EU-GCC Strategic Relation*, Sharaka Conceptual Paper, n. 1, febbraio 2013, reperibile *online*.

dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, in quanto più interessate per motivi puramente unilaterali¹⁰.

Sussistono poi delle perplessità dipese dalla intercorrelazione tra obiettivi strategici dell'Unione nell'area mediorientale tanto politici quanto economici¹¹, la quale non ha condotto, neppure in via parallela, al conseguimento di risultati soddisfacenti. Nella prospettiva del CCG le prerogative economiche dell'Unione europea si sono tradotte in un dialogo non reciprocamente vantaggioso, i Paesi del Golfo essendo stati considerati alla stregua di interlocutori privilegiati soltanto per alcuni settori, come quello energetico, e non in una complessiva programmazione strategica. D'altra parte le precondizioni politiche dell'Unione, alla base della costruzione di un dialogo politico con il CCG, si sono rivelate estremamente rigide e deboli, concentrandosi sugli aspetti della sicurezza, in ottica anti-terroristica, sulla opportunità di adottare un assetto ispirato al principio di condizionalità, avversato dai Paesi del Golfo, contrari altresì ad ogni coinvolgimento della società civile locale negli interventi cooperativi.

L'indebolimento della *partnership* istituzionale UE-CCG è dipeso altresì da fattori di natura contingente: come già si è rilevato in ordine alle criticità attuative del Programma d'azione congiunto, i due principali fattori che hanno determinato l'attuale contesto delle relazioni tra i sistemi in parola sono la crisi finanziaria globale e gli episodi che costituiscono il c.d. fenomeno della primavera araba. In ordine alla prima si sono modificate le posizioni negoziali dei due *partners*, meno forte quella europea e più forte quella mediorientale¹², ciò implicando una maggiore attenzione del primo per le potenzialità offerte dal secondo rispetto ad altri interlocutori geografici; i movimenti rivoluzionari, d'altro canto, hanno costretto i Paesi del Golfo ad assumere una posizione estremamente prudente, anche per preservare la propria stabilità interna e per approntare in modo razionale idonee misure di gestione delle relazioni esterne¹³.

Se, come sinora delineato, numerose e reiterate sono state le perplessità manifestate dai due sistemi direttamente interessati dal partenariato, quali potrebbero essere ad oggi le prospettive funzionali al rafforzamento della *partnership* istituzionale UE-CCG¹⁴?

¹⁰ Cfr. A. BAABOOD, G. EDWARDS, *Reinforcing Ambivalence: The Interaction of Gulf States and the European Union*, in *European Foreign Affairs Review*, 2007, p. 548 ss.

¹¹ Come evidenziato da R. YOUNGS, *Impasse in Euro-Gulf Relations*, Al Jisr Project, Working Paper, aprile 2009, p. 9, reperibile *online*, i parziali risultati del dialogo bilaterale UE-CCG risiedono nel fatto che "the EU has been unable to resolve the tensions between the economic and political strategies in the Gulf".

¹² Cfr. R. A. ESPINOZA, P. ANANTHAKRISHNAN, O. WILLIAMS, *Regional Financial Integration in the GCC*, *International Monetary Fund Working Paper*, IMF Working Paper, n. 10/90, aprile 2010, reperibile *online*.

¹³ Cfr. S. COLOMBO, *Unpacking the GCC's Response to the Arab Spring*, *Sharaka Commentary*, n. 1, luglio 2012, reperibile *online*.

¹⁴ Cfr. C. KOCH, *Exploring Opportunities in the EU-GCC Relationship*, *Policy Brief*, Al Jisr Project, ottobre 2009, reperibile *online*; M. BAUER, C. HANELT, *Europe and the Gulf Region – Towards a New Horizon*, Al Jisr Project, maggio 2009, reperibile *online*. Come rilevato nel corso della riunione ministeriale congiunta del giugno 2012 dall'Alto rappresentante Ashton, l'obiettivo è quello di "help ensure that our relationship becomes even more strategic, even more dynamic" (Remarks by High Representa-

In effetti, come si rileverà anche per l'area geografica asiatica, si impongono due ordini di osservazioni, inerenti la componente soggettiva o attoriale, al di là della già riscontrata interlocuzione cooperativa di natura bilaterale, e la componente oggettiva o materiale, laddove un eventuale assetto multilaterale implichi nuove e diversificate scelte settoriali ad impatto cooperativo¹⁵.

Sotto il primo profilo emerge con forza l'approccio unilaterale adottato dall'Unione europea nei confronti del CCG, in modo del tutto avulso dalla impostazione politico-cooperativa prescelta e adattata nel corso degli anni nell'area mediterranea, intesa in senso ampio. Sebbene tale impostazione possa essere condivisa in termini del tutto generali e preliminari, sulla base dell'esiguo peso demografico e delle marcate potenzialità di crescita economica dei Paesi del Golfo in comparazione con quelli mediterranei ed in favore di uno sviluppo intra-regionale, il sistema europeo ha chiaramente sottovalutato i mancati vantaggi derivanti dal rafforzamento del dialogo tra i due attori nella sponda sud del Mediterraneo. Tale rafforzamento, in tempi assai recenti, è dipeso da due fattori che stanno assumendo un rilievo del tutto peculiare, indebolendo ancor di più le motivazioni a fondamento della *partnership* istituzionale UE-CCG: le rimesse dei lavoratori dei Paesi del Golfo che si trasferiscono nei Paesi mediterranei (soprattutto in Egitto, Marocco, Libano e Giordania), e la progressiva dipendenza dell'area mediterranea dai Paesi del Golfo in termini di aiuto allo sviluppo, nella duplice modalità dell'assistenza sia tecnica che finanziaria, in misura prevalente al livello bilaterale ma non escludendo in un prossimo futuro il potenziamento dei canali multilaterali¹⁶.

In queste circostanze l'Unione europea potrebbe e dovrebbe nuovamente proporsi come interlocutore preferenziale nei confronti di entrambe le aree mediterranea e mediorientale, ammesso e non concesso che la stabilità finanziaria e monetaria dell'area sia considerata condizione sufficiente, nei prossimi anni, per un maggior coordinamento dell'assistenza nelle forme sopra richiamate. In tale prospettiva la *partnership* istituzionale UE-CCG assumerebbe una nuova connotazione, supportata dalle tradizionali relazioni bilaterali tra Unione europea e Mediterraneo e pronta a sostenere in modo coordinato e prudente il dialogo triangolare UE-CCG-Mediterraneo: ciò potrebbe tradursi, nella visione europea, nell'abbandonare l'azione unilaterale diretta verso le due aree, mediterranea e mediorientale, in favore di un ampio utilizzo delle modalità cooperative ad impatto multilaterale, adattate alle esigenze dei singoli Paesi interessati dall'assistenza. In questa prospettiva, il dialogo Unione europea-

tive Catherine Ashton following the 22nd EU-GCC Joint Council and Ministerial Meeting, Luxembourg, 25 June 2012, www.consilium.europa.eu).

¹⁵ Cfr. A. H. CORDESMAN, *The Gulf and the Search for Strategic Stability*, Boulder, 1984; D. PRIESS, *Balance-of-Threat Theory and the Genesis of the Gulf Cooperation Council*, in *Security Studies*, 1996, p. 145 ss.; R. ALIBONI, *The Mediterranean: Opportunities to Develop EU-GCC Relations?*, Quaderni IAI, n. 18, giugno 2010, reperibile *online*; K. COATES ULRICHSEN, *The GCC States and the Shifting Balance of Global Power*, CIRS Occasional Paper, n. 6, 2010, reperibile *online*; ID., *Rebalancing Global Governance: Gulf States' Perspectives on the Governance of Globalisation*, in *Global Policy*, 2011, p. 65 ss.

¹⁶ Sotto il profilo multilaterale sono presenti nell'area molteplici organismi: l'Arab Fund for Economic and Social Development, l'OPEC Fund for International Development, l'Arab Monetary Fund (AMF) e la Islamic Development Bank (IDB). Il maggiore contributo finanziario è garantito da quest'ultima (38%), seguita dall'Arab Fund (30%), dall'AMF (17%) e dall'OPEC Fund (10%).

Mediterraneo presenta già un assetto consolidato, quello Unione europea-CCG necessita di una forte ripresa, come anche quello tra Mediterraneo e Paesi del Golfo. Pertanto l'approccio costruttivo, nella visione europea, dovrebbe rispondere ad un criterio non più di esclusività bensì di flessibilità: l'adattamento delle misure cooperative proprie della politica di vicinato alle necessità dei Paesi del Golfo costituisce la risposta più efficace per la realizzazione di una nuova strategia cooperativa in un'area mediterranea intesa nella sua più ampia estensione.

In ordine al secondo profilo, le opportunità di ripresa della *partnership* istituzionale UE-CCG sotto il profilo materiale meriterebbero di essere approfondite innanzitutto in relazione al processo di integrazione economica e commerciale, facilitandosi e diversificandosi il flusso delle importazioni e delle esportazioni da e verso l'Europa, in linea con il parziale risultato raggiunto mediante la creazione, nel giugno 2012, di una autorità competente per la risoluzione delle controversie nel quadro dell'unione doganale¹⁷, ed ancora in *stand-by* circa l'adozione di una moneta unica, obiettivo che stenta ad essere conseguito se, come dimostra il sistema europeo, gli Stati si riservano di delegare ad un sistema sovranazionale decisioni importanti aventi effetti sul rispettivo apparato fiscale. In questa direzione possono menzionarsi altresì i molteplici accordi e *memorandum* d'intesa siglati da Unione europea e CCG tra il 2007 ed il 2008¹⁸. In merito al processo di integrazione finanziaria, invece, l'obiettivo della mutua promozione e protezione degli investimenti *ex art. 7* dell'Accordo di cooperazione, insieme ad una maggiore esposizione dei rispettivi istituti di credito rafforzerebbe non soltanto gli apparati comuni ma incentiverebbe anche ulteriori investimenti di attori terzi. Una particolare attenzione andrebbe riservata in ultimo al settore energetico: la prossimità geografica e la complementarietà tecnologica dei due attori costituiscono gli elementi basilari per attuare l'art. 6 dell'Accordo di cooperazione ed in effetti in questa prospettiva si è agito nella determinazione dei contenuti del Programma d'azione congiunto nel quale si richiama espressamente la necessità di favorire lo scambio di informazioni di natura commerciale (petrolio, gas), di misure politiche e di buone pratiche, di tecniche e di metodologie di sfruttamento sostenibile delle risorse (si vedano, in particolare, le energie rinnovabili e le tecnologie per l'utilizzo dell'energia solare)¹⁹, la realizzazione di periodici ed occasionali percorsi formativi degli operatori del settore.

5. La disamina del dialogo promosso dall'Unione europea con il continente asiatico in una dimensione bilaterale, per nulla esclusivamente bilaterale ovvero

¹⁷ In merito si vedano le analisi elaborate dal Gruppo della Banca mondiale (Doing Business World Bank Index – Ranking for GCC countries; World Bank, *Economic Integration in the GCC*, ottobre 2010, reperibile *online*) e dal Fondo monetario.

¹⁸ Tra i molteplici documenti siglati dai due sistemi rileva in modo particolare il *memorandum* d'intesa del 2007 tra la Federazione delle Camere del CCG e EUROCHAMBRES, avente ad oggetto dieci obiettivi prioritari in materia di commercio bilaterale, scambio di informazioni, cooperazione istituzionale, e seguito da una dichiarazione congiunta del 2008 nella quale si evidenzia l'opportunità di negoziare un accordo di più ampia portata materiale nella materia commerciale, in funzione di una rinnovata integrazione inter-regionale.

¹⁹ Cfr. I. J. BACHELLERIE, *Renewable Energy in the GCC Countries*, Gulf Research Centre, marzo 2012, reperibile *online*.

estranea alle relazioni tra Unione e Stati asiatici che hanno assunto una vera e propria *leadership* economica e finanziaria tra il XX ed il XXI secolo nell'area regionale in esame, muove da valutazioni preliminari del tutto diverse rispetto al dialogo UE-CCG.

In questo secondo assetto, infatti, si riscontra la forte eterogeneità degli Stati coinvolti nel processo di istituzionalizzazione del rapporto di partenariato intra-regionale, in termini di connotazione demografica, di dimensione economico-finanziaria in forte espansione, di obiettivi tipici di una aggressiva politica commerciale, di scelta più che motivata di settori trainanti nel cui ambito consolidare il proprio ruolo negoziale. Si tratta di fattori che hanno portato l'Unione europea ad assumere una posizione di estrema cautela nella definizione dei rapporti bilaterali con il c.d. Gruppo di Shanghai, ovvero l'Organizzazione per la cooperazione di Shanghai (OCS).

Invero l'Unione europea ha dovuto delineare nuove modalità cooperative per dialogare con i Paesi membri dell'OCS, conducendo un parallelo dialogo sul piano della sicurezza e del coordinamento degli interventi di natura economica, componenti rinnovate nella più recente fase di revisione normativa del diritto primario nel 2009. Ciò che contraddistingue il dialogo cooperativo in Asia centrale, allora, è la scelta di un approccio parallelo, pur sempre in via bilaterale, non con l'Organizzazione bensì con i suoi Stati membri: questo è il principale parametro comparativo che ci porta ad affermare sin da ora, come si avrà modo di esaminare in dettaglio più avanti, che il tradizionale elemento di prossimità, ispiratore dei principi e delle modalità d'intervento della politica estera dell'Unione europea, ha assunto una portata del tutto differente, articolata e dinamica nell'area mediorientale, rispetto a quella disarticolata ed appena tracciata nell'area centro-asiatica.

6. L'OCS è stata istituita mediante la firma del Trattato per il rafforzamento del sostegno militare nelle regioni di confine, il 14 giugno 2001, da parte dei capi di Stato della Repubblica popolare cinese, della Federazione Russa, del Kazakistan, del Kirghizistan, del Tagikistan e dell'Uzbekistan²⁰.

L'Organizzazione era stata già costituita in quanto Gruppo di Shanghai, o anche dei Cinque, nel 1996, tuttavia soltanto nella riunione annuale convocata in Cina nel 2001, con l'ingresso dell'Uzbekistan, nasce il Gruppo dei Sei che firmano la Dichiarazione dell'OCS con l'obiettivo comune di articolare in modo più puntuale e dettagliato il dialogo cooperativo preesistente. Nel 2002, a San Pietroburgo, si

²⁰ Sulla nascita e lo sviluppo dell'Organizzazione cfr. M. ORESMAN, *SCO Update: The Official Launch of the Shanghai Cooperation Organization*, in *CEF Monthly*, gennaio 2004; R. ZEB, *Prospects of Shanghai Cooperation Organization*, in *China International Studies*, Summer 2006, p. 1 ss.; Z. HUASHENG, *The Shanghai Cooperation Organization at 5: Achievements and Challenges Ahead*, in *China and Eurasia Forum Quarterly*, 2006, n. 3, p. 105 ss.; V. PORTYAKOV, *The Shanghai Cooperation Organization: Achievements, Problems, Prospects*, in *Far Eastern Affairs*, 2007, n. 4, p. 1 ss.; V. PORTYAKOV, *Conference on Problems of Central Asia and the Shanghai Cooperation Organization*, in *Far Eastern Affairs*, 2008, n. 2, p. 145 ss.; A. MATVEEVA, A. GIUSTOZZI, *The SCO: A Regional Organization in the Making*, Crisis States Research Centre – LSE, Working Paper, n. 39, settembre 2008, reperibile online; A. SCHEINSON, *The Shanghai Cooperation Organization. Background*, Council on Foreign Relations, 2009, reperibile online; S. ARIS, *Eurasian Regionalism: The Shanghai Cooperation Organization*, Houndmills, 2011.

procede per l'adozione dello Statuto dell'Organizzazione, disciplinandosi in esso i principi, gli aspetti strutturali e la strategia operativa in materia di sicurezza e di promozione di un articolato processo di sviluppo politico, economico, commerciale, scientifico e tecnologico nell'area interessata²¹.

Partecipano ai lavori dell'Organizzazione, in qualità di osservatori – ovvero senza alcun diritto di voto o di sottoscrizione dei documenti ufficiali –, la Mongolia dal 2004, e l'India, l'Iran ed il Pakistan dal 2005, e sono presenti, come *partner* di dialogo, cioè interessati alle attività dell'Organizzazione pur senza essere Stati limitrofi rispetto ai membri, la Bielorussia e lo Sri Lanka²². In termini di *partnership* istituzionale, l'esplicito riferimento nell'atto statutario dell'OCS ai principi a fondamento dell'ONU, in specie il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale, le ha consentito di assumere lo *status* di osservatore presso l'Assemblea generale. Pari rilevanza, come si rileverà a breve, è stata progressivamente attribuita agli aspetti inerenti le relazioni inter-istituzionali condotte con altri importanti attori di rilievo regionale, tra i quali l'Unione europea²³.

Per quanto attiene alle principali attività oggetto della cooperazione tra gli Stati membri dell'OCS, obiettivo primario, come già ricordato, è la garanzia di solidità e di sicurezza nell'area prospettandosi una triplice attività di contrasto al terrorismo, al separatismo e all'estremismo religioso, alle minacce tradizionali e non che sono state registrate e percepite come fattori particolarmente rischiosi ed atti a destabilizzare il territorio nella sua articolazione interna ed ai confini con i Paesi terzi.

I risultati non sono stati particolarmente positivi, ma d'altronde non avrebbero potuto essere diversi in quanto l'OCS non ha una vocazione prettamente militare, né una struttura integrata o forze di reazione rapida atte a contrastare i c.d. 'tre mali' ricorrendo a misure di natura offensiva²⁴. L'unico strumento convenzionale vigente in questa materia è l'Accordo per la creazione della Struttura regionale per l'Anti-

²¹ Per una ricostruzione del ruolo dell'OCS nell'area asiatica cfr. A. KARNEEV, *Shanghai Cooperation Organization: Problems and Prospects for Interstate Relations in the Eurasian Region*, in *Far Eastern Affairs*, 2004, n. 4, p. 105 ss.; E. FEIGENBAUM, *The Shanghai Cooperation Organisation and the Future of Central Asia*, Remarks to the Nixon Center, Washington DC, settembre 2007, reperibile online; R. MAKSUTOV, *The Shanghai Cooperation Organization: A Central Asian Perspective*, in *China and Eurasia Forum Quarterly*, 2007, n. 3, p. 13 ss.; E. AZARKAN, *The Interests of the Central Asian States and the Shanghai Cooperation Organization*, in *Ege Academic Review*, 2010, p. 395 ss.; H. FLEMMING SPLIDSBOEL, *The Shanghai Cooperation Organization*, in *Asian Affairs*, 2008, p. 217 ss.; I. C. KUMAR, *Shanghai Cooperation Organization: Eurasian Security through Cooperation*, Dehli, 2010; T. CHRISTIANSEN, E. KIRCHNER, P. MURRAY, *The Palgrave Handbook of EU-Asia Relations*, Houndmills, 2013.

²² Per un approfondimento delle relazioni con Paesi dell'area, non membri dell'OCS, cfr. M. BRUMMER, *The Shanghai Cooperation Organization and Iran: A Powerful Union*, in *Journal of International Affairs*, 2007, p. 185 ss.; N. NORLING, N. SWANSTRÖM, *The Shanghai Cooperation Organization, Trade, and the Roles of Iran, India, and Pakistan*, in *Central Asian Survey*, 2007, p. 429 ss.; M. TURNER, E. JEFFERSON, *What is Driving India's and Pakistan's Interest in Joining the Shanghai Cooperation Organization?*, in *Strategic Insights*, 2005, n. 8; R. ZEB, *Pakistan and the Shanghai Cooperation Organization*, in *China and Eurasia Forum Quarterly*, 2006, n. 4, p. 51 ss.

²³ Cfr. S. ARIS, *A New Model of Asian Regionalism: Does the Shanghai Cooperation Organisation Have More Potential than ASEAN?*, in *Cambridge Review of International Affairs*, 2009, p. 451 ss.

²⁴ Cfr. su questo punto S. M. BOYKO et al., *Military-Political Aspects of Ensuring Information Security in the Area of the Shanghai Cooperation Organization*, in *Military Thought*, 2010, n. 3, p. 34 ss.

terrorismo, mirato a combattere il fenomeno terroristico in senso lato: esso è stato avviato nel 2003 (in Kazakistan ed in Cina) e si è articolato successivamente nelle c.d. Missioni di pace del 2005 e del 2010, che hanno visto la partecipazione delle forze militari di tutti gli Stati membri e degli osservatori. La disciplina in parola è stata ulteriormente declinata in un apposito accordo siglato nel 2007, il quale dispone in merito alle modalità stesse di addestramento ed organizzazione delle esercitazioni militari, corredato da un *memorandum* volto al potenziamento delle relazioni inter-istituzionali tra l'OCS e l'Organizzazione del Trattato di Sicurezza Collettiva. Quest'ultima è nata su impulso russo e condivide con l'OCS il medesimo obiettivo della sicurezza collettiva e di contrasto al terrorismo ed alla criminalità transazionale funzionale al commercio di armi e di stupefacenti, presentando però una struttura operativa militare più articolata.

Va precisato però che tale approccio non va letto, come si potrebbe pensare, a supporto di un rafforzamento dell'apparato militare degli Stati membri dell'OCS, su impulso della Cina e della Russia in funzione del contrasto ad una più ampia presenza e dunque ad un controllo rafforzato del continente asiatico da parte degli Stati Uniti e dell'Alleanza atlantica²⁵. Invero, nonostante la richiesta in favore di una progressiva uscita dalle operazioni militari in Afghanistan nel 2005 – contrariamente alla propensione di Kirghizistan ed Uzbekistan per un maggiore coinvolgimento della componente militare americana – ed il parere negativo circa l'ottenimento dello *status* di osservatore degli Stati Uniti nel 2006, l'obiettivo della sicurezza è stato introdotto nello Statuto in una accezione multipolare. In altre parole la sicurezza è stata letta nella prospettiva di una collaborazione tesa ad evitare ulteriori tensioni nelle relazioni tra Asia ed Occidente, come dimostrato dalla maggiore rigidità dei criteri propri della *membership* a seguito dell'adozione di misure sanzionatorie da parte del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite a carico dell'Iran, osservatore in procinto di richiedere l'ammissione all'Organizzazione.

Per quanto concerne le altre aree settoriali nelle quali, ai sensi dello Statuto, gli Stati membri dell'OCS si sono impegnati a coordinare in modo coerente ed efficace i propri interventi, specifico rilievo assume il quadro economico e finanziario, la cui disamina ci permetterà a breve di comparare le modalità di dialogo prescelte sul piano istituzionale con l'Unione europea rispetto a quelle adottate nell'area mediorientale²⁶.

Ad ogni modo è già possibile rilevare come gli aspetti strutturali ed operativi presentino ancora caratteri embrionali e come tale debolezza intrinseca non consenta all'Organizzazione di interloquire positivamente con l'esterno: nonostante il progressivo consolidamento delle riunioni periodiche convocate a vario livello,

²⁵ Cfr. E. AZARKAN, *Relations between Central Asian States and United States, China and Russian within the Framework of the Shanghai Cooperation Organization*, in *Alternatives: Turkish Journal of International Relations*, 2009, n. 3, p. 1 ss.; J. BOLAND, *Ten Years of the Shanghai Cooperation Organization: A Lost Decade? A Partner for the U.S.?*, Brookings 21st Century Defense Initiative Policy Paper, 20 giugno 2011, reperibile *online*.

²⁶ In questa ottica cfr. M. AL-QAHTANI, *The Shanghai Cooperation Organization and the Law of International Organizations*, in *Chinese Journal of International Law*, 2006, p. 129 ss.; T. AMBROSIO, *Catching the 'Shanghai Spirit': How the Shanghai Cooperation Organization Promotes Authoritarian Norms in Central Asia*, in *Europe-Asia Studies*, 2008, p. 1321 ss.

l'attuazione concreta degli impegni cooperativi rimane sulla carta, soprattutto per quanto attiene alla materia economica, preda di rivendicazioni individuali che si piegano all'assetto sistemico soltanto se utili per il conseguimento di comuni e temporanei interessi, prevalentemente legati alla sicurezza e non allo sviluppo economico, finanziario e commerciale, o comunque non in una prospettiva complementare dei due settori in parola²⁷.

È proprio la programmazione degli interventi in funzione della costruzione di un rinnovato assetto economico che, muovendo dall'espressa menzione nello Statuto al sostegno ed alla promozione della cooperazione economica regionale, potrebbe dunque rappresentare il terreno comune per un rafforzamento dell'OCS, superando la naturale asimmetria dipesa da divergenti e talora contrastanti obiettivi propri degli Stati membri²⁸. Soltanto se la cooperazione economica verrà ritenuta strumento favorevole anche per il potenziamento dell'azione comune in termini di sicurezza, a partire ad esempio dal settore energetico, una prossima futura stabilizzazione del sistema nella sua dimensione interna potrà facilitare il dialogo con gli attori esterni, Stati terzi ed organizzazioni internazionali regionali²⁹.

7. Se, come già rilevato in ordine al settore della sicurezza militare, la sollecitazione delle attività cooperative dell'OCS è il risultato di una forte azione congiunta dei due principali Stati membri, Cina e Russia, anche per la materia economica possono essere formulate osservazioni del tutto simili e ciò ha determinato una scarsa interrelazione con attori esterni, quand'anche istituzionalizzati, come l'Unione europea.

L'assetto multipolare prospettato dall'atto statutario, tuttavia, poggia su una accezione delle strategie cooperative ispirata al rispetto della sovranità degli Stati membri ed all'uguaglianza formale, giacché l'area euro-asiatica presenta elementi diffusi, quali la componente demografica e la potenzialità di utilizzo delle risorse in essa presenti, uniti ad elementi tipici, come il marcato impulso in termini di processi

²⁷ Cfr. sul punto G. WACKER, *The Shanghai Cooperation Organization: Regional Security and Economic Advancement*, Konrad Adenauer Stiftung, Working Paper, n. 8, agosto 2004, reperibile online; M. LANTEIGNE, In medias res: *The Development of the Shanghai Co-operation Organization as a Security Community*, in *Pacific Affairs*, 2006, p. 605 ss.; S. ARIS, *The Shanghai Cooperation Organization: 'Tackling the Three Evils'. A Regional Response to Non-traditional Security Challenges or an Anti-Western Bloc?*, in *Europe-Asia Studies*, 2009, p. 457 ss.; V. K. AGGARWAL, K. GOVELLA, *The Trade-Security Nexus in the Asia-Pacific*, in *The Political Economy of the Asia Pacific*, 2013, p. 1 ss.; M. WAN, *The Shanghai Cooperation Organization: The Security-Economics Nexus*, in *The Political Economy of the Asia Pacific*, 2013, p. 111 ss.

²⁸ In questa prospettiva sono stati interpretati i due passaggi istituzionali che hanno portato alla creazione, rispettivamente nell'ottobre 2005 e nel giugno 2006, della SCO Inter-Bank Association e del SCO Business Council. La prima costituisce il meccanismo di dialogo tra gli istituti bancari in essere negli Stati membri ed assicura in termini finanziari la realizzazione di interventi di natura sia bilaterale che multilaterale, anche con attori istituzionali appartenenti alla regione asiatica (vedi la Asian Development Bank e la Eurasian Development Bank) o a quella europea (vedi la Banca europea per la ricostruzione e lo sviluppo); il secondo, con sede a Mosca, promuove la cooperazione multi-settoriale tra gli Stati membri dell'Organizzazione.

²⁹ Come dimostra la firma, nei lavori del Summit di Shanghai del 2006, del memorandum d'intesa tra l'Organizzazione e la Eurasian Economic Community (EURASEC) in materia di cooperazione nei settori dell'energia e dei trasporti.

di sviluppo economico. In questa accezione complessa non figura alcun riferimento esplicito al concetto democratico, escluso pertanto da qualsivoglia strategia cooperativa ad impatto politico dell'Organizzazione, se è vero che scopo prioritario è appunto la preservazione della stabilità, anche politica, e dunque la promozione di un processo di sviluppo basato sulla diversità o tipicità di ciascuno Stato membro, senza escludere che i singoli modelli politici ed economici coesistano.

A differenza dell'area mediorientale, però, la condivisione delle priorità di sviluppo economico e finanziario, almeno da parte di Cina e della Federazione Russa, si rivela del tutto apparente, minando le potenzialità di una vera e propria cooperazione economica dell'OCS³⁰. La prima, infatti, intende agevolare la creazione di un'area di libero scambio, abolendo nel medio e lungo periodo le limitazioni ai flussi commerciali e le misure di natura protezionistica e a tal fine ha fatto pressioni in seno all'Organizzazione affinché fosse approvato nel 2006 il Programma per la Cooperazione economica e commerciale multilaterale³¹. La seconda, invece, ha sostenuto con forza il potenziamento della Comunità economica eurasiatica, di cui fanno parte gli altri tre Stati membri dell'OCS e la Bielorussia ma non la Cina.

L'apparente assetto cooperativo è stato in parte corretto nella fase immediatamente successiva alla crisi finanziaria globale, allorché i Capi di Stato riuniti in Kazakistan nell'ottobre del 2008 hanno preso atto della rinnovata esigenza di stabilizzare il settore commerciale, di incentivare gli investimenti e le tecnologie, di rispettare i principi e le regole dell'unione doganale, unitamente alla necessità di favorire la sicurezza e l'efficienza energetica, con particolar riferimento all'utilizzo delle energie rinnovabili. A fronte di un aggiornamento materiale del predetto Programma per la Cooperazione economica e commerciale multilaterale, esteso in termini applicativi fino al 2020, ciò che rileva in questa fase è l'impegno degli Stati membri per l'introduzione di nuovi apparati e meccanismi di sostegno finanziario: sulla scorta dell'istituzione, già nel 2006, di un Consiglio economico dell'Organizzazione e di una Società interbancaria, è stata proposta la creazione di una Banca che si interfaccerebbe con istituti di credito nazionali sia pubblici che privati e la definizione di un programma comune per l'istituzione e l'operatività di un apposito Fondo anti-crisi. Questa seconda ipotesi, proposta dalla Cina, ha riscontrato scarsa adesione da parte della Federazione Russa, che ha formulato quale alternativa la costituzione di un ulteriore Fondo per garantire assistenza diretta agli Stati asiatici su base bilaterale, in evidente contrasto con la politica cinese condotta negli anni precedenti nei riguardi degli altri Stati membri dell'Organizzazione in qualità di beneficiari di sostegno finanziario diretto.

³⁰ Cfr. N. NORLING, N. SWANSTRÖM, *Sino-Russian Relations in Central Asia and SCO*, in *Central Asia-Caucasus Analyst*, ottobre 2007; T. NAARAJÄRVI, *China, Russia and the Shanghai Cooperation Organisation: Blessing or Curse for New Regionalism in Central Asia?*, in *Asia Europe Journal*, 2012, n. 2-3, p. 113 ss.

³¹ Cfr. P. MATTIS, *A Victory for China's New Security Concept: The Shanghai Cooperation Organization*, in *China and Eurasia Forum Quarterly*, special edition, luglio 2005, p. 37 ss.; C. P. CHUNG, *China and the Institutionalization of the Shanghai Cooperation Organization*, in *Problems of Post-Communism*, 2006, n. 5, p. 3 ss.; G. PAN, *A New Diplomatic Model: A Chinese Perspective on the Shanghai Cooperation Organization*, in *Washington Journal of Modern China*, 2008, n. 1, p. 55 ss.; J. D. YUAN, *China's Role in Establishing and Building the Shanghai Cooperation Organization*, in *Journal of Contemporary China*, 2010, p. 855 ss.

In questo contesto, accanto alla tradizionale prerogativa statutaria della cooperazione culturale, disciplinata in una dichiarazione d'intenti siglata già nel 2002, la cooperazione economico-finanziaria nel quadro dell'OCS è stata incentivata in tempi più recenti, come già ricordato, in riferimento al settore energetico.

Anche per quanto attiene questa specifica dimensione cooperativa, la condizione d'intenti tra i due principali Stati membri assume una apparente connotazione: la Cina teme che le modalità di approvvigionamento degli idrocarburi e le progettualità relative alle infrastrutture per il trasferimento delle fonti energetiche siano appannaggio esclusivo della Federazione Russa, la quale mira in via principale a controllare i nuovi mercati e le nuove possibili rotte nell'Asia centrale. La preservazione di rapporti bilaterali per la prima e la creazione di un mercato unico dell'energia per la seconda sono state ricomposte nella creazione di un *Energy Club* regionale: proposto dalla Federazione Russa nel 2006 allo scopo di armonizzare le strategie energetiche nazionali e di realizzare progettualità comuni con il pieno coinvolgimento di tutti gli attori ed operatori sia pubblici che privati interessati – produttori, fornitori e consumatori, l'*Energy Club* potrebbe rappresentare un passaggio organico utile non soltanto al rafforzamento istituzionale dell'OCS, ma anche al dialogo con Paesi terzi attratti dal mercato energetico asiatico.

In effetti la proposta si articola in molteplici livelli operativi, interni, in modo tale da potenziare l'autonomia rispetto a fattori esterni: quello globale, quello regionale (euro-asiatico), il sub-regionale (in riferimento all'area dell'Asia centrale) ed il nazionale (degli Stati membri dell'OCS). Nelle rispettive dimensioni, pertanto, si collocano i gruppi di produttori ed esportatori di energia (la Federazione Russa, il Kazakistan e l'Uzbekistan, incluso l'Iran come osservatore) e quelli dei consumatori ed importatori (la Cina, il Kirghizistan ed il Tagikistan, inclusi l'India, il Pakistan e la Mongolia in quanto osservatori). Obiettivo ulteriore, che rafforzerebbe le relazioni interne tra Stati membri ed osservatori dell'Organizzazione, potrebbe essere rappresentato dalla creazione di un'area di libero scambio dell'energia, se si superassero le logiche della cooperazione nazionale e bilaterale in favore di una reale cooperazione multilaterale nella quale, pur in un assetto contraddistinto da una evidente diversificazione del grado di sviluppo, gli interessi individuali e le divergenze operative nell'accesso all'energia siano considerati superabili in funzione di una posizione comune verso l'esterno.

Quanto sinora osservato per lo specifico settore energetico risponde probabilmente alla concreta ed intrinseca debolezza dell'Organizzazione: la difficile convivenza di due importanti Stati quali la Cina e la Federazione Russa al suo interno ha determinato e costituisce tuttora un ostacolo al consolidamento della *partnership* istituzionale con altri attori regionali, come l'Unione europea.

L'assenza di un dialogo, nella prospettiva europea, che abbia quale interlocutore privilegiato l'Organizzazione stessa e la sua articolazione, invece, in modo parallelo con almeno tre soggetti distinti, la Cina, la Federazione Russa e i quattro Stati dell'Asia centrale, ha acuito il terreno di scontro per l'adozione di linee politiche e di strategie d'intervento fondate sulla stabilità e sulla reciproca fiducia tra gli Stati membri dell'Organizzazione. Al di là dell'attribuzione di un mandato ad impatto bilaterale, già nel 2005, al Rappresentante speciale dell'Unione europea per l'Asia

centrale³², la definizione di tre direttrici distinte per la programmazione delle attività e delle iniziative congiunte nel settore economico, finanziario e commerciale è del tutto evidente, con l'unica eccezione comune che precondizione per il mantenimento di relazioni di tale natura da parte dell'Unione europea sia oggi la *membership* dell'Organizzazione mondiale del commercio e, dunque, la conformità ai principi ed alle regole che governano il mercato del commercio globale (fanno eccezione, in questo caso, sia il Kazakistan che l'Uzbekistan).

Per quanto concerne le relazioni UE-Cina, nell'ambito di un aggiornamento materiale dell'Accordo di cooperazione commerciale ed economica avviato nel 2005 e sospeso nel 2011, la più recente configurazione delle attuali relazioni economiche e commerciali è contenuta nel Dialogo di alto livello lanciato nel 2007 con la firma dell'Accordo in materia di riequilibrio dei flussi commerciali tra i due *partners*. Il Dialogo, in altre parole, sviluppa i temi più rilevanti per Unione europea e Cina: la visione del rispettivo contributo al sistema del commercio globale, il mutuo ed equilibrato accesso ai beni ed ai servizi e la correlata protezione dei diritti dei consumatori, l'incentivazione degli investimenti bilaterali nella previsione di un negoziato finalizzato all'adozione di un apposito accordo, l'agevolazione di innovativi processi di produzione tecnologica nel rispetto dei principi e delle norme a tutela della proprietà intellettuale. Nel corso dell'ultimo incontro del 2010 sono stati messi a confronto i rispettivi obiettivi fissati, per l'Unione europea, nella Strategia 2020 e, per la Cina, nel piano quinquennale 2010-2015: la revisione delle politiche macroeconomiche per un rafforzamento dei rispettivi regimi fiscali in una prospettiva di medio periodo, per una crescita bilanciata delle due aree in esame.

In ordine alle relazioni cooperative tra Unione europea e Federazione Russa, la firma del relativo Accordo di partenariato e cooperazione nel 1997 ha sostenuto il successivo rafforzamento del dialogo bilaterale in materia politica ed economica, oggi in fase di ulteriore revisione con il fine ultimo di ridefinire i reciproci impegni in termini di flussi commerciali ed investimenti bilaterali.

In riferimento, invece, ai quattro Stati membri dell'OCS, l'Unione europea ha definito la propria posizione nel quadro della Strategia per l'Asia centrale, adottata nel 2007, aggiornata nel 2012 e completata dalla Strategia di assistenza per il periodo 2007-2013³³, auspicando che i *partners* interessati facciano quanto prima

³² La figura del Rappresentante speciale dell'Unione europea per l'Asia centrale è stata disciplinata progressivamente a partire dall'azione comune 2005/508/PESC del Consiglio, del 28 luglio 2005, relativa alla nomina del rappresentante speciale dell'Unione europea per l'Asia centrale, *GUUE* L 199, 29 luglio 2005, p. 100, seguita dalla nomina di Ján Kubiš, dimessosi il 5 luglio 2006 e sostituito da Pierre Morel (vedi decisione 2006/670/PESC del Consiglio, del 5 ottobre 2006, *ivi* L 275, 6 ottobre 2006, p. 65), al quale è subentrata Patricia Flor, Rappresentante speciale per il periodo 1° luglio 2012-30 giugno 2013.

³³ In merito alla Strategia di assistenza per il periodo 2007-2013 è stato previsto un importo totale pari a 675 milioni di euro, a valere sul meccanismo di cooperazione DCI (*Development Cooperation Instrument*) in riferimento all'area dell'Asia centrale, ripartito in due fasi: nella prima (*Central Asia Multi-annual Indicative Programme* per il periodo 2007-2010) sono stati allocati 354 milioni di euro, mentre per la seconda (*Multi-annual Indicative Programme* per il periodo 2011-2013) sono stati allocati 321 milioni di euro, ripartiti nelle voci di impegno di spesa bilaterale (216 milioni di euro) e regionale (105 milioni di euro). A ciò si deve aggiungere anche un ulteriore strumento di assistenza, l'*Investment Facility for Central Asia* (IFCA), lanciato nel 2010 con l'obiettivo di promuovere l'ulteriore

ingresso nell'OMC – qualora non ne siano già membri – ed intanto dialoghino nella materia economica e commerciale nel rispetto del sistema delle preferenze generalizzate. Nella visione europea, la Strategia è stata sviluppata seguendo due direttrici principali: la bilateralità, tradotta nel rispondere alle specifiche esigenze di ciascuno dei tre Stati membri dell'Organizzazione; la vocazione regionale, interpretabile quale strumento che ha consentito all'Unione europea di adattare le modalità di assistenza cooperativa alle necessità comuni al Kazakistan, al Kirghizistan e all'Uzbekistan, per conseguire utili vantaggi dal dialogo con essi. In altre parole, l'Unione europea, contestualmente ad altre iniziative lanciate nel continente asiatico in una dimensione di prossimità, ha delineato apposite misure di aiuto tecnico per la definizione di un assetto istituzionale e normativo mirato a promuovere lo sviluppo economico e commerciale mediante una marcata diversificazione dei prodotti e dei servizi, in particolare nel settore delle infrastrutture e dei trasporti ed in quello energetico, auspicando il coinvolgimento degli attori sia pubblici che privati, di piccola e media grandezza. Allo stesso tempo la *partnership* ha avuto ad oggetto la riforma dell'assetto finanziario e creditizio, anche per attrarre maggiori investimenti dall'estero. Nella prospettiva appena descritta si inseriscono, tuttavia, i singoli Accordi di partenariato e cooperazione conclusi tra Unione europea e Kazakistan (1° luglio 1999, in via di rinegoziazione dal 2011)³⁴, Kirghizistan (1° luglio 1999)³⁵, Tagikistan (1 gennaio 2010)³⁶ ed Uzbekistan (1° luglio 1999)³⁷: si tratta di accordi non preferenziali ovvero finalizzati a non applicare alcuna riduzione tariffaria e a vietare l'apposizione di limitazioni quantitative ai flussi commerciali, con l'obiettivo di istituire gradualmente sistemi di regolamentazione comune in alcune aree-chiave di reciproco interesse quali, ad es., il settore sanitario, i diritti correlati alla proprietà intellettuale, la regolamentazione doganale.

Se le caratteristiche del dialogo UE-OCS presentano allora una impostazione frammentata, o meglio articolata in relazione al peso dell'interlocutore nelle tre direttrici sopra prospettate, si avverte una parziale presenza del continente europeo sul piano cooperativo bilaterale in senso stretto e ciò ha senza dubbio facilitato l'assunzione di una posizione più forte degli Stati Uniti in alcuni settori-chiave dell'Organizzazione, contribuendo al contempo ad un indebolimento interno dell'OCS, che

flusso di investimenti per interventi nei settori dell'energia, dell'ambiente, delle piccole e medie imprese e delle infrastrutture e dei servizi sociali. Si tratta di un meccanismo di assistenza sia tecnica che finanziaria dotato di un budget iniziale di 65 milioni di euro per il periodo 2010-2013, già utilizzato in via iniziale per la realizzazione di progetti in Kazakistan e Tagikistan.

³⁴ Vedi Accordo di partenariato e di cooperazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica del Kazakistan, dall'altra e il Protocollo relativo all'assistenza reciproca tra le autorità amministrative in materia doganale, *GUCE L 196*, 28 luglio 1999, p. 3 ss.

³⁵ Vedi Accordo che istituisce un partenariato e una cooperazione tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica del Kirghizistan, dall'altra e il Protocollo relativo all'assistenza reciproca tra le autorità amministrative in materia doganale, *GUCE L 196*, 28 luglio 1999, p. 48 ss.

³⁶ Vedi Accordo di partenariato e di cooperazione che istituisce un partenariato tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da una parte, e la Repubblica di Tagikistan, dall'altra, *GUUE L 350*, 29 dicembre 2009, p. 3 ss.

³⁷ Vedi Accordo di partenariato e cooperazione che definisce un partenariato tra le Comunità europee e i loro Stati membri, da un lato, e la Repubblica di Uzbekistan, dall'altro, e il Protocollo relativo all'assistenza reciproca tra le autorità amministrative in materia doganale, *GUCE L 229*, 31 agosto 1999, p. 3 ss.

si ripercuote in tutta l'area occidentale. Non bisogna sottovalutare, peraltro, i rapporti bilaterali che l'Unione europea e i relativi Stati membri intrattengono anche con Paesi osservatori dell'OCS, quali l'India ed il Pakistan, Paesi le cui relazioni con il colosso cinese non sono certo ispirate da criteri condivisi bensì antagonisti allorché la dimensione multilaterale della cooperazione, sposata dai primi, non è affatto apprezzata dalla Cina se non quando a proprio vantaggio.

È dunque evidente che l'Unione europea sia ben consapevole delle opportunità offerte dall'OCS come anche del peso demografico, politico, economico e commerciale dei suoi Stati membri: unico elemento che è venuto a mancare, a dispetto della tradizionale prossimità geografica, è la sua evoluzione in un assetto sistemico permanente, ispirato alla classica multidimensionalità cooperativa. Quando tali parametri saranno messi a fuoco, la comparazione con il dialogo euro-mediterraneo sarà foriera di interessanti riflessioni anche sulle potenzialità di sviluppo dell'area euro-asiatica³⁸.

8. In ordine alle motivazioni che hanno condotto gli Stati appartenenti alle rispettive aree geografiche, il Golfo e l'Asia centrale, ad istituire un sistema funzionale per la programmazione e la realizzazione di azioni condivise con obiettivi prioritari di natura strategico-difensiva ed economica, è del tutto evidente dalla ricostruzione comparata di ciascun assetto che la soluzione operativa regionale sconta il maggior peso politico di alcuni di essi e, di conseguenza, la più intensa pressione per il conseguimento di finalità a diretto vantaggio degli stessi, talora ad indiretto e successivo beneficio del sistema in parola.

È questo il principale fattore che ha determinato l'apertura del Consiglio di cooperazione del Golfo e dell'Organizzazione per la cooperazione di Shanghai ad opportunità di *partnership* con altri attori istituzionalizzati, in particolare con l'Unione europea, tuttavia contraddistinte da elementi propri.

Nelle relazioni tra il CCG e l'Unione europea è emersa l'esigenza di tradurre il partenariato in strumenti giuridici vincolanti per il conseguimento di comuni obiettivi, prevalentemente di natura economica e finanziaria, e in appositi meccanismi congiunti competenti per la verifica del rispetto degli impegni assunti nel quadro di accordi di assistenza cooperativa sia tecnica che finanziaria. Ciò ha agevolato la configurazione di un assetto triangolare CCG-UE-Mediterraneo ed in questa prospettiva l'Unione europea potrà riflettere sull'opportunità di riprodurre le modalità dell'assistenza proprie dei rapporti di prossimità. Invero il partenariato triangolare risponderebbe a tre obiettivi prioritari che i tre attori metterebbero a disposizione: la tecnologia ed il trasferimento delle conoscenze, insieme ai rigidi criteri della gestione dell'assetto finanziario e delle opportunità occupazionali a livello europeo; le risorse umane e naturali ed i margini di sviluppo in termini di infrastrutture e di politiche sociali nell'area mediterranea; le risorse finanziarie, le potenzialità d'investimento e la crescita del settore energetico nei Paesi del Golfo. Le tre componenti attoriali, tuttavia, saranno chiamate ad affrontare anche alcune eventuali criticità: le

³⁸ Cfr. O. ANTONENKO, *The EU Should not Ignore the Shanghai Co-operation Organisation*, London, 2007; A. J. K. BAILES, P. DUNAY, *The Shanghai Cooperation Organization and Europe*, SIPRI Policy Paper, n. 17, maggio 2007, reperibile *online*.

divergenze culturali esistenti soprattutto nella sponda sud del Mediterraneo, la evidente mobilità delle risorse umane con un forte impatto in ordine all'elemento demografico, la reciproca fiducia nelle capacità cooperative, la prevalenza dell'interesse europeo e mediorientale per il rafforzamento delle relazioni commerciali. Soltanto una più chiara struttura del partenariato triangolare, anche sul versante politico, faciliterebbe di gran lunga i rapporti di natura economica, finanziaria e commerciale, con il comune convincimento che ciò agevolerebbe senza dubbio gli investimenti pubblici e privati, provenienti anche da aree terze, ed in competizione con l'area asiatica.

Al contrario, la rilevanza della componente settoriale nel processo di istituzionalizzazione dell'apparato intra-regionale dell'OCS, pur connotando in senso positivo il partenariato, è stata corredata da un interessante quanto poco efficace Programma d'Azione congiunto. Pertanto la dimensione minima dell'impegno strategico-cooperativo, poiché caratterizzata da dialoghi paralleli e dunque tipicamente frammentata, ha indotto l'Unione europea ad assumere una posizione particolarmente prudentiale nei confronti dell'interlocutore sistemico asiatico. Per un rinnovato funzionamento della *partnership* Unione europea-OCS sarà essenziale operare una scelta tra due opzioni preferenziali, rilevanti rispettivamente sotto il profilo soggettivo ed oggettivo: da un lato il rafforzamento prioritario delle relazioni bilaterali con i singoli Stati membri – che a tutt'oggi appare quella prevalente, giacché la originaria conduzione delle stesse ha sinora impedito all'Unione europea di creare le premesse per la riproduzione del modello di prossimità anche nell'area asiatica; dall'altro la connotazione politica della programmazione degli interventi, destinata ad integrare progressivamente gli interessi di natura economico-finanziaria ed energetica, i quali tuttavia potrebbero alterare i risultati conseguiti finora nel quadro del partenariato proprio in conseguenza delle rivendicazioni e degli interessi dei singoli interlocutori, Cina e Federazione russa *in primis* e gli altri quattro Stati asiatici in posizione subordinata.

Ciò che si può affermare, in conclusione, al di là delle tipicità strutturali ed operative di ciascuno dei sistemi in esame, è che in entrambi i contesti si è registrato un progressivo indebolimento della *partnership* istituzionale rispetto alle aspettative iniziali, ed è sulla base di tale elemento che l'Unione europea si sta adoperando per individuare le criticità e per riavviare il dialogo in funzione del potenziamento delle future relazioni interregionali.

Abstract

Institutional Partnerships of the European Union from Middle East to Asia in a Challenging Perspective: The Gulf Cooperation Council and the Shanghai Cooperation Organization

New challenges are emerging in a sectorial perspective as far as the international relations between institutionalized partners. This contribution focuses on the common and diverging grounds of the European Union, from one side, and the Gulf Cooperation Council (GCC) and the Shanghai Cooperation Organization (SCO) from the other one. Their proper economic conditions and development perspectives, in terms of financial and trade opportunities, demand for an increased partnership without affecting the national interests of each Country involved in the cooperative programming process.

While respecting the traditional partnership framework promoted by the European Union with neighborhood Countries, the EU-GCC relations are moving forward a reinforced mutual and balanced asset; the prevailing option for a bilateral dialogue and the political component under the Chinese and Russian influence need to be reviewed to gain positive cooperative results.

Leonardo Pasquali*

La libertà di stabilimento degli avvocati nell'Unione europea: i limiti all'utilizzabilità di decisioni di riconoscimento alla luce delle più recenti pronunce giurisprudenziali

SOMMARIO: 1. Introduzione: riconoscimento del titolo professionale ed accesso alla professione di avvocato nel diritto dell'Unione europea. – 2. Questioni di legittimità del riconoscimento di decisioni di riconoscimento nell'ambito della procedura generale di cui alla direttiva 89/48 e successivamente alla direttiva 2005/36. – 3. Questioni di legittimità dell'uso di decisioni di riconoscimento nell'ambito della procedura speciale di cui alla direttiva 98/5. – 4. Applicazione nel tempo dei limiti all'utilizzabilità di decisioni di riconoscimento. – 5. Conclusione.

1. In una prima fase la realizzazione del principio della libera circolazione dei professionisti nell'Unione europea¹ ebbe luogo anche mediante l'armonizzazione dei percorsi formativi (essendo ciò avvenuto nello specifico per le professioni del settore sanitario² e

* Ricamatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Pisa.

¹ Sul riconoscimento dei titoli e l'accesso alle professioni nell'ambito del diritto dell'Unione europea v. *inter alios*: U. VILLANI, *Il riconoscimento dei titoli di studio e le professioni nella Comunità Europea*, in *La Comunità Internazionale*, 1994, p. 497 ss.; C. MORVIDUCCI, *Professioni*, in M. P. CHITI, G. GRECO (a cura di), *Trattato di diritto amministrativo europeo*, II, Milano, 2007, p. 1483 ss.

² Per le professioni di medico, infermiere, dentista, veterinario, ostetrica e farmacista fu utilizzato il metodo denominato della "coppia di direttive", basato sull'adozione di due direttive per ogni professione, una relativa all'armonizzazione dei percorsi formativi e l'altra concernente i requisiti minimi per il reciproco riconoscimento dei titoli. Trattasi rispettivamente delle direttive: 75/362/CEE del Consiglio, del 16 giugno 1975, concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di medico e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, e 75/363/CEE del Consiglio, del 16 giugno 1975, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative per le attività di medico (*GUCE* L 167, 30 giugno 1975, p. 1 ss.), poi abrogate e sostituite dall'unica direttiva 93/16/CEE, del Consiglio, del 5 maggio 1993, intesa ad agevolare la libera circolazione dei medici e il reciproco riconoscimento dei loro diplomi, certificati ed altri titoli (*ivi* L 165, 7 luglio 1993, p. 1 ss.); 77/452/CEE del Consiglio, del 27

per quella di agente commerciale³, ma non per quelle di architetto⁴ e, appunto, di avvocato⁵). Successivamente, tuttavia, tale mezzo venne abbandonato⁶ a favore del principio

giugno 1977, concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di infermiere responsabile dell'assistenza generale e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, e 77/453/CEE del Consiglio, del 27 giugno 1977, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative per l'attività di infermiere responsabile dell'assistenza generale (*ivi* L 176, 15 luglio 1977, p. 1 ss.); 78/686/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1978, concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di dentista e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, e 78/687/CEE del Consiglio, del 25 luglio 1978, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative per le attività di dentista (*ivi* L 233, 24 agosto 1978, p. 1 ss.); 78/1026/CEE del Consiglio, del 18 dicembre 1978, concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di veterinario e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, e 78/1027/CEE del Consiglio, del 18 dicembre 1978, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative per le attività di veterinario (*ivi* L 362, 23 dicembre 1978, p. 1 ss.); 80/154/CEE del Consiglio, del 21 gennaio 1980, concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli di ostetrica e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione dei servizi, e 80/155/CEE del Consiglio, del 21 gennaio 1980, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative relative all'accesso alle attività dell'ostetrica e al loro esercizio, (*ivi* L 33, 11 febbraio 1980, p. 1 ss.); 85/432/CEE del Consiglio, del 16 settembre 1985, concernente il coordinamento delle disposizioni legislative, regolamentari e amministrative riguardanti talune attività nel settore farmaceutico, e 85/433/CEE del Consiglio, del 16 settembre 1985, concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli in farmacia e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento per talune attività nel settore farmaceutico (*ivi* L 253, 24 settembre 1985, p. 34 ss.).

³ Nel caso della professione di agente commerciale si procedette con la sola armonizzazione delle normative interne sulla formazione, mediante la direttiva 86/653/CEE del Consiglio, del 18 dicembre 1986 (*GUCE* L 382, 31 dicembre 1986, p. 17 ss.).

⁴ Per la professione di architetto si procedette col solo riconoscimento del titolo, mediante la direttiva 85/384/CEE del Consiglio, del 10 giugno 1985, concernente il reciproco riconoscimento dei diplomi, certificati ed altri titoli del settore dell'architettura e comportante misure destinate ad agevolare l'esercizio effettivo del diritto di stabilimento e di libera prestazione di servizi (*GUCE* L 233, 21 agosto 1985, p. 15 ss.).

⁵ La direttiva 77/249/CEE del Consiglio, del 22 marzo 1977, intesa a facilitare l'esercizio effettivo della libera prestazione di servizi da parte degli avvocati (*GUCE* L 78, 26 marzo 1977, p. 17 ss.) si limita a disciplinare le modalità di esercizio della libera prestazione dei servizi da parte degli avvocati (*ivi* compresi gli spostamenti temporanei ad essa collegati). Si tratta di una disciplina che, pur prevedendo un principio generale di mutuo riconoscimento (come risulta dal combinato disposto dei suoi articoli 2 ed 1, co. 2), è attenta a non incidere troppo sulla sovranità degli Stati in materia, imponendo, fra l'altro, che l'avvocato agente in uno Stato membro diverso da quello di provenienza utilizzi il proprio titolo nella lingua dello Stato di provenienza (art. 3) e che lo Stato membro in cui egli effettua la propria prestazione possa imporgli di agire di concerto con un avvocato che eserciti dinanzi alla giurisdizione adita (il quale, in caso di necessità, sarebbe responsabile nei confronti di tale giurisdizione) o con un "procuratore" o un "avoué" che eserciti presso di essa (art. 5).

⁶ Ciò che già stava accadendo *de facto* venne consacrato *de jure*. In conseguenza delle modifiche inserite a seguito dell'adozione del Trattato di Maastricht, gli articoli 126 e 127 TCEE (odierni articoli 165 e 166 TFUE) vennero infatti ad escludere esplicitamente "qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri" in materia di istruzione e formazione professionale. Il Trattato di Lisbona ha inoltre espressamente assegnato la competenza in materia di istruzione professionale agli Stati membri, mentre l'UE può solo "svolgere azioni intese a sostenere, coordinare o completare" l'azione degli Stati membri (così l'art. 6 TFUE). Sul punto v. F. CARUSO, *Le competenze dell'Unione europea e degli Stati membri in materia di "istruzione"*, in *Diritto e società*, 2010, p. 207 ss.

del mutuo riconoscimento dei diplomi⁷.

La direttiva 89/48/CEE del Consiglio, del 21 dicembre 1989, relativa ad un sistema generale di riconoscimento dei diplomi di istruzione superiore che sanzionano formazioni professionali di una durata minima di tre anni⁸ (in cui è pertanto ricompreso quello che permette l'accesso alla professione di avvocato) afferma il principio generale per cui uno Stato membro che richiede il possesso di uno specifico diploma per accedere ad una determinata professione deve, in linea di massima, concedere l'accesso a tale professione ad ogni cittadino di un altro Stato membro il quale abbia ottenuto il diploma richiesto per l'accesso alla stessa professione nel suo Stato d'origine⁹. Principio puntualmente ribadito dalla direttiva 2005/36¹⁰, che ha sostituito la 89/48, abrogandola espressamente¹¹.

Per la professione di avvocato questa procedura generale non è però la sola possibile, essendone prevista un'altra dalla direttiva 98/5¹², alternativa rispetto ad essa¹³. Il cittadino europeo¹⁴ che intenda esercitare la professione forense in modo permanente in uno Stato membro diverso da quello in cui ha effettuato il primo accesso a tale professione può pertanto scegliere se avvalersi della procedura generale (di cui alla direttiva 2005/36 ovvero, in precedenza, alla direttiva 89/48 da essa sostituita), con l'obbligo eventuale di effettuare un tirocinio di adattamento (comunque non superiore a tre anni) o una prova attitudinale¹⁵, ovvero optare per quella speciale prevista dalla direttiva 98/5, in virtù della quale deve esercitare l'attività di avvocato in modo effettivo e permanente nello Stato membro ospitante per un periodo di almeno tre anni, come precisa l'art. 10 della stessa¹⁶.

⁷ È appena il caso di ricordare che si tratta di un principio di origine giurisprudenziale, sorto in materia di libera circolazione di merci, in base al quale ogni Stato membro concede la propria "fiducia" alla normativa di tutti gli altri Stati membri. V. sentenza della Corte di giustizia del 20 febbraio 1979, causa 120/78, *Cassis de Dijon, Raccolta*, p. 649. Sull'applicazione di tale principio alla libera circolazione dei professionisti v. D. FISICHELLA, *Il principio di mutuo riconoscimento e la libera circolazione delle professioni nell'Unione Europea*, in *Il Diritto dell'Unione Europea*, 1999, p. 53 ss.

⁸ GUCE L 19, 24 gennaio 1989, p. 16 ss.

⁹ Art. 3 direttiva 89/48.

¹⁰ Direttiva 2005/36/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 7 settembre 2005, relativa al riconoscimento delle qualifiche professionali, GUUE L 255, 30 settembre 2005, p. 22 ss. V. in particolare l'art. 13 della direttiva.

¹¹ Tale sorte fu peraltro condivisa, in virtù dell'art. 62 della direttiva 2005/36, con ben quattordici altre direttive in materia di libera circolazione dei professionisti, fra cui tutte quelle settoriali, ad esclusione però proprio delle direttive 77/249 e 98/5, concernenti appunto la professione di avvocato.

¹² Direttiva 98/5/CE del Consiglio, del 16 febbraio 1998, volta a facilitare l'esercizio permanente della professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui è stata acquistata la qualifica, GUCE L 77, 14 marzo 1998, p. 36 ss.

¹³ Sulla libertà di circolazione e stabilimento degli avvocati nell'Unione europea v. *inter alios*: G. VICONTE, *L'avvocato e l'Europa*, Milano, 1999; F. FERRARO, *L'avvocato comunitario*, Napoli, 2005; B. NASCIBENE, *La professione forense nell'Unione europea*, Milano, 2010.

¹⁴ Così l'art. 1, co. 2, della direttiva 98/5 e l'art. 2, co. 1, direttiva 2005/36. Di tale diritto possono tuttavia avvalersi anche determinati soggetti che pure non hanno la cittadinanza di uno Stato membro. Sul tema sia concesso di rinviare a L. PASQUALI, *Il riconoscimento dei titoli e l'accesso alle professioni*, in A. M. CALAMIA, M. DI FILIPPO, M. GESTRI (a cura di), *Immigrazione, Diritto e Diritti: profili inter-nazionalistici ed europei*, Padova, 2012, p. 376.

¹⁵ Art. 14 direttiva 2005/36.

¹⁶ Periodo durante il quale, fra l'altro, può utilizzare il solo titolo professionale d'origine e non quel-

2. Il rischio insito in un sistema quale quello adottato nell'Unione europea, in cui viene privilegiato il mutuo riconoscimento rispetto all'armonizzazione dei percorsi formativi e di accesso alle professioni, è di lasciare spazio ai comportamenti con cui certuni, utilizzando abusivamente prerogative soggettive che discendono dal diritto dell'UE¹⁷, si sottraggono alle normative nazionali, eludendo la disciplina interna di accesso alla professione.

Il legislatore europeo si è dimostrato conscio di tale eventualità e nella direttiva 2005/36 ha cercato di limitare tale rischio col 12° 'considerando'. In esso si precisa che "i titolari di qualifiche professionali che siano state riconosciute a norma della presente direttiva non possono utilizzare tale riconoscimento per ottenere, nel loro Stato membro di origine, diritti diversi da quelli conferiti grazie alla qualifica professionale ottenuta in tale Stato membro, a meno che non dimostrino di aver ottenuto qualifiche professionali aggiuntive nello Stato membro ospitante". Il mero duplice riconoscimento non è pertanto ritenuto sufficiente per poter esercitare una professione liberale nello Stato ospitante, dovendo essere integrato da tali qualifiche professionali aggiuntive.

Ad una conclusione sostanzialmente analoga è giunta anche la giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea (di seguito CGUE) la quale, nell'interpretare la precedente direttiva 89/48, ha precisato che la procedura ivi prevista non può essere utilizzata da chi – possedendo un titolo ottenuto in uno Stato membro senza ivi aver svolto attività di formazione, né sostenuto esami, né acquisito esperienze professionali – voglia utilizzare tale titolo per esercitare una professione regolamentata in un altro Stato membro¹⁸.

lo dello Stato ospitante (art. 4, co. 1, direttiva 98/5) e può, per l'esercizio delle attività relative alla rappresentanza ed alla difesa di un cliente in giudizio, essere obbligato ad agire di concerto con un avvocato locale, che resta responsabile nei confronti della giurisdizione adita dello Stato membro ospitante (art. 5, co. 3, direttiva 98/5).

¹⁷ Sul tema dell'uso fraudolento di prerogative fondate sul diritto comunitario v. *infra*, par. 3.

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 29 gennaio 2009, causa C-311/06, *Cavallera, Raccolta*, p. I-415, punto 59. Un cittadino italiano, tale Marco Cavallera, aveva ottenuto il titolo spagnolo di "ingegniero técnico" a seguito dell'omologazione di un titolo di studi di ingegnere meccanico rilasciato dall'Università di Torino in virtù di una formazione della durata di tre anni e si era successivamente iscritto all'albo di un "colegio de ingenieros técnicos industriales" in Spagna. Dopodiché chiedeva di essere iscritto all'albo degli ingegneri in Italia, senza aver non solo superato, ma neppure sostenuto l'esame di Stato previsto dalla normativa italiana e non avendo mai né svolto un'attività professionale, né seguito un corso di formazione, né superato esami fuori dall'Italia. A seguito dell'opposizione del Consiglio nazionale degli ingegneri la questione è giunta sino al Consiglio di Stato che – in applicazione dell'art. 267, co. 3, TFUE – ha opportunamente posto la relativa questione pregiudiziale alla CGUE. La Corte motiva la propria decisione con le seguenti parole: "Accettare, in tale contesto, che la direttiva 89/48 possa essere invocata al fine di beneficiare dell'accesso alla professione regolamentata nella causa principale in Italia si risolverebbe nel consentire ad un soggetto che abbia conseguito esclusivamente un titolo rilasciato da tale Stato membro che, di per sé, non dà accesso a detta professione regolamentata di accedervi egualmente, senza che tuttavia il titolo di omologazione conseguito in Spagna attesti una qualifica supplementare o un'esperienza professionale. Un siffatto risultato sarebbe contrario al principio sancito dalla direttiva 89/48, ed enunciato al suo quinto 'considerando', secondo cui gli Stati membri conservano la facoltà di stabilire il livello minimo di qualifica necessario allo scopo di garantire la qualità delle prestazioni fornite sul loro territorio": sentenza *Cavallera*, punto 57. Su tale sentenza v., *inter alios*, M. COCCONI, *I confini della libertà di stabilimento dei professionisti*, in *Il Foro italiano*, 2009, IV, c. 345 ss.

Il principio è evidentemente applicabile non solo alla professione presa in esame nel caso di specie (ovvero a quella di ingegnere), bensì a tutte quelle che richiedono una formazione avente una durata minima di tre anni, fra cui, pertanto, anche quella di avvocato, avendo la direttiva 89/49 carattere generale. Questa tesi peraltro è condivisa anche dal Consiglio nazionale forense italiano¹⁹, il quale inoltre estende la portata del principio anche alle fattispecie regolamentate dalla normativa che ha sostituito quella di cui alla direttiva 89/48, ovvero quella dettata dalla direttiva 2005/36. Tale opinione è condivisibile non tanto e non solo perché, come afferma il Consiglio nazionale forense (di seguito anche CNF), non vi sono state variazioni essenziali per quanto concerne le modalità del riconoscimento²⁰, ma sopra tutto in quanto, come già cennato, la direttiva 2005/36 enuncia espressamente essa stessa nel suo 12° ‘considerando’ un principio analogo a quello cui la giurisprudenza è giunta per via interpretativa nel caso *Cavallera*.

La CGUE ha successivamente chiarito che il possesso delle qualifiche professionali aggiuntive costituisce un requisito non solo necessario, ma anche sufficiente²¹ per potersi avvalere del duplice riconoscimento onde utilizzare la procedura di cui alla direttiva 89/48 per esercitare la professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui vi è stato il primo accesso alla professione. Pare pertanto utile giungere ad una definizione compiuta di tali qualifiche professionali aggiuntive. L'art. 3, co. 1, lett. b), della direttiva 2005/36 considera tali le qualifiche attestate da “un titolo di formazione, un attestato di competenza e/o un'esperienza professionale”²².

¹⁹ Parere del Consiglio nazionale forense del 25 giugno 2009, n. 17. Il testo integrale del parere si può trovare sul sito internet del Consiglio nazionale forense stesso, all'indirizzo www.consiglionazionaleforense.it.

²⁰ *Ivi*, par. 2.

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 22 dicembre 2010, causa C-118/09, *Koller*, *Raccolta*, p. I-13627, punto 41. Nello specifico la Corte ha precisato che, in presenza di tali qualifiche professionali aggiuntive, lo Stato membro non può imporre al richiedente di avere svolto il tirocinio obbligatorio secondo la sua normativa interna per potere sostenere la prova attitudinale per l'accesso alla professione di avvocato. Su tale sentenza v., *inter alios*, M. CASTELLANETA, *La Corte di Lussemburgo apre ai legali spagnoli ma sembra pesare lo svolgimento della professione*, in *Guida al diritto*, 2011, p. 96 ss.

²² La norma rinvia all'art. 11, che dispone: “Ai fini dell'applicazione dell'articolo 13, le qualifiche professionali sono raggruppate nei livelli sottoindicati: a) un attestato di competenza rilasciato da un'autorità competente dello Stato membro d'origine designata ai sensi delle disposizioni legislative, regolamentari o amministrative di tale Stato membro, sulla base: i) o di una formazione non facente parte di un certificato o diploma ai sensi delle lettere b), c), d) o e), o di un esame specifico non preceduto da una formazione o dell'esercizio a tempo pieno della professione per tre anni consecutivi in uno Stato membro o a tempo parziale per un periodo equivalente nei precedenti dieci anni, ii) o di una formazione generale a livello d'insegnamento elementare o secondario attestante che il titolare possiede conoscenze generali; b) un certificato che attesta il compimento di un ciclo di studi secondari, i) o generale completato da un ciclo di studi o di formazione professionale diversi da quelli di cui alla lettera c) e/o dal tirocinio o dalla pratica professionale richiesti in aggiunta a tale ciclo di studi, ii) o tecnico o professionale, completato eventualmente da un ciclo di studi o di formazione professionale di cui al punto i), e/o dal tirocinio o dalla pratica professionale richiesti in aggiunta a tale ciclo di studi; c) un diploma che attesta il compimento di i) o una formazione a livello di insegnamento post-secondario diverso da quello di cui alle lettere d) ed e) di almeno un anno o di una durata equivalente a tempo parziale, di cui una delle condizioni di accesso è, di norma, il completamento del ciclo di studi secondari richiesto per accedere all'insegnamento universitario o superiore ovvero il completamento di una

Dalla sentenza *Koller* parrebbe evincersi che tale dev'essere considerato "un titolo equivalente rilasciato in un altro Stato membro, a seguito di una formazione complementare di durata inferiore a tre anni e che abiliti detto possessore ad accedere, in quest'ultimo Stato, alla professione regolamentata di avvocato, professione che egli effettivamente vi esercitava al momento della richiesta di autorizzazione ad essere ammesso alla prova attitudinale"²³.

Tale conclusione, pur fornendo utili elementi interpretativi, non soddisfa appieno. Innanzitutto non risulta chiarissimo se, affinché sussistano queste qualifiche professionali addizionali, sia sufficiente il titolo che permette l'accesso alla professione forense oppure sia anche necessario l'effettivo svolgimento della professione di avvocato.

L'aver esercitato concretamente la professione integra il requisito dell'esperienza professionale? E se così fosse, non dovrebbe essere prevista una durata minima? Ed in tal caso, di che entità?

Oppure, al contrario, il testo della norma va letto mettendo l'accento non più sulla preposizione "e", ma su "o". In tal caso desterebbe qualche perplessità il fatto che la CGUE abbia messo in rilievo che il soggetto interessato – al momento della richiesta di autorizzazione ad essere ammesso alla prova attitudinale in uno Stato membro – stava effettivamente già svolgendo la professione di avvocato in altro Stato membro. Si potrebbe ipotizzare che tale riferimento sia stato fatto solo *ad abundantiam*, ma ciò non appare del tutto convincente²⁴.

formazione scolastica equivalente al secondo ciclo di studi secondari, nonché la formazione professionale eventualmente richiesta oltre al ciclo di studi post-secondari; ii) o, nel caso di professione regolamentata, una formazione a struttura particolare inclusa nell'allegato II equivalente al livello di formazione indicato al punto i) che conferisce un analogo livello professionale e prepara a un livello analogo di responsabilità e funzioni. L'elenco nell'allegato II può essere modificato secondo la procedura di cui all'articolo 58, paragrafo 2, per prendere in considerazione la formazione che soddisfa i requisiti previsti nella frase precedente; d) un diploma che attesta il compimento di una formazione a livello di insegnamento post-secondario di una durata minima di tre e non superiore a quattro anni o di una durata equivalente a tempo parziale, impartita presso un'università o un istituto d'insegnamento superiore o un altro istituto che impartisce una formazione di livello equivalente, nonché la formazione professionale eventualmente richiesta oltre al ciclo di studi post-secondari; e) un diploma attestante che il titolare ha completato un ciclo di studi post-secondari della durata di almeno quattro anni, o di una durata equivalente a tempo parziale, presso un'università o un istituto d'insegnamento superiore ovvero un altro istituto di livello equivalente e, se del caso, che ha completato con successo la formazione professionale richiesta in aggiunta al ciclo di studi post-secondari."

²³ Sentenza *Koller*, punto 36.

²⁴ In dottrina vi è al contrario chi sostiene, in modo peraltro incisivo, che la CGUE avrebbe proprio voluto evidenziare la necessità di un effettivo svolgimento della professione: "la circostanza che la Corte, addirittura nel dispositivo della pronuncia, abbia messo in risalto che il richiedente aveva svolto effettivamente la professione di avvocato 'al momento della richiesta di autorizzazione a essere ammesso alla prova attitudinale' non può essere considerata come irrilevante o come un'asserzione riguardante una mera descrizione di una circostanza di fatto che, se avesse avuto un valore meramente illustrativo della situazione, avrebbe dovuto essere collocata altrove. A ciò si aggiunga che la Corte, pur non pronunciandosi espressamente sul nodo interpretativo emerso durante la discussione della causa che aveva portato la Commissione europea a ritenere anche alla luce della sentenza Cavallera del 29 gennaio 2009 (C-311/06) che la Corte non esige che il titolo 'debba attestare in ogni caso anche un'esperienza professionale', ha dato rilievo a tale circostanza nel paragrafo 36 della sentenza e non nel dispositivo, mostrando quindi di non condividere l'interpretazione della Commissione. Proprio la presenza dell'affer-

La seconda questione lasciata aperta dalla Corte è che cosa debba intendersi esattamente per “titolo (...) rilasciato in un altro Stato membro che abiliti detto possessore ad accedere, in quest’ultimo Stato, alla professione regolamentata di avvocato”.

Le interpretazioni possibili sono sostanzialmente due. Può infatti trattarsi o dello stesso titolo che abilita ad accedere alla professione di avvocato coloro i quali abbiano ottenuto nello stesso Stato membro anche il titolo attestante il compimento di un ciclo di studi post-secondari di oltre tre anni, ovvero di un altro titolo, previsto *ad hoc* per coloro i quali abbiano ottenuto tale titolo attestante il compimento di un ciclo di studi post-secondari di oltre tre anni in un altro Stato membro.

Fra le due sembrerebbe dover prevalere la prima, per le seguenti ragioni. In primo luogo la direttiva 2005/36 (la quale, come già cennato *supra*, ha carattere generale) è fondata sul principio del mutuo riconoscimento, per cui: “Se, in uno Stato membro ospitante, l’accesso a una professione regolamentata o il suo esercizio sono subordinati al possesso di determinate qualifiche professionali, l’autorità competente di tale Stato membro dà accesso alla professione e ne consente l’esercizio, alle stesse condizioni dei suoi cittadini, ai richiedenti in possesso dell’attestato di competenza o del titolo di formazione prescritto, per accedere alla stessa professione o esercitarla sul suo territorio, da un altro Stato membro”²⁵. In linea di principio, pertanto, un titolo *ad hoc* che uno Stato membro rilascia a coloro i quali abbiano ottenuto il titolo attestante il compimento di un ciclo di studi post-secondari di oltre tre anni in un altro Stato membro non potrebbe neppure esistere. L’art. 14 prevede tuttavia un’eccezione per cui lo Stato membro ospitante può (*rectius*, il suddetto art. 13 “non impedisce allo Stato ospitante di”) esigere un tirocinio di adattamento non superiore a tre anni o una prova attitudinale, “se la formazione ricevuta riguarda materie sostanzialmente diverse da quelle coperte dal titolo di formazione richiesto nello Stato membro ospitante”.

Insomma, e per utilizzare a titolo di esempio quanto avvenuto nei casi concretamente trattati dalla Corte di giustizia, tendenzialmente tale possibilità sussiste se la professione regolamentata è quella di avvocato, mentre non sussiste se è quella di ingegnere (in quanto la formazione degli avvocati differisce nei singoli Stati membri in maniera rilevante, a causa delle diversità esistenti fra i diritti interni, mentre così non è in linea di massima per quella degli ingegneri).

Se pertanto si ammettesse che il titolo rilasciato in un secondo Stato membro, il quale abiliti il suo possessore ad accedere, in tale Stato, alla professione regolamentata, debba esser considerato “qualifica professionale addizionale” (come intesa dalla CGUE) quando consista in un titolo previsto *ad hoc* per coloro i quali abbiano ottenuto il titolo attestante il compimento di un ciclo di studi post-secondari di oltre

mazione in oggetto nel dispositivo ci sembra che abbia un peso non trascurabile, tanto più che la Corte ha aggiunto tale elemento rispetto all’Avvocato generale Trstenjak che, nelle sue conclusioni, ha fatto riferimento, nella parte finale, alle sole qualifiche aggiuntive, in modo diverso dalla Corte che ha inserito il requisito dell’esperienza professionale seppure minima. Tale elemento, poi, ci sembra anche significativo della volontà della Corte di consentire agli Stati di respingere percorsi artificiosi non fondati sull’effettività, attribuendo invece rilievo all’esperienza professionale effettivamente conseguita”: così M. CASTELLANETA, *op. cit.*, p. 98.

²⁵ Art. 13 direttiva 2005/36.

tre anni in un primo Stato membro (e non lo stesso titolo che abilita ad accedere alla professione coloro i quali abbiano ottenuto nel secondo Stato membro anche il titolo attestante il compimento di un ciclo di studi post-secondari di oltre tre anni), allora si darebbe vita ad un paradosso.

In tal caso, infatti, contrariamente a quanto appare dalla lettera e dallo spirito della direttiva, si concederebbe la possibilità di avvalersi del duplice riconoscimento a coloro la cui formazione riguardi materie sostanzialmente diverse da quelle coperte dal titolo di formazione richiesto, ma non nello Stato in cui effettivamente vogliono svolgere la professione, bensì nello Stato in cui hanno effettuato il primo accesso alla professione stessa (magari con l'unico scopo di eludere la normativa interna dello Stato in cui appunto la vogliono effettivamente svolgere). Il duplice riconoscimento verrebbe, al contrario, negato a chi avesse seguito un percorso formativo che non presenta sostanziali differenze da Stato membro a Stato membro.

Da quanto sopra esposto, appare preferibile l'interpretazione che considera qualificata professionale addizionale il titolo rilasciato in un secondo Stato membro che abiliti detto possessore ad accedere, in quest'ultimo Stato, alla professione regolamentata e che sia lo stesso tanto per chi ha ottenuto il titolo attestante il compimento di un ciclo di studi post-secondari di oltre tre anni in tale secondo Stato membro, quanto per chi, invece, l'ha ottenuto in un primo Stato membro, in cui intende svolgere effettivamente la professione.

È evidente la discrasia che sorge nei casi in cui tale titolo non esiste, ovvero quando uno Stato membro non esige da chi già possiede il titolo attestante il compimento di un ciclo di studi post-secondari di oltre tre anni alcun titolo ulteriore per accedere ad una professione regolamentata. Non si tratta peraltro di una questione meramente teorica. In entrambi i casi *Cavallera* e *Koller*, infatti, tale Stato membro era la Spagna, sia per la professione di ingegnere che per quella di avvocato²⁶.

²⁶ Per quanto riguarda nello specifico la professione di avvocato, tuttavia, la Spagna sta tentando, seppur faticosamente, di adeguare la propria normativa interna agli standard in vigore negli altri Stati membri. Sino all'entrata in vigore della legge 34/2006, del 30 ottobre, "sobre el acceso a las profesiones de Abogado y Procurador de los Tribunales" (*B.O.E.* n. 260 del 31 ottobre 2006, p. 37743 ss.) la Spagna era effettivamente l'unico Paese in tutta l'Unione europea a non richiedere alcuna qualifica professionale addizionale per esercitare la professione di avvocato, essendo sufficiente la *Licenciatura en Derecho*, ovvero un titolo attestante il compimento di un ciclo di studi post-secondari di cinque anni in materie giuridiche. La suddetta legge, la cui entrata in vigore era comunque prevista ben cinque anni dopo la sua pubblicazione (cfr. *Disposición final tercera*), riforma il sistema, anche alla luce di esplicite considerazioni in materia di diritto comparato e di esigenze legate alla libertà di stabilimento dei professionisti nell'Unione europea (*Exposición de motivos I*, commi 4 e 5). È previsto che chi desideri accedere alla professione di avvocato debba: seguire un corso di formazione specifico (art. 3) organizzato da università (art. 4) o da scuole di pratica giuridica organizzate da *colegios de abogados* ed omologate dal *Consejo General de la Abogacía* (art. 5); effettuare un periodo di pratica "esterna" sotto tutela di un avvocato o procuratore (art. 6); sottoporsi ad una valutazione nazionale di attitudine professionale (art. 7). Tale riforma è stata però resa più blanda da un successivo intervento normativo, la legge 5/2012, del 6 luglio, "de mediación en asuntos civiles y mercantiles" (*B.O.E.* n. 162 del 7 luglio 2012, p. 49224 ss.), che ha cercato di "sanare" determinate situazioni. Nello specifico, in virtù di tale modifica legislativa, non risulta applicabile la normativa di cui alla legge 34/2006 non solo a coloro i quali al momento dell'entrata in vigore della legge non fossero ancora iscritti all'albo pur essendo già in possesso dei requisiti per richiedere il titolo di "*licenciado o grado en Derecho*" (ai quali è concesso un termine di due anni per procedere all'iscrizione; cfr. *Disposición transitoria única Profesionales*

Orbene, sembrerebbe doversi concludere che in tali casi non è possibile avvalersi del duplice riconoscimento onde utilizzare la procedura di cui alla direttiva 89/48 per esercitare la professione di avvocato in uno Stato membro diverso da quello in cui vi è stata la prima iscrizione all'albo, a meno che non si sia effettivamente maturata un'esperienza professionale in quest'ultimo Stato.

3. *Quid juris* per coloro i quali ritengano di avvalersi della procedura prevista dalla direttiva 98/5? In tal caso l'utilizzabilità di una decisione di riconoscimento di un diploma anziché di un diploma vero e proprio rilasciato da un altro Stato membro parrebbe dover essere valutata alla luce del divieto di utilizzare abusivamente prerogative soggettive che discendono dal diritto UE²⁷ per eludere normative interne²⁸.

colegiados a la entrada en vigor de la exigencia de título profesional, co. 3), ma neppure a coloro i quali ottengano un titolo di “*licenciado en Derecho*” (ovvero, sostanzialmente, si laureino col “vecchio ordinamento” spagnolo) anche successivamente all'entrata in vigore della legge 34/2006, purché si iscrivano all'albo entro due anni dal momento in cui sorge il loro diritto a richiedere il titolo di “*licenciado en Derecho*” (cfr. *Disposición final octava* del testo modificato della legge 34/2006). Si tratta sostanzialmente di una sanatoria generale per tutti coloro i quali, in qualunque tempo, si laureino col vecchio ordinamento spagnolo. Per quanto qui in esame è altresì rilevante la *Disposición final octava* del testo modificato della legge 34/2006, la quale prevede che coloro i quali abbiano richiesto l'omologazione di un titolo straniero di “*licenciado en Derecho*” prima dell'entrata in vigore della legge 34/2006 possono comunque procedere ad iscriversi ad un *colegio de abogados* spagnolo senza che vengano loro richieste le qualifiche professionali addizionali previste dalla legge stessa, sempre che provvedano a farlo entro due anni dall'ottenimento dell'omologazione. Il tormentato cammino che avrebbe dovuto permettere alla Spagna di essere in linea con gli altri Stati membri dell'Unione europea rischia tuttavia di essere pregiudicato in modo assai più rilevante qualora dovesse essere approvato l'“anteproyecto de ley de servicios profesionales”, la cui primissima bozza – presentata dal Ministerio de economía y competitividad in un documento datato 20 dicembre 2012 (il testo del documento è reperibile *online*) – prevede fra l'altro la soppressione della valutazione nazionale di attitudine professionale per l'accesso alla professione di avvocato.

²⁷ La dottrina, opportunamente, divide in due categorie i comportamenti che la Corte ha in maniera piuttosto generica qualificato come abusivi, distinguendo il caso di frode nell'applicazione di norme dell'Unione – in cui un diritto derivante dal diritto UE non sarà accordato in quanto le condizioni che ne determinano l'attribuzione non sussistono o sono state create in modo scorretto o artificioso – da quello in cui un'applicazione formalmente corretta di norme dell'Unione ha in realtà lo scopo di eludere disposizioni di diritto interno di uno Stato membro considerate svantaggiose (così A. ADINOLFI, *La nozione di “abuso di diritto” nell'ordinamento dell'Unione europea*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2012, p. 335 ss.). Il caso in esame pare poter essere agevolmente ricompreso nella seconda categoria.

²⁸ Sul tema dell'abuso esiste una copiosa giurisprudenza della CGUE. V., *ex plurimis*, le sentenze della Corte di giustizia del 3 dicembre 1974, causa 33/74, *Van Binsbergen*, *Raccolta*, p. 1299, punto 13; 10 gennaio 1985, causa 229/83, *Leclerc*, *ivi*, p. 3161, punto 27; 21 giugno 1988, causa 39/86, *Lair*, *ivi*, p. 3161, punto 43; 3 febbraio 1993, causa C-148/91, *Veronica*, *ivi*, p. I-487, punto 12; 5 ottobre 1994, causa C-23/93, *TV10*, *ivi*, p. I-4795, punto 21; 12 maggio 1998, causa C-367/96, *Kefalas*, *ivi*, p. I-2843, punto 20; 23 marzo 2000, causa C-373/97, *Diamantis*, *ivi*, p. I-1705, punto 33; 3 marzo 2005, causa C-32/03, *Fini*, *ivi*, p. I1599, punto 32; 21 febbraio 2006, causa C-255/02, *Halifax*, *ivi*, p. I-1609, punto 69; 6 aprile 2006, causa C-456/04, *Agip Petroli*, *ivi*, p. I-3395, punto 19; 8 novembre 2007, causa C-251/06, *ING. AUER*, *ivi*, p. I-9689, punto 42; 21 giugno 2012, cause riunite C-80 e 142/11, *Ma-hagében*, non ancora pubblicata, punto 41; 6 dicembre 2012, causa C-285/11, *Bonik*, non ancora pubblicata, punto 36; 31 gennaio 2013, causa C-643/11, *LVK-56*, non ancora pubblicata, punto 58. Vi è poi giurisprudenza specifica in materia di preparazione professionale. V. le sentenze della Corte di giustizia del 7 febbraio 1979, causa 115/78, *Knoors*, *ivi*, p. 399, punto 25 (anche se poi nel caso di specie la Corte concluse per l'assenza di abuso: v. punto 26); 3 ottobre 1990, causa C-61/89, *Bouchoucha*, *ivi*, p. I-3551, punto 14; 7 luglio 1992, causa C-370/90, *Singh*, *ivi*, p. I-4265, punto 24. In dottrina, sul tema,

La CGUE ha precisato in più occasioni²⁹ che tale abuso del diritto sussiste in presenza di comportamenti consistenti nel creare costruzioni di puro artificio, prive di effettività economica e finalizzate ad eludere la normativa interna di uno Stato membro. Solo se volta ad ostacolare tali comportamenti è infatti giustificabile una misura nazionale che restringe le libertà concesse dal diritto dell'Unione³⁰.

Ciò avviene quando “il soggetto, pur incardinando il suo statuto giuridico nell'ordinamento dello Stato che offre le condizioni più favorevoli (...) indirizza totalmente o prevalentemente le proprie attività economiche verso il territorio di un altro Stato, la cui legislazione risulta, sotto qualche profilo, più severa o comunque meno attraente”³¹. Egli ottiene così il risultato che gli sarebbe impedito dal diritto interno di uno Stato membro, in quanto ne evita l'applicazione avvalendosi di un diritto previsto dall'ordinamento UE³². Questo è definito da giurisprudenza e dottrina l'elemento oggettivo dell'abuso³³.

Oltre ad esso è però necessario un altro elemento, quello soggettivo, che “consiste nella volontà di ottenere un vantaggio derivante dalla normativa comunitaria mediante la creazione artificiosa delle condizioni necessarie per il suo ottenimento”³⁴. Sull'imprescindibilità di detto elemento al fine di configurare una fattispecie di abuso del diritto non vi è tuttavia uniformità³⁵. In ogni caso si tratta di un elemento la cui esistenza risulta di non facile accertamento³⁶, ragion per cui la Corte ha ritenuto opportuno ricorrere ad elementi oggettivi di interpretazione, quale l'assenza di valide ragioni economiche³⁷.

v. *inter alios*: M. GESTRI, *Abuso del diritto e frode alla legge nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2003; N. GULLO, *L'abuso del diritto nell'ordinamento comunitario: un (timido) limite alla scelta del diritto*, in *Ragion pratica*, 2005, p. 181 ss.; K. ENGSIG SØRENSEN, *Abuse of Rights in Community Law: A Principle of Substance or Merely Rhetoric?*, in *Common Market Law Review*, 2006, p. 423 ss.; A. LENAERTS, *The General Principle of the Prohibition of Abuse of Rights: A Critical Position on Its Role in a Codified European Contract Law*, in *European Review of Private Law*, 2010, p. 1121 ss.; A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 329 ss.

²⁹ V. le sentenze della Corte di giustizia del 12 settembre 2006, causa C-196/04, *Cadbury Schweppes*, *Raccolta*, p. I-7995, punto 55, e del 13 marzo 2007, causa C-524/04, *Test Claimants*, *ivi*, p. I-2107, punto 72.

³⁰ Sentenza della Corte di giustizia del 31 marzo 1993, causa C-19/92, *Kraus*, *Raccolta*, p. I-1663, punti 34 e 35. Come opportunamente rileva la dottrina, “[s]i noti come, così argomentando, la Corte di giustizia abbia ricondotto la finalità della protezione nei confronti di manovre abusive tra i ‘motivi imperiosi di interesse generale’, i quali possono in via di eccezione giustificare restrizioni delle libertà fondamentali”: M. GESTRI, *op. cit.*, p. 84.

³¹ *Ivi*, p. 213.

³² *Ivi*, p. 214.

³³ V., *ex plurimis*, la sentenza della Corte di giustizia del 14 dicembre 2000, causa C-110/99, *Emsland-Stärke*, *Raccolta*, p. I-11569, punto 52; M. GESTRI, *op. cit.*, p. 211 ss.

³⁴ Sentenza *Emsland-Stärke*, punto 53.

³⁵ V. la sentenza della Corte di giustizia del 12 luglio 1988, cause riunite 138 e 139/86, *Direct Cosmetics Ltd.*, *Raccolta*, p. I-3973, punto 23. La dottrina ipotizza che tale orientamento interpretativo, il quale non ritiene necessaria la sussistenza dell'elemento soggettivo, possa essere frutto della difficoltà nell'accertamento dell'elemento. Così A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 333 s.

³⁶ A. ADINOLFI, *op. cit.*, p. 334, cita quale esempio di tale difficoltà di accertamento il caso di cui alla sentenza della Corte di giustizia del 30 settembre 1997, causa C-36/96, *Gunaydin*, *Raccolta*, p. I-5143.

³⁷ V. le sentenze della Corte di giustizia del 3 marzo 1993, causa C-8/92, *General Milk Products*, *Raccolta*, p. I-779, punto 21, ed *Emsland-Stärke*, punto 53.

La presenza dei due elementi oggettivo e soggettivo non pare tuttavia sufficiente a qualificare sempre e comunque la fattispecie come abuso. Si debbono infatti anche “tener presenti le finalità perseguite dalle disposizioni comunitarie di cui trattasi”³⁸, ovvero valutare se la possibilità di scegliere liberamente l’ordinamento alle cui norme giuridiche sottoporre una certa attività non sia espressamente concessa da tali norme UE³⁹.

Alla luce di tutto ciò, l’utilizzabilità di una decisione di riconoscimento di un diploma anziché di un diploma vero e proprio rilasciato da un altro Stato membro per avvalersi della procedura dettata dalla direttiva 98/5 parrebbe effettivamente poter costituire un uso abusivo di prerogative soggettive che discendono dal diritto UE per eludere normative interne, per la possibile sussistenza degli elementi oggettivo e soggettivo – ma anche teleologico – dell’abuso, come definiti *supra*⁴⁰.

La prova dell’esistenza dell’elemento soggettivo sembrerebbe più difficile qualora al riconoscimento del diploma seguisse l’effettivo esercizio della professione per un certo tempo nello Stato in cui vi è stato tale riconoscimento ed il primo accesso alla professione (o forse anche l’ottenimento di un’altra qualifica professionale addizionale). In tali casi, infatti, la sussistenza di una costruzione di puro artificio destinata ad eludere la normativa nazionale è di più difficile valutazione.

Per quanto concerne l’elemento teleologico, già dal 1° ‘considerando’ della direttiva 98/5 risulta palese che la finalità perseguita dalla stessa è quella di cooperare all’eliminazione fra gli Stati membri degli ostacoli alla libera circolazione delle persone e dei servizi. Il 5° ‘considerando’, inoltre, giustifica l’azione dell’Unione europea nella materia e l’esistenza della direttiva stessa alla luce delle “esigenze

³⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 9 marzo 1999, causa C-212/97, *Centros, Raccolta*, p. I-1459, punto 25. Tale principio è espresso anche in altre pronunce, quali le sentenze del 2 maggio 1996, causa C-206/94, *Paletta II, ivi*, p. I-2357, punto 25, e *Cadbury Schweppes*, punto 52. Certa dottrina considera questo un terzo elemento, definendolo teleologico, necessario ad integrare la fattispecie di abuso al diritto: così M. GESTRI, *op. cit.*, p. 222 ss.

³⁹ “Se così fosse, il comportamento del soggetto risulterebbe in linea con le finalità perseguite dalla normativa comunitaria e sarebbe quindi impossibile una sua qualificazione in termini di illiceità, malgrado il deliberato aggiramento di norme obbligatorie nazionali”: *ivi*, pp. 223 e 224.

⁴⁰ È sorprendente come la Corte di cassazione italiana in una recente sentenza abbia risolto la questione in esame non prendendo in alcuna considerazione il divieto di utilizzare abusivamente prerogative soggettive che discendono dal diritto dell’UE per eludere normative interne, neppure per concludere (eventualmente) per la sua non applicabilità al caso di specie. Il che suscita perplessità ancora maggiore se si considera che, in spregio al dettato dell’art. 267 TFUE, la Cassazione (in quanto tribunale di ultima istanza) non ha neppure ritenuto di effettuare un rinvio in via pregiudiziale alla CGUE, pur riconoscendo espressamente che i precedenti giurisprudenziali citati non vertevano sull’applicazione della direttiva 98/5, quanto piuttosto sulla normativa in materia di riconoscimento delle qualifiche professionali (di cui alla direttiva 89/48, oggi abrogata e sostituita dalla 2005/36) e senza neppure giustificare tale comportamento chiamando in causa il principio dell’*“acte clair”* (su tale principio v., *ex plurimis*, A. M. CALAMIA, *Diritto dell’Unione europea*, Milano, 2012, VI ed., p. 174). Infine, sotto un profilo formale, duole che la Suprema Corte, in una sentenza resa dopo oltre due anni dall’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, continui ad utilizzare ripetutamente, a proposito di Unione europea, termini quali *“normativa comunitaria”* o *“avvocato comunitario”*. V. Cassazione civile, SS.UU., sentenza del 22 dicembre 2011, n. 28340. Pare per converso opportuno il rinvio pregiudiziale in materia effettuato dal Consiglio nazionale forense, quale giudice speciale dell’impugnazione dei provvedimenti di diniego, con ordinanza rivolta alla Corte di giustizia il 30 gennaio 2013. Il testo integrale dell’ordinanza è reperibile *online* sul sito del Consiglio nazionale forense.

degli utenti del diritto, che a motivo del flusso crescente delle attività commerciali, dovuto particolarmente alla creazione del mercato interno, chiedono consulenze in occasione di operazioni transfrontaliere nelle quali si trovano spesso strettamente connessi il diritto internazionale, il diritto comunitario e i diritti nazionali”.

Trattasi di un’esigenza che evidentemente non potrebbe essere soddisfatta da chi, avendo ottenuto un diploma in un primo Stato membro, se lo sia fatto riconoscere in un secondo Stato membro per quivi accedere alla professione di avvocato, al solo fine di tornare ad esercitarla permanentemente nel primo Stato, senza aver mai ottenuto una qualifica supplementare, né esercitato la professione nel secondo. La *ratio* di tale comportamento, inoltre, rischia fortemente di non essere quella di realizzare il principio di libera circolazione, quanto piuttosto proprio quella di eludere una normativa nazionale ritenuta meno favorevole.

Nella prassi, comunque, l’accertamento relativo all’effettiva sussistenza dell’utilizzo abusivo di prerogative soggettive che discendono dal diritto dell’Unione per eludere normative interne dovrà essere effettuato caso per caso⁴¹ dall’autorità nazionale demandata dallo Stato membro ospitante⁴² nel momento in cui essa, ai sensi dell’art. 3, co. 2, della direttiva 98/5, è chiamata a verificare il documento attestante l’iscrizione dell’avvocato presso la corrispondente autorità competente dello Stato membro di origine⁴³.

La soluzione proposta avrebbe peraltro il pregio di eliminare una poco giustificabile disparità di trattamento fra la professione forense e tutte le altre professioni regolamentate. Alla luce di quanto affermato dalla CGUE nel caso *Cavallera* e nella direttiva 2005/36 e delle considerazioni in proposito avanzate *supra*, infatti, solo per la professione di avvocato rimarrebbe aperta una via per chi volesse esercitarla permanentemente nello Stato membro d’origine senza essersi sottoposto alla procedura

⁴¹ V. la sentenza della Corte di giustizia del 17 luglio 1997, causa C-28/95, *Leur-Bloem*, *Raccolta*, p. I-4161, punto 41.

⁴² Non solo di tipo giurisdizionale (sentenza *Emsland-Stärke*, punto 53), ma anche amministrativo, nel qual caso però la decisione deve poter essere impugnata in via giurisdizionale (sentenza *Kraus*, punto 40; sentenza *Leur-Bloem*, punto 41). Per quanto riguarda nello specifico la professione di avvocato in Italia, è stato correttamente ritenuto “conforme allo spirito delle norme europee che gli ordini circondariali svolgano un’attività di attenta vigilanza sulle richieste di iscrizione nell’elenco degli avvocati stabiliti al fine di prevenire, in forma non discriminatoria, casi di abuso del diritto dell’Unione Europea”, dovendosi invece considerare “irragionevoli forme e prassi concrete di verifica e di controllo a carattere sistematico che si rivelino sproporzionate rispetto alle finalità di tutela dell’interesse pubblico al corretto esercizio della professione”: v. il parere della Commissione consultiva del Consiglio nazionale forense del 23 febbraio 2011, approvato dal *plenum* del CNF il 25 marzo 2011, par. 13. Il testo integrale del parere è reperibile *online* sul sito del Consiglio nazionale forense.

⁴³ La CGUE ha affermato: “La presentazione all’ autorità competente dello Stato membro ospitante di un certificato di iscrizione presso l’autorità competente dello Stato membro d’origine risulta (...) l’unico requisito cui deve essere subordinata l’iscrizione dell’interessato nello Stato membro ospitante, che gli consente di esercitare la sua attività in quest’ultimo Stato membro con il suo titolo professionale d’origine” (v. sentenza del 19 settembre 2006, causa C-506/04, *Wilson*, *Raccolta*, p. I-8613, punto 67). Ciò non sembra tuttavia essere di ostacolo a che l’autorità nazionale demandata richieda informazioni e documenti al fine esclusivo di accertare l’eventuale sussistenza dell’utilizzo abusivo di prerogative soggettive che discendono dal diritto dell’Unione per eludere normative interne, essendole attribuita questa funzione di accertamento dal diritto UE come interpretato dalla Corte di giustizia: v. *supra*, nota precedente.

prevista dal diritto interno di tale Stato e senza aver acquisito alcuna qualifica professionale addizionale. Tale disparità fra la professione forense e le altre professioni liberali è invero stata voluta esplicitamente dal legislatore europeo, il quale ha previsto solo per gli avvocati una doppia possibilità, affiancando alla procedura generale, valida per tutte le professioni, quella speciale di cui alla direttiva 98/5. Ciò deriva tuttavia dalle succitate esigenze specifiche di conoscenza di diritto internazionale, diritto dell'Unione e diritti nazionali nella realizzazione delle operazioni transfrontaliere dovute alla nascita del mercato interno e sono proprio tali esigenze a non essere soddisfatte quando, per avvalersi della procedura di cui alla direttiva 98/5, venga utilizzata una mera decisione di riconoscimento di un diploma non integrata da alcuna qualifica supplementare.

Infine, tale soluzione permette di trattare la procedura speciale di cui alla direttiva 98/5 in maniera analoga a quella generale (prevista prima dalla direttiva 89/48 e successivamente dalla direttiva 2005/36)⁴⁴.

4. Successivamente alla sentenza relativa al caso *Cavallera* si è posto il problema della legittimità della prosecuzione dell'esercizio permanente della professione di avvocato nello Stato membro d'origine da parte di chi vi fosse stato ammesso sulla base del duplice riconoscimento in assenza di qualifiche professionali addizionali. La questione è stata affrontata nello specifico dal Consiglio nazionale forense italiano, il quale ha espresso un'opinione "tendenzialmente negativa" relativamente alla cancellazione di soggetti che già avessero ottenuto l'iscrizione negli albi⁴⁵.

Pur essendo comprensibili le preoccupazioni che hanno portato il CNF a questa presa di posizione, essa non risulta pienamente convincente, perlomeno sotto un profilo prettamente giuridico. Il CNF sostiene che si tratterebbe di "posizioni di diritto ormai acquisito". Causa tuttavia molta perplessità l'utilizzazione di tale concetto, nella misura in cui – contrariamente a quanto sostenuto dal supremo organo dell'avvocatura italiana – non può ritenersi che la lettura della direttiva 89/48 data dalla CGUE nel caso *Cavallera* non abbia effetti retroattivi.

Dalla giurisprudenza della Corte risulta infatti chiaro che l'interpretazione che essa dà del diritto dell'Unione ha, in linea di principio, tali effetti retroattivi⁴⁶. Anzi,

⁴⁴ L'opportunità di tale analogia potrebbe esser messa in dubbio, in quanto si tratta di due fattispecie differenti, in particolare nella misura in cui la procedura prevista dalla direttiva 98/5 non permette al soggetto munito di equivalente titolo professionale di altro Membro l'immediata iscrizione all'albo ordinario, ma solo l'iscrizione ad un albo speciale, riservato appunto agli avvocati stabiliti, obbligandolo altresì all'uso del titolo di provenienza anziché quello dello Stato ospitante, per un periodo di tre anni. A ben vedere, tuttavia, neppure la procedura dettata dalla direttiva 2005/36 consente necessariamente l'immediata iscrizione automatica all'albo ordinario, lasciando agli Stati la facoltà (peraltro ampiamente utilizzata dagli stessi) di prevedere che l'interessato sostenga un tirocinio di adattamento o una prova attitudinale. Il fatto che in entrambi i casi possa essere – e sovente sia – richiesto un requisito ulteriore (rispettivamente esercizio regolare ed effettivo dell'attività per un periodo triennale e prova attitudinale o tirocinio di adattamento) pare essere motivo sufficiente a giustificare una certa analogia nel trattare le due fattispecie. Peraltro, quando il requisito ulteriore sussiste nella procedura generale, spesso la rende meno attraente di quella speciale.

⁴⁵ Parere del Consiglio nazionale forense del 25 giugno 2009, par. 6.

⁴⁶ V. *inter alios* le sentenze della Corte di giustizia del 27 marzo 1980, causa 61/79, *Denkavit, Raccolta*, p. 1205, punto 16; 19 ottobre 1995, causa C-137/94, *Richardson, ivi*, p. I-3407, punto 31; 13

a rigore, trattandosi di interpretazione di una norma già esistente e non di modifica della stessa, non sembra neppure opportuno utilizzare il concetto di effetti retroattivi *stricto sensu*, essendo preferibile quello di efficacia *ex tunc*.

È ben vero che tale efficacia *ex tunc* può venire in certi casi – comunque eccezionali – limitata⁴⁷, ma questo è un potere che i giudici di Lussemburgo riservano a se stessi in via esclusiva⁴⁸ e che hanno deciso di non utilizzare nel caso *Cavallera*, evidentemente non considerando sufficientemente rilevanti profili quali quelli successivamente richiamati dal Consiglio nazionale forense⁴⁹.

Non è pertanto condivisibile l'opinione secondo cui si tratterebbe di procedere alla cancellazione dagli albi “di coloro che vi siano stati ammessi sulla base di titoli professionali stranieri non più reputati congrui”⁵⁰. Tali titoli, infatti, congrui non lo sono mai stati.

Innanzitutto, da quando la materia è regolata dalla direttiva 2005/36, l'iscrizione in base alla procedura generale non avrebbe dovuto essere concessa a tutti coloro che avessero richiesto il riconoscimento di una decisione di riconoscimento in assenza di qualifiche professionali addizionali ottenute nello Stato membro ospitante, in quanto tale principio è espressamente affermato nel 12° ‘considerando’ della direttiva stessa. L'eventuale iscrizione sarebbe pertanto frutto di una palese violazione di una norma di diritto dell'Unione europea, alla quale si deve conseguentemente porre rimedio.

Anche precedentemente, tuttavia, ovvero durante la vigenza della direttiva 89/48, non avrebbe potuto essere iscritto all'albo chi avesse ottenuto il duplice riconoscimento senza aver, nello Stato membro ospitante, svolto un'attività di formazione, superato un esame o effettuato un'esperienza professionale. Tale è infatti l'interpretazione che ha dato la CGUE, interpretazione che – come meglio precisato *supra* – ha efficacia *ex tunc*. Anche in questo caso, pertanto, sussiste una violazione del diritto dell'Unione a cui si deve porre rimedio.

Parrebbe pertanto potersi concludere che, contrariamente a quanto sostenuto dal Consiglio nazionale forense nel parere esaminato, in applicazione del diritto UE si dovrebbe procedere alla cancellazione dagli albi di tutti coloro che vi sono stati iscritti sulla base di titoli professionali di un altro Stato membro non congrui, utilizzati nell'ambito della procedura generale.

febbraio 1996, cause riunite C-197 e 252/94, *Bautiaa*, *ivi*, p. I-505, punto 47; 15 settembre 1998, causa C-231/96, *Edis*, *ivi*, p. I-4951, punto 15.

⁴⁷ V. le sentenze della Corte di giustizia del 8 aprile 1976, causa 43/75, *Defrenne*, *Raccolta*, p. 455, punti 71/75; 16 luglio 1992, causa C-163/90, *Legros*, *ivi*, p. I-4625, punto 30; nonché le sentenze *Denkavit*, punto 17; *Bautiaa*, punto 48; *Edis*, punto 16.

⁴⁸ V. le sentenze *Denkavit*, punto 18; *Legros*, punto 30; *Richardson*, punto 32.

⁴⁹ Parere del Consiglio nazionale forense del 25 giugno 2009, par. 6.

⁵⁰ *Ibidem*. Successivamente, tuttavia, il CNF sembra aver avuto un ripensamento perlomeno parziale, quando sostiene che rimane all'interno delle proprie competenze “il Consiglio dell'ordine che effettui controlli anche sulle iscrizioni già disposte, perché il relativo potere-dovere di verifica rientra nel più generale potere di revisione degli albi regolato dalla legge”, pur ribadendo che “gli eventuali provvedimenti che dovessero essere assunti all'esito delle citate verifiche dovrebbero comunque salvaguardare l'affidamento incolpevole dei terzi e della clientela, evitando il rischio di travolgere attività difensive compiute in costanza dell'iscrizione poi revocata”: v. Parere della Commissione consultiva del Consiglio nazionale forense, par. 13.

Il CNF evidenzia nello specifico che “la rimozione di un provvedimento d’iscrizione in via di autotutela presuppone la dimostrazione non solo dell’effettivo errore in cui sia incorso il Consiglio nel deliberare detta iscrizione, ma anche – e soprattutto – l’accertamento di un interesse pubblico alla eliminazione della permanenza del soggetto negli albi”⁵¹, mettendo inoltre in rilievo questioni relative al “coinvolgimento dell’affidamento di terzi estranei”⁵² ed ai “connessi profili di responsabilità anche patrimoniale”⁵³.

Come precisato *supra*, la Corte nella sentenza relativa al caso *Cavallera* non ha comunque considerato dirimenti questi aspetti. Potrebbe eventualmente prenderli in considerazione quando si pronuncerà sui quesiti di interpretazione pregiudiziale posti dal Consiglio nazionale forense italiano con ordinanza del 30 gennaio 2013⁵⁴. Qualora infatti la Corte accogliesse una soluzione che limita tale prassi (come ad esempio quella proposta nel presente contributo) ben potrebbe, se ritenesse di trovarsi in presenza di un caso eccezionale⁵⁵, limitare l’efficacia nel tempo della propria decisione, ma solo qualora sussistessero circostanze ben precise⁵⁶, in presenza del rischio di importanti conseguenze sul piano economico, frutto nello specifico di un rilevante numero di rapporti giuridici creati applicando una disciplina considerata, in buona fede, valida ed efficace⁵⁷ e dopo aver verificato l’esistenza di un’incertezza oggettiva e rilevante in ordine al tenore della normativa di diritto dell’Unione europea – incertezza eventualmente originata dagli stessi comportamenti adottati dagli Stati membri e/o dalla Commissione – che aveva indotto sia i singoli

⁵¹ Parere del Consiglio nazionale forense del 25 giugno 2009, par. 6.

⁵² *Ibidem*.

⁵³ *Ibidem*. Tali profili sono invero piuttosto delicati. Lo stesso CNF ha specificato la portata di tale affermazione sostenendo la necessità di fare salvo “l’affidamento incolpevole dei terzi e della clientela, evitando il rischio di travolgere attività difensive compiute in costanza dell’iscrizione poi revocata”. Alla luce della succitata interpretazione giurisprudenziale, come analizzata *supra*, non appare tuttavia incontrovertibile che la mancata cancellazione di tali soggetti comporterebbe necessariamente minori effetti sotto il profilo del “coinvolgimento dell’affidamento di terzi estranei” e dei “connessi profili di responsabilità anche patrimoniale”. Basti pensare alle potenziali conseguenze di eventuali ricorsi volti a far dichiarare la carenza di legittimazione ad agire in giudizio quali patrocinanti di detti soggetti. Per valutare correttamente tali aspetti, ma anche per avere un quadro più completo della fattispecie, parrebbe inoltre opportuno prendere in considerazione la delibera dell’Autorità garante della concorrenza e del mercato italiana in cui la pratica commerciale posta in essere da una società, tale Corsi Editati Schede Dispense s.r.l., consistente appunto “nella diffusione a mezzo stampa e internet, di un messaggio pubblicitario diretto a promuovere i propri servizi finalizzati al conseguimento in Spagna dell’abilitazione all’esercizio della professione forense”, è stata qualificata come “pratica commerciale scorretta ai sensi degli artt. 20, 21 e 22, comma 2 del Codice del Consumo”. Di conseguenza ne è stata vietata la diffusione o continuazione ed è stata erogata una sanzione amministrativa pecuniaria pari a centomila Euro nei confronti della società stessa. Cfr. la delibera adottata dall’Autorità nell’adunanza del 23 marzo 2011. Il testo integrale del provvedimento è reperibile *online* sul sito dell’Autorità. Per quanto riguarda nello specifico il profilo dell’interesse pubblico ci si limita a ricordare che nell’ordinamento italiano il superamento di un esame di Stato è considerato vincolante per ottenere l’abilitazione all’esercizio professionale addirittura da una norma costituzionale (ovvero l’art. 33, co. 5, Cost.).

⁵⁴ V. *supra*, nota 40.

⁵⁵ V. *supra*, nota 46.

⁵⁶ V. la sentenza *Bautiaa*, punto 48.

⁵⁷ *Ibidem*.

che le autorità nazionali ad un comportamento non conforme alle disposizioni di diritto UE⁵⁸.

Una scelta di questo tipo, tuttavia, parrebbe comunque problematica sotto il profilo della coerenza con quanto deciso a proposito della procedura generale di cui alle direttive 89/48 (oggi non più in vigore) e 2005/36.

5. Un cittadino europeo che abbia ottenuto un idoneo diploma di istruzione superiore in un primo Stato membro e, successivamente, effettuato l'accesso alla professione di avvocato in tale Paese, seguendo le procedure previste dalla normativa interna di quest'ultimo, gode di un preciso diritto derivante dal diritto UE. Può infatti esercitare la professione forense in un secondo Stato membro avvalendosi in alternativa della procedura prevista dalla direttiva 98/5, ovvero di quella dettata dalla direttiva 2005/36 (e precedentemente dalla direttiva 89/48).

Ciò a prescindere dai requisiti previsti dal diritto interno del primo Stato membro per accedere alla professione di avvocato, potendo essi anche consistere nel mero possesso di uno specifico diploma di istruzione superiore (come era, nello specifico, in Spagna sino ad un'epoca recentissima)⁵⁹.

Non pare potersi giungere alla stessa soluzione per coloro i quali, avendo ottenuto l'idoneo diploma di istruzione superiore in un secondo Stato membro, se lo facciano riconoscere in un primo Stato membro ed accedano alla professione di avvocato in quest'ultimo Paese in base alla normativa ivi vigente al solo fine di esercitare la professione forense non in questo primo Stato membro, ma nel secondo Stato membro in cui avevano ottenuto l'idoneo diploma di istruzione superiore, utilizzando una delle procedure previste dal diritto dell'Unione (oggi, nello specifico, dalle direttive 98/5 e 2005/36), senza ottenere alcuna qualifica professionale addizionale.

Tale comportamento non sembra essere legittimo, nella misura in cui sia volto ad eludere la normativa interna di uno Stato membro, utilizzando in modo improprio prerogative soggettive che discendono dal diritto dell'Unione europea. Ciò rischia di avvenire in particolare quando il primo Stato membro esige quale requisito per l'accesso alla professione forense il solo possesso di uno specifico diploma di istruzione superiore (come effettivamente era nel caso della Spagna fino a poco tempo fa), mentre il secondo Stato impone anche requisiti ulteriori, quali lo svolgimento di un tirocinio, il superamento di esami, l'ottenimento di abilitazioni e/o diplomi ulteriori (come nel caso di tutti gli altri Stati membri).

Si tratta d'altronde di un rischio derivante dalla scelta di fondare la libera circolazione dei professionisti nell'Unione europea sul solo principio del mutuo riconoscimento, abbandonando l'armonizzazione dei percorsi formativi⁶⁰.

Per quanto concerne nello specifico la libera circolazione degli avvocati (ma anche, più in generale, quella di tutti i professionisti) parrebbe opportuno, *de iure condendo*, prendere in seria considerazione l'abbandono del dogma del dominio riservato degli Stati in ordine alla determinazione delle qualifiche professionali richieste per l'esercizio delle professioni sul loro territorio (principio peraltro riba-

⁵⁸ *Ibidem*.

⁵⁹ *V. supra*, nota 26.

⁶⁰ *V. supra*, nota 6.

dito anche nella direttiva 2005/36)⁶¹, anche se ciò comporterebbe la necessità di intervenire su certe norme dei Trattati.

Al contrario, si ritiene che un percorso volto all'armonizzazione dei percorsi formativi nei vari Stati membri mediante strumenti vincolanti (che vada pertanto oltre il c.d. "processo di Bologna")⁶², accompagnato dall'attribuzione all'UE del potere di determinare le qualifiche professionali minime necessarie per l'accesso alle professioni in generale (ed a quella di avvocato in particolare) nel territorio di tutti gli Stati membri dell'Unione europea, sarebbe altamente auspicabile⁶³, in quanto permetterebbe un migliore funzionamento del mercato unico ed una maggiore integrazione europea, eliminando quegli elementi distorsivi che sono stati evidenziati anche nel presente contributo⁶⁴.

Anche per quanto riguarda la libera circolazione degli avvocati (e degli altri professionisti) si ritiene insomma necessaria "più Europa", così come appare indispensabile in altri settori⁶⁵.

Nell'attesa, tenuto anche conto del fatto che tale armonizzazione sembra effettivamente costituire un traguardo non agevolmente raggiungibile e che la difformità tra i sistemi nazionali di accesso alla professione di avvocato appare al momento un dato difficilmente eliminabile, è auspicabile una seria attività di vigilanza, nella convinzione che "*le droit cesse où l'abus commence*"⁶⁶.

⁶¹ Art. 15.

⁶² L. PASQUALI, *op. cit.*, p. 380 ss.

⁶³ Come ho già avuto occasione di sostenere (*ivi*, p. 383), la tesi con cui la dottrina salutava la scelta di utilizzare il principio del mutuo riconoscimento dei titoli evidenziando come "l'adozione del criterio di armonizzazione dei vari sistemi formativi (...) avrebbe ulteriormente 'frenato' un settore per il quale, al contrario, sarebbe stata necessaria una ulteriore accelerazione, in considerazione dello stretto legame tra esso e la realizzazione del mercato unico" (così M. R. SAULLE, *Il problema del riconoscimento dei titoli di studio nella C.E. e nell'UNESCO*, in F. P. CASAVOLA, M. R. SAULLE, F. KOJANEK (a cura di), *Il riconoscimento dei diplomi e dei titoli di studio in Europa*, Napoli, 1992, p. 28), che pure aveva una certa rilevanza nel momento in cui fu sostenuta, pare oggi meno incisiva, a causa delle mutate circostanze, dovute all'evoluzione che ha avuto *medio tempore* la materia. È vero che l'armonizzazione presenta "varie difficoltà ed incognite", ma ciò non esclude che, continuando nel frattempo ad utilizzare il principio del mutuo riconoscimento, si possa provare a superarle.

⁶⁴ Sull'armonizzazione dei percorsi di accesso alle professioni come strumento di miglior funzionamento del mercato unico e come antidoto alle potenziali frodi alla legge v. anche la sentenza *Knoors*, rispettivamente punti 9 e 27.

⁶⁵ Il riferimento specifico ed attuale è alla politica economica, che continua ad essere di competenza degli Stati membri, sebbene un cospicuo numero di essi abbia da tempo adottato una moneta unica. Proprio la situazione derivata da politiche economiche nazionali a fronte di una politica monetaria unica è considerata da molti uno dei fenomeni alla base della crisi economica e finanziaria che sta investendo (in misura maggiore o minore) la c.d. "zona euro", né possono essere ritenuti pienamente soddisfacenti i tentativi, anche recenti, di coordinare in maniera sempre più stringente tali politiche economiche (quale quello effettuato con l'adozione del Trattato sulla stabilità, sul coordinamento e sulla *governance* nell'Unione economica e monetaria, tra il Regno del Belgio, la Repubblica di Bulgaria, 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, l'Ungheria, Malta, il Regno dei Paesi Bassi, la Repubblica d'Austria, la Repubblica di Polonia, la Repubblica Portoghese, la Romania, la Repubblica di Slovenia, la Repubblica Slovacca, la Repubblica di Finlandia e il Regno di Svezia, Trattato intergovernativo conosciuto comunemente come "*fiscal compact*", entrato in vigore il 1° gennaio 2013).

⁶⁶ La nota affermazione (peraltro citata anche nelle conclusioni dell'Avvocato generale La Pergola

Abstract

Freedom of Establishment of Lawyers in the European Union: Limits to the Use of Decisions of Recognition in the Light of the Most Recent Judgments

In the EU practice of the profession of lawyer on a permanent basis in a Member State other than the one in which the qualification was obtained is guaranteed according to the principle of mutual recognition of diplomas. An analysis based on recent judgments shows though that neither the provisions of Directives 89/48/EEC and 2005/36/EC nor those of Directive 98/5/EC cannot be relied on for the purpose of gaining access to the profession of lawyer in a host Member State, by the holder of a certificate issued by an authority of another Member State which does not attest any education or training covered by the education system of that Member State and is not based on either an examination taken or professional experience acquired in that Member State. That is in order to respect the legitimate interest which Member States may have in preventing certain subjects, by means of facilities created under EU Law, from attempting wrongly to evade the application of national legislation.

del 16 luglio 1998, causa *Centros*, *Raccolta*, p. I-1459, punto 20) è dello studioso francese Planiol, che la utilizzò già nel suo *Trattato di diritto civile* del 1899. L'opera ebbe un rilevante successo e conobbe varie edizioni. La citazione utilizzata è presa da M. F. PLANIOL, *Traité élémentaire de droit civil*, Paris, 1949, p. 521.

Vito Rubino*

Ai confini della nozione di rifiuto: la disciplina dei sottoprodotti dopo la direttiva 2008/98/CE**

SOMMARIO: 1. Introduzione. La centralità dei rifiuti nella politica UE per l'ambiente e per lo sviluppo economico. – 2. La nozione di rifiuto e la sua interpretazione giurisprudenziale. – 3. Il dibattito sulla opportunità di una modifica della nozione di rifiuto e la soluzione adottata con la direttiva 2008/98 CE. – 4. Valutazioni giuridiche e conclusioni.

1. Nell'ambito della politica ambientale europea la normativa sui rifiuti ha da sempre rivestito un ruolo centrale. Si può anzi affermare che per certi aspetti ne abbia costituito il precursore ove si consideri che la prima direttiva quadro in materia (direttiva 75/442/CEE del Consiglio)¹ è stata adottata quando ancora il Trattato non prevedeva i poteri di azione necessari all'assunzione di misure sulla protezione dell'ambiente e sul miglioramento della qualità della vita², ricorrendo accanto alla base giuridica dell'art. 100 TCEE per l'evidente impatto della materia sul mercato interno³ alla procedura di cui all'allora art. 235 TCEE (poi divenuto art. 308 TCE, ed oggi art. 352 TFUE) onde colmare la richiamata lacuna.

* Ricamatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi del Piemonte Orientale.

** Il presente scritto è destinato anche agli Studi in onore del prof. Luigi Costato.

¹ Direttiva 75/442/CEE del Consiglio, del 15 luglio 1975, relativa ai rifiuti, *GUCE* L 194, 25 luglio 1975, p. 39 ss. La direttiva è stata adottata per armonizzare le diverse disposizioni nazionali adottate a metà degli anni Settanta sull'onda di una serie di scandali relativi allo smaltimento illegale di rifiuti ed alle conseguenze per la salute degli abitanti delle zone interessate da questi fenomeni. Si veda, sul punto, la comunicazione della Commissione europea, *La politica sui rifiuti dell'UE: le origini della strategia*, reperibile *online*.

² La ricostruzione del quadro evolutivo della politica UE per l'ambiente non è oggetto di questo lavoro, e, attesa l'ampiezza della tematica, non pare possibile qui utilmente sintetizzarla. Sia pertanto consentito rimandare, per una sua completa trattazione, a D. WILKINSON, *Environment and Law*, Abington, 2002; G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO, *Diritto Ambientale. Profili internazionali europei e comparati*, Torino, 2005; S. BELL, D. MCGILLIVRAY, O. PEDERSEN, *Environmental Law*, Oxford, 2006; P. DELL'ANNO, *Elementi di diritto dell'ambiente*, Padova, 2008; J. SCOTT, *Environmental Protection*, Oxford, 2009; L. COSTATO, S. MANSERVISI, *Profili di diritto ambientale nell'Unione europea*, Padova, 2012; J. H. JANS, H. H. B. VEDDER, *European Environmental Law*, Groningen, 2012; F. MUNARI, L. SCHIANO DI PEPE, *Tutela transnazionale dell'ambiente*, Bologna, 2012.

³ La gestione dei rifiuti appariva già allora strettamente connessa con il ciclo produttivo industriale, e, dunque, di fondamentale importanza per garantire l'instaurazione del mercato unico delle merci. Nel 2° 'considerando' della direttiva si legge che la disparità delle legislazioni nazionali in materia di smal-

Che d'altra parte la questione dei rifiuti costituisca un tassello essenziale delle tematiche ambientali è un dato di comune esperienza ove solo si consideri che ogni tipo di scarto (domestico, industriale, delle collettività etc.) determina un inevitabile impatto sull'ambiente, vuoi per le risorse consumate per produrre ciò che viene gettato via, vuoi per l'energia e le emissioni connesse alla gestione di questo materiale, vuoi, infine, per l'inevitabile inquinamento portato dal suo smaltimento legale o illegale.

Sin dalla citata direttiva quadro del 1975 la Comunità ha progressivamente implementato gli strumenti di controllo della filiera dei rifiuti mediante l'identificazione degli operatori, il loro inserimento in uno specifico regime autorizzatorio e la creazione di obblighi di registrazione e di ispezione improntati al più elevato livello di sicurezza e trasparenza.

Al contempo, di pari passo con le sollecitazioni internazionali⁴, la strategia europea in materia è andata via via strutturandosi attraverso la c.d. gerarchia dei rifiuti⁵, che affronta il problema con una serie di opzioni successive a partire dalla prevenzione (riduzione a monte del quantitativo di rifiuti) al riutilizzo e riciclaggio del materiale (anche mediante l'imposizione di obblighi relativi alle modalità costruttive degli oggetti) per approdare alla valorizzazione energetica e solo in ultima istanza allo smaltimento in discarica.

L'insieme degli adempimenti e delle richiamate restrizioni evidenzia come la questione dei rifiuti non possa essere analizzata esclusivamente sul piano della politica ambientale, poiché determina importanti ricadute su tutte le filiere produttive ed è capace di incidere profondamente sulla competitività del sistema economico europeo.

È stato infatti osservato dalla Commissione europea che gli impatti ambientali non rappresentano che una parte della storia di un rifiuto e possono essere esaminati solamente in relazione ai fattori economici e sociali connessi, quali, ad esempio, i vincoli per i consumatori, i costi per le imprese e le conseguenze sui posti di lavoro, posto che “i rifiuti hanno un impatto su di un ampio numero di parti interessate e

timento dei rifiuti “può creare disuguaglianza nelle condizioni di concorrenza ed avere perciò una incidenza diretta sul funzionamento del mercato comune”. Oggi la problematica si ripropone con riferimento alle condizioni di competizione globale ed al conseguente rapporto con i Paesi terzi. Sul punto si veda J. WATSON, *The WTO and the Environment. Development of Competence beyond Trade*, Abington, 2012.

⁴ Mi riferisco, in particolare, alla Convenzione di Basilea sul controllo dei movimenti oltre frontiera di rifiuti pericolosi e sulla loro eliminazione del 22 marzo 1989 (conclusa a nome della Comunità con decisione 93/98/CEE del Consiglio, del 1° febbraio 1993, *GUCE* L 39, 16 febbraio 1993, p. 1 ss., ratificata in Italia con legge del 18 agosto 1993, n. 340, *GURI* 204, S.O., 31 agosto 1993), alla c.d. Agenda 21 approvata alla Conferenza sull'ambiente e lo sviluppo UNCED di Rio de Janeiro del 1992 ed al successivo piano di attuazione approvato al Vertice di Johannesburg sullo sviluppo sostenibile nel settembre 2002. L'evoluzione del diritto internazionale dell'ambiente è materia troppo ampia per essere qui esaustivamente richiamata. Sia consentito, pertanto, rinviare per quanto non esplicitamente indicato a G. CORDINI, P. FOIS, S. MARCHISIO, *op. cit.*, *passim*, e J. H. JANS, H. H. B. VEDDER, *op. cit.*, p. 66.

⁵ La c.d. “gerarchia dei rifiuti” era già presente nella direttiva quadro del 1975, il cui art. 3 recitava “gli Stati membri adottano le misure atte a promuovere la prevenzione, il riciclo, la trasformazione dei rifiuti e l'estrazione dai medesimi di materie prime e eventualmente di energia, nonché ogni altro metodo che consenta il riutilizzo dei rifiuti”. La disposizione è tutt'oggi presente nell'art. 4 della direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 19 novembre 2008, relativa ai rifiuti e che abroga alcune direttive, *GUUE* L 312, 22 novembre 2008, p. 3 ss., ed è andata via via strutturandosi in relazione all'evoluzione della materia.

sono un problema rilevante per molte imprese con un interesse economico a ridurre la loro produzione di rifiuti e altresì interessate alla modalità di regolamentazione di questo settore”⁶.

Sicché nella logica dello sviluppo sostenibile più volte affermata nei Consigli europei di Helsinki del dicembre 1999⁷, di Lisbona del marzo 2000⁸ e di Göteborg del giugno 2001⁹, la Commissione ha sottolineato che “la continuità della crescita economica e il benessere sono fortemente influenzati dal consumo di prodotti. La sfida consiste nel conciliare il miglioramento del benessere e degli stili di vita (...) con la tutela dell’ambiente” trovando soluzioni “in cui il miglioramento ambientale vada di pari passo con il miglioramento delle prestazioni dei prodotti e favorisca la competitività dell’industria a lungo termine”¹⁰.

In altre parole i rifiuti rappresentano oggi il vero e proprio fulcro di un crocevia di politiche ed interessi diversi (tutela dell’ambiente, della salute, dell’economia, degli ambienti sociali di vita etc.) sul cui equilibrio si giuoca una partita fondamentale anche per l’economia e la competitività europea, specie ove si consideri la dimensione ormai largamente globalizzata dei mercati.

Pare quindi opportuno, dopo una sintetica ricognizione della materia, valutare se ed entro che misura l’evoluzione giurisprudenziale e normativa degli ultimi anni abbia saputo cogliere i diversi aspetti di una questione estremamente complessa ed individuare soluzioni capaci di “fare sintesi” fra i contrapposti interessi che su questa materia è dato riscontrare.

L’analisi si concentrerà essenzialmente sul confine applicativo della disciplina dei rifiuti, perché costituisce al contempo il profilo che ha generato la più elevata conflittualità e la chiave per la distinzione fra ciò che deve rimanere assoggettato ai severi vincoli di controllo ambientale e ciò che, al contrario, non costituendo un pericolo né per la salute umana né per l’ambiente, può essere liberato dai costosi adempimenti richiamati, a tutto vantaggio dello sviluppo economico e di una più efficiente gestione delle risorse disponibili.

2. Sin dalla prima formulazione della direttiva quadro nel 1975 la nozione di “rifiuto” ha rappresentato un problema.

⁶ Commissione europea, *La politica sui rifiuti dell’UE: le origini*, p. 5.

⁷ Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Helsinki del 10-11 dicembre 1999, in particolare i punti da 46 a 50.

⁸ Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Lisbona del 23-24 marzo 2000, in particolare il punto 5 ove si legge che l’obiettivo del nuovo decennio sarebbe dovuto essere incentrato sulla creazione di una economia competitiva a livello mondiale, basata sulla conoscenza e su una crescita economica sostenibile.

⁹ Conclusioni della Presidenza del Consiglio europeo di Göteborg del 15-16 giugno 2001, in particolare i paragrafi 19-32 ove al processo di Lisbona è stata aggiunta la dimensione ambientale sotto forma di una strategia per lo sviluppo sostenibile, affermando che “occorre modificare la relazione tra crescita economica, consumo di risorse naturali e produzione di rifiuti. La forte crescita economica deve andare di pari passo con un utilizzo delle risorse naturali e una produzione di rifiuti che siano sostenibili” (cfr. par. 31).

¹⁰ Comunicazione della Commissione europea al Consiglio ed al Parlamento europeo, del 18 giugno 2003, *Politica integrata dei prodotti. Sviluppare il concetto di “ciclo di vita ambientale”*, COM(2003)302 def., p. 3.

Una sua eccessiva dilatazione avrebbe rischiato di coinvolgere negli obblighi connessi alla gestione di questa specifica filiera numerosi materiali ed oggetti presenti nei vari cicli produttivi con un insostenibile incremento dei costi ed un paradosso aumento di scarti da smaltire¹¹.

D'altro canto una eccessiva riduzione del perimetro applicativo della disciplina avrebbe potuto mettere a rischio beni giuridici fondamentali quali la tutela della salute e dell'ambiente sottesi alla materia e per i quali, al contrario, sia la giurisprudenza della Corte di giustizia, sia i Trattati esigevano (ed esigono) elevati *standards* di protezione¹².

Le difficoltà di individuazione di una formula capace di tenere assieme tutti i profili richiamati si riflettono nella nozione di “rifiuto” adottata nella direttiva 75/442/CEE e rimasta sostanzialmente inalterata fino ad oggi: il “rifiuto” viene infatti definito come “qualsiasi sostanza od oggetto di cui il detentore si disfi o abbia l'obbligo di disfarsi secondo le disposizioni nazionali vigenti”¹³.

La definizione fa leva su di un aspetto essenzialmente soggettivo (volontà/obbligo di disfarsi) rendendo inevitabilmente incerta la qualificazione delle singole fattispecie in contesti dinamici come i cicli di produzione dei beni, i cui scarti, non potendo essere definiti “rifiuti” o “materie prime” in relazione a caratteristiche oggettive (quali, ad esempio, l'elevato valore economico, l'assenza di nocività, l'esistenza di un mercato per il loro collocamento) debbono sempre essere rapportati ai comportamenti dei loro detentori da valutare caso per caso¹⁴.

La variabilità delle situazioni concrete riscontrate per lo più nell'ambito di controversie nazionali di natura penale e financo il tentativo più volte operato dai Legislatori nazionali di fare chiarezza attraverso interpretazioni autentiche¹⁵ hanno

¹¹ Appare evidente come in molti casi il notevole costo di gestione di un materiale considerato “rifiuto” ne azzeri il valore commerciale, inducendo gli operatori economici ad un suo smaltimento anziché al reimpiego per altri fini produttivi od energetici.

¹² Per gli orientamenti giurisprudenziali richiamati si veda oltre, questo stesso paragrafo. Il Trattato istitutivo della Comunità europea prevedeva all'art. 152 (oggi art. 168 TFUE) l'obbligo di conformare tutte le politiche e le attività della Comunità ad un livello elevato di protezione della salute umana. Analogamente in materia di ambiente l'art. 174 del Trattato (oggi art. 191 TFUE) richiamava espressamente l'obbligo di costruire la relativa politica ispirando le diverse azioni e disposizioni ad un elevato livello di tutela.

¹³ Cfr. l'art. 1, co. 1, lett. a) della direttiva 75/442/CEE. La definizione contenuta nell'attuale direttiva 2008/98/CE è sostanzialmente identica, ancorché leggermente più ampia: vi si aggiunge, infatti, l'intenzione di disfarsi un materiale od oggetto, accanto alla attività concreta di smaltimento o all'obbligo di effettuarlo.

¹⁴ In questo senso in letteratura si è parlato di “teoria soggettivistica” in contrapposizione alla “teoria oggettivistica”. Sul punto si vedano N. DE SADELEER, *Rifiuti, prodotti e sottoprodotti. La Corte di giustizia delle Comunità europee e le decisioni dei giudici nazionali in Gran Bretagna, Francia e Belgio*, Milano, 2006, p. 38 ss.; V. PAONE, *La tutela dell'ambiente e l'inquinamento da rifiuti*, Milano, 2008, p. 44; ID., *Residui, sottoprodotti e rifiuti: quale futuro?*, in *LexAmbiente*, www.lexambiente.it, p. 2.

¹⁵ Cfr. la disciplina tedesca sui rifiuti contenuta nell'*Abfallgesetz* del 27 agosto 1986 (legge relativa alla prevenzione e all'eliminazione dei rifiuti, in *BGBI*, p. I 2626), che è stata giudicata dalla Corte di giustizia non conforme alla direttiva 75/442/CEE perché escludeva in linea generale ed astratta alcune categorie di sostanze dalla disciplina sui rifiuti (cfr. sentenza del 10 maggio 1995, causa C-422/92, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, *Raccolta*, p. I-1097 ss.), le leggi italiane del 23 marzo 2001, n. 93 recante disposizioni in campo ambientale (*GURI* 79, del 4 aprile 2001), che escludeva illegittimamente le terre e rocce da scavo dal catalogo dei rifiuti (dichiarata incompatibile con la di-

quindi costretto la Corte di giustizia a numerosissimi interventi, stratificatisi in ormai quasi trent'anni di pronunce in materia.

In una prima fase la Corte ha adottato un approccio molto severo, fortemente influenzato non solo dallo scopo specifico della direttiva 75/442/CEE, ma anche dalla sua base giuridica.

In numerose sentenze è infatti possibile riscontrare l'affermazione per cui l'espressione "disfarsi" non va interpretata solo alla luce della finalità della direttiva 75/442/CEE, vale a dire la protezione della salute umana e dell'ambiente contro gli effetti nocivi della raccolta, del trasporto, del trattamento, dell'ammasso e del deposito dei rifiuti, bensì anche alla luce dell'art. 174, par. 2, TCE (oggi art. 191, par. 2, TFUE), a' termini del quale la politica in materia di ambiente mira ad un elevato livello di tutela fondandosi sui principi della precauzione e dell'azione preventiva¹⁶.

Alla luce di ciò la Corte ha sempre concluso per la necessità di interpretare il termine "disfarsi" in modo inclusivo, onde garantire alla disciplina in commento la più ampia applicazione possibile.

Sono così stati ritenuti in sé irrilevanti, a titolo esemplificativo, ai fini della definizione di rifiuto il valore economico del materiale¹⁷, il fatto che le attività connesse al riutilizzo non costituissero un pericolo per l'ambiente e fossero svolte su

rettiva quadro dalla Corte di giustizia nella sentenza del 18 dicembre 2007, causa C-194/05, *Commissione c. Repubblica italiana, Raccolta*, p. I-11677 ss.) e dell'8 agosto 2002, n. 178 concernente interventi urgenti in materia tributaria, di privatizzazioni, di contenimento della spesa farmaceutica e per il sostegno dell'economia (*GURI* 187, 10 agosto 2002), anch'essa dichiarata incompatibile con la disciplina comunitaria sui rifiuti per l'esclusione *a priori* di alcuni materiali e sostanze da questa categoria (cfr. sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 2007, causa C-263/05, *Commissione c. Repubblica italiana, Raccolta*, p. I-11745 ss.), nonché le linee guida del Ministero della Salute italiano del 22 luglio 2002 concernenti la disciplina igienico-sanitaria in materia di utilizzazione dei materiali e sottoprodotti derivanti dal ciclo produttivo e commerciale delle industrie agroalimentari nell'alimentazione animale (*GURI* 180, 2 agosto 2002), dichiarate incompatibili con la direttiva quadro dalla sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 2007, causa C-195/05, *Commissione c. Repubblica italiana, Raccolta*, p. I-11699 ss.

¹⁶ Cfr., *ex pluribus*, le sentenze della Corte di giustizia del 15 giugno 2000, cause riunite C-418 e 419/97, *ARCO Chemie Nederland Ltd c. Minister van Volkshuisvesting, Ruimtelijke Ordening en Milieubeheer e Vereniging Dorpsbelang Hees, Stichting Werkgroep Wurt c. Directeur van de dienst Milieu en Water van de provincie Gelderland, Raccolta*, p. I-4475, punto 39; del 18 aprile 2002, causa C-9/00, *Palin Granit Oy e Vehmassalon kansanterveysystön kuntayhtymän hallitus*, *ivi*, p. I-3533, punto 23; dell'11 novembre 2004, causa C-457/02, *Antonio Niselli*, *ivi*, p. I-10853, punto 33; del 10 maggio 2007, causa C-252/05, *Thames Water Utilities Ltd e South East London Division, Bromley Magistrates' Court c. Environment Agency*, *ivi*, p. I-3883, punto 27.

¹⁷ Cfr., *ex pluribus*, le sentenze della Corte di giustizia del 28 marzo 1990, cause riunite C-206 e 207/88, *Vessoso e Zanetti, Raccolta*, p. I-1509, punti 9 e 12; del 10 maggio 1995, causa C-422/92, *Commissione c. Repubblica federale di Germania*, punto 22; del 22 giugno 1997, cause riunite C-304/94, 330/94, 342/94, 224/95, *Tombesi e altri*, *ivi*, p. I-3561, punto 47, ove la Corte esplicitamente afferma che "la nozione di 'rifiuto' ai sensi dell'art. 1 della direttiva 75/442/CEE nella sua versione originale, e della direttiva 78/319/CEE non deve intendersi nel senso che essa esclude le sostanze e gli oggetti suscettibili di riutilizzazione economica". Sul punto si vedano i commenti di A. COLABIANCHI, *Sulla nozione giuridica di "rifiuto" ai sensi delle direttive comunitarie in materia*, in *Giustizia civile*, 1990, I, p. 1926 ss.; P. GIAMPIETRO, *Il rifiuto, la materia prima secondaria e la volontà del detentore fra d.m. 26 gennaio 1990 e Corte di giustizia delle Comunità europee*, in *Il Foro italiano*, 1990, IV, c. 501 ss.; G. SCOGNAMILIO, *Rifiuti e materie prime secondarie: il D.P.R. 915/82 all'esame della Corte di giustizia*, in *Diritto comunitario e degli scambi internazionali*, 1990, p. 433 ss.

scarti o residui generati dallo stesso processo produttivo¹⁸, o, infine, l'esistenza di processi produttivi alternativi per i quali lo scarto in questione potesse essere considerato equivalente ad una materia prima¹⁹.

In tutte le ipotesi analizzate, infatti, la giurisprudenza comunitaria ha ricordato come la nozione di rifiuto, essendo incentrata sulla volontà del detentore, non potesse essere condizionata in modo assoluto da elementi oggettivi ancorché apprezzabili dal punto di vista economico e/o ambientale²⁰.

Le conseguenze di una così severa interpretazione della norma, tuttavia, non potevano sfuggire ai giudici di Lussemburgo, che, in effetti, con significativa innovazione a partire dai primi anni 2000 hanno avviato una revisione dei confini applicativi della legislazione sui rifiuti, finalizzata a sottrarre da pesi e vincoli tutte le materie e gli oggetti la cui classificazione come rifiuto non solo avrebbe comportato notevoli ed ingiustificati costi, ma avrebbe addirittura incentivato il loro smaltimento in totale contraddizione con la già richiamata gerarchia dei rifiuti al cui vertice è posta l'attività preventiva.

In altre parole nella giurisprudenza della Corte di giustizia si fa progressivamente strada la consapevolezza che la concezione del "tutto-rifiuto" finisce per disincentivare comportamenti virtuosi da parte degli operatori economici, rendendo svantaggioso (o quantomeno inutile) lo sforzo per il recupero degli scarti altrimenti destinati alla discarica, in aperta contraddizione con le finalità della direttiva.

Nella sentenza 18 aprile 2002, *Palin Granit Oy*²¹, per la prima volta compare la nozione di sottoprodotto, riferita a tutte quelle fattispecie in cui la compresenza di

¹⁸ Sentenza della Corte di giustizia del 18 dicembre 1997, causa C-129/96, *Inter-Environment Wallonie ASBL c. Région wallonne*, Raccolta, p. I-7411, punti 28-30, ove la Corte afferma che "la nozione di rifiuto non esclude in via di principio alcun tipo di residui, di prodotti di scarto e di altri materiali derivanti da processi industriali (...) Nulla nella direttiva 75/442 indica che essa non sia applicabile alle operazioni di smaltimento e recupero che fanno parte di un processo industriale qualora esse non sembrino costituire un pericolo per la salute dell'uomo o per l'ambiente". Sul punto si veda il commento di G. VAN CALSTER, *Court Clarifies Community Definition of Waste*, in *European Law Review*, 1998, p. 385 ss., nonché la nota di A. ODDENINO, in *Il diritto dell'economia*, 1998, p. 444 ss.

¹⁹ Sentenza *ARCO-Chemie Nederland Ltd*, punti 58 e 64, ove la Corte afferma che "il metodo di trasformazione o le modalità di utilizzo di una sostanza non sono determinanti per stabilire se si tratti o no di un rifiuto. Infatti, la destinazione futura di un oggetto o di una sostanza non ha incidenza sulla natura di rifiuto definita, conformemente all'articolo 1 lett. a) della direttiva, con riferimento al fatto che il detentore dell'oggetto o della sostanza se ne disfi o abbia deciso o abbia l'obbligo di disfarsene".

²⁰ A questo riguardo la Corte appare molto netta nel caso *ARCO-Chemie Nederland*, ove afferma che "così come la nozione di rifiuto non deve essere intesa nel senso che esclude le sostanze ed oggetti suscettibili di riutilizzazione economica (...) essa non va neppure intesa nel senso che esclude le sostanze e gli oggetti suscettibili di riutilizzo come combustibile in modo compatibile con le esigenze di tutela ambientale e senza trasformazioni radicali. L'impatto ambientale della trasformazione di tale sostanza non incide, infatti, sulla qualifica come rifiuto. Un combustibile ordinario può essere bruciato in spregio delle norme di tutela ambientale senza divenire un rifiuto per tal motivo, mentre sostanze di cui ci si disfa possono essere recuperate come combustibile in modo compatibile con le esigenze di tutela ambientale e senza trasformazioni radicali pur continuando ad essere qualificate come rifiuti (...)" (punto 65 s.).

²¹ Sentenza della Corte di giustizia del 18 aprile 2002, causa C-9/00, *Palin Granit Oy*, Raccolta, p. I-3533 ss. Per alcuni commenti alla sentenza ed alla sua prima apertura verso la esclusione dei sottoprodotti dalla classificazione come rifiuti si vedano G. BELLOMO, *Disfarsi...o non disfarsi...questo è il problema: la Corte aggiunge un'altra "pietra" sulla via delle definizioni della nozione di rifiuto e dei relativi criteri d'individuazione*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2002, p. 1311 ss.; J. J. PERNAS

una serie di elementi atti ad escludere un negativo impatto della materia o sostanza oggetto di manipolazione sull'ambiente e sulla salute renderebbe inutile l'applicazione della disciplina in commento.

Secondo la Corte, infatti, “un materiale o una materia prima che deriva da un processo di fabbricazione o di estrazione che non è principalmente destinato a produrlo può costituire non tanto un residuo, quanto un sottoprodotto del quale l'impresa non ha intenzione di ‘disfarsi’ ai sensi dell'articolo 1 lett. a) comma 1 della direttiva 75/442/CEE, ma che essa intende sfruttare o commercializzare a condizioni per lei favorevoli in un processo successivo, senza operare trasformazioni preliminari. Un'analisi del genere non contrasterebbe con le finalità della direttiva 75/442/CEE. In effetti non vi è alcuna giustificazione per assoggettare alle disposizioni di quest'ultima che sono destinate a prevedere lo smaltimento o il recupero dei rifiuti, beni, materiali o materie prime che dal punto di vista economico hanno valore di prodotti, indipendentemente da qualsiasi trasformazione e che, in quanto tali, sono soggetti alla normativa applicabile a tali prodotti”²².

L'impostazione appare evidentemente innovativa, delineando una fattispecie speculare rispetto ai rifiuti che per effetto di alcuni elementi prevalentemente di natura obiettiva sfugge all'applicazione delle regole contenute nella direttiva quadro e viene equiparata a vere e proprie materie prime liberamente utilizzabili e commerciabili.

Naturalmente l'incidenza del quadro giuridico e dell'obbligo di interpretare estensivamente la nozione di rifiuto ha indotto la Corte ad una certa cautela.

Sia la sentenza *Palin Granit*, sia le pronunce successive che si sono occupate della definizione dei sottoprodotti hanno visto i giudici comunitari impegnati a definire criteri atti a circoscrivere l'argomentazione richiamata e a delimitare il confine fra l'una e l'altra fattispecie.

È stato così affermato che per potersi parlare di sottoprodotti è necessario che il riutilizzo di un bene o di un materiale derivi da un processo produttivo²³, non sia solo eventuale ma certo²⁴, non occorran trasformazioni preliminari (circostanza che

GARCÍA, *Doctrina del Tribunal de Justicia de las Comunidades Europeas sobre el concepto comunitario de residuo. Comentario a la Sentencia de 18 de abril de 2002*, in *Revista vasca de administración pública*, 2002, p. 319 ss.

²² Sentenza *Palin Granit Oy*, punti 34-35.

²³ Sentenza *Niselli*, punto 48, che esclude in ogni caso la possibilità di qualificazione come sottoprodotti dei residui di consumo raccolti per il riutilizzo anche se tal quale. Si veda altresì sul punto la sentenza del 24 giugno 2008, causa C-188/07, *Commune de Mesquier c. Total France SA e Total International Ltd*, *Raccolta*, p. I-4501, punto 45. Per un commento sulle richiamate pronunce si rinvia a B. DI GIANNATALE, *La nozione di rifiuto e gli effetti conseguenti alla re-interpretazione autentica della Corte di giustizia*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2005, p. 497 ss.; V. PAONE, *La nozione di rifiuto tra diritto comunitario e diritto penale*, in *Il Foro italiano*, 2005, IV, col. 497 ss.; ID., *Novità dall'Unione europea in materia di gestione dei rifiuti*, *ivi*, 2008, IV, col. 403 ss.; N. DE SADELEER, *Arrêt “Erika”: le principe du “pollueur-payeur” et la responsabilité pour l'élimination des déchets engendrés par le naufrage d'un navire pétrolier*, in *Journal des tribunaux/droit européen*, 2008, p. 239 ss.; S. LANCASTER, *The Polluter Pays: Total May Be Held Liable for Oil Spill from the Erika*, in *European Law Review*, 2008, p. 407 ss.; A. PAPPALARDO, *Nozione di rifiuti e principio “chi inquina paga” nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in *Diritto pubblico comparato europeo*, 2008, p. 2065 ss.; J. MAKOWIAK, *Spécificité de l'ordre juridique communautaire et pragmatisme de la Cour: ou comment lutter efficacement contre les pollutions maritimes*, in *Revue trimestrielle de droit européen*, 2009, p. 402 ss.

²⁴ Sentenza *Palin Granit Oy*, punto 36, in cui con riferimento a terre e rocce da scavo la Corte ha

lo configurerebbe altrimenti come “materia prima seconda” derivante dal recupero di un rifiuto)²⁵ e venga effettuato nell’ambito dello stesso processo produttivo²⁶.

Alla luce dei parametri richiamati la Corte ha quindi ritenuto ammissibile la qualificazione come sottoprodotti di reflui zootecnici destinati ad attività di concimazione, di materiali minerari impiegati tal quali per il riempimento di gallerie e opere edili e di *coke* da petrolio utilizzato come combustibile, offrendo peraltro lo strumento alla giurisprudenza nazionale per intervenire su materiali quali i trucioli di legno derivanti dalle lavorazioni nelle falegnamerie industriali²⁷, i residui di certi materiali plastici²⁸, i fumi di fonderia²⁹ ed altre fattispecie analoghe.

3. La “svolta” giurisprudenziale descritta ha senz’altro contribuito a concretizzare il dibattito che da tempo ruotava intorno alla nozione di rifiuto ed ai suoi incerti confini³⁰.

constatato che “le uniche modalità prevedibili di riutilizzo dei detriti nella loro forma esistente, ad esempio per lavori di riporto o per la costruzione di porti e frangiflutti, necessitano nella maggior parte dei casi, di operazioni di deposito che possono avere una certa durata, rappresentare un intralcio per chi sfrutta la cava ed essere potenzialmente fonte di quel danno per l’ambiente che la direttiva 75/442 mira specificamente a limitare. Il riutilizzo, dunque, non è sicuro ed è prevedibile solo a più o meno lungo termine, cosicché i detriti possono essere considerati solo ‘residui provenienti dall’estrazione’ di cui l’imprenditore ha ‘deciso o [ha] l’obbligo di disfarsi’ ai sensi della direttiva 75/442 (...)” e “devono di conseguenza essere qualificati come rifiuti (...)” (punti 38-39).

²⁵ Sentenza della Corte di giustizia dell’11 settembre 2003, causa C-114/01, *AvestaPolarit Chrome Oy, Raccolta*, p. I-8725 ss., punto 41, ove si fa l’esempio del materiale minerario destinato ad essere trasformato in conglomerato “perché anche quando una tale utilizzazione sia probabile essa necessita precisamente di un’operazione di recupero di una sostanza che, come tale, non è utilizzata né nel processo di produzione mineraria, né per l’uso finale previsto”.

²⁶ Questa indicazione, presente nelle prime pronunce in materia di sottoprodotti, è stata successivamente eliminata dalla Corte, che ha riconosciuto la possibilità del concorso di più soggetti nel riutilizzo del sottoprodotto. Si vedano in proposito le sentenze del 15 gennaio 2004, causa C-235/02, *Marco Antonio Saetti e Andrea Frediani, Raccolta*, p. I-1005, punto 47; 8 settembre 2005, causa C-121/93, *Commissione c. Regno di Spagna, ivi*, p. I-7569 ss., punto 61; 8 settembre 2005, causa C-416/02, *Commissione c. Regno Unito di Gran Bretagna e Irlanda del Nord c. Regno di Spagna, ivi*, p. I-7487, punto 90; 18 dicembre 2007, causa C-263/05, *Commissione c. Repubblica italiana, ivi*, p. I-11745 ss., punto 50.

²⁷ Sentenza del T.A.R. Piemonte del 25 settembre 2009, *Associazione “Forum Permanente degli Abitanti e Associazioni Alta Val Lemme” et al. c. Provincia di Alessandria e Società Voltaggio Energia*, disponibile nella banca dati di giurisprudenza del TAR www.giustizia-amministrativa.it.

²⁸ Sentenza del Consiglio di Stato del 19 febbraio 2004, n. 674, *s.a.s. Marconi di Garzitto e C. c. la Provincia di Udine e il Comune di Villa Santina*, reperibile in www.giustizia-amministrativa.it, relativa alla possibilità di qualificare come sottoprodotto il DKR (mescola di plastiche diverse, talune provenienti già da precedenti operazioni di riciclaggio).

²⁹ Sentenza della Corte di cassazione, sez. III penale, del 10 maggio 2012, n. 17453, *Busè*, pubblicata in www.dirittoambiente.net.

³⁰ La necessità di precisare meglio quali fossero i confini della nozione di rifiuto oltre che essere stata segnalata già nell’ambito del sesto programma di azione comunitaria in materia di ambiente, come si dirà, era stata oggetto delle conclusioni dell’Avvocato generale Jacobs del 24 aprile 1997, nella causa *Inter-Environment Wallonie ASBL*, ove, al punto 80, l’Avvocato sottolineava la necessità di non considerare rifiuti quantomeno le c.d. materie prime secondarie e gli altri prodotti risultanti dal processo industriale se direttamente utilizzati in modo continuo nello stesso processo produttivo senza interventi di recupero. La discussione è stata ripresa anche in dottrina. Si veda, a questo proposito, J. T. SMITH II, *The Challenges of Environmentally Sound and Efficient Regulation of Waste. The Need for Enhanced International Understanding*, in *Journal of European Law*, 1993, p. 91 ss.

Già nel 2002 il sesto programma quadro di azione in materia ambientale³¹, nell'ambito di una serie di azioni finalizzate a conseguire una sensibile riduzione dei rifiuti, sollecitava la "promozione di metodi e tecniche di produzione (...) che incorraggino l'efficacia ambientale e l'utilizzo sostenibile delle materie prime, dell'energia, dell'acqua e di altre risorse"³², affermando che una politica finalizzata a modificare la relazione fra crescita economica, consumo di risorse naturali e produzione di rifiuti non potesse prescindere dalla "distinzione tra ciò che è rifiuto e ciò che non lo è"³³.

L'indicazione è stata raccolta dalla Commissione europea, che nel 2003, con il documento "verso una strategia tematica di prevenzione e riciclo dei rifiuti"³⁴, ha avviato un dibattito sulla definizione in oggetto ottenendo in 6 mesi oltre 220 opinioni di operatori, studiosi, ONG e altre parti interessate³⁵.

Le risposte, se da un lato hanno evidenziato la difficoltà di individuare una nozione di rifiuto più precisa rispetto a quella contenuta nella direttiva 75/442/CEE ed al contempo il rischio di togliere certezza giuridica alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia³⁶, per altro verso hanno concordemente affermato la necessità di procedere rapidamente ad una revisione dei confini applicativi della disciplina chiarendo con maggiore efficacia "a monte" quando una sostanza possa non essere considerata rifiuto, ed "a valle" quando un rifiuto cessi di essere tale per effetto delle operazioni di recupero (c.d. *end-of-waste*).

Entrambi questi profili sono stati affrontati dalla Commissione con la riformulazione della disciplina generale sui rifiuti nel 2008³⁷, che, intervenendo sulla precedente codificazione della direttiva quadro effettuata appena due anni prima³⁸, ha

³¹ Decisione 1600/2002 (CE) del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 luglio 2002, che istituisce il sesto programma comunitario di azione in materia di ambiente, *GUUE* L 242, 10 settembre 2002, p. 1 ss.

³² Cfr. l'art. 8, co. 2, lett. d), della decisione. L'intero approccio nello specifico settore del sesto programma quadro ruota attorno agli obiettivi di riduzione delle quantità di rifiuti attraverso l'incentivo allo sfruttamento più razionale e più efficiente delle risorse e delle materie prime, da realizzarsi mediante la fissazione di "traguardi e obiettivi in materia di efficacia delle risorse e di uso ridotto delle medesime" (cfr. l'art. 8, co. 2, lett. c).

³³ Cfr. l'art. 8, par. 2, punto iv, del Sesto programma di azione.

³⁴ Comunicazione della Commissione europea, del 27 maggio 2003, Verso una strategia tematica di prevenzione e riciclo dei rifiuti, COM(2003)301 def. La Commissione osserva con riguardo alla possibile riformulazione della nozione di rifiuto che a causa del suo carattere soggettivo "probabilmente qualsiasi definizione migliorata conterrebbe comunque un certo grado di ambiguità. Per rendere meno ambigua l'attuale definizione si potrebbero aggiungere alla definizione generale criteri oggettivi che permettano di stabilire quando un materiale od oggetto specifico diventa rifiuto (...)" (p. 39).

³⁵ Commissione europea, La politica sui rifiuti dell'UE: le origini, p. 18.

³⁶ *Ivi*, p. 28.

³⁷ Direttiva 2008/98/CE.

³⁸ Direttiva 2006/12/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2006, relativa ai rifiuti, *GUUE* L 114, 27 aprile 2006, p. 9 ss. La codifica era stata preceduta dalla Comunicazione della Commissione al Consiglio, al Parlamento europeo, al Comitato economico e sociale europeo e al Comitato delle regioni, del 21 dicembre 2005, Portare avanti l'utilizzo sostenibile delle risorse: una strategia tematica sulla prevenzione ed il riciclaggio dei rifiuti, COM(2005)666 def. Nella comunicazione è possibile leggere l'intenzione della Commissione di puntare su di una semplificazione ed un aggiornamento della legislazione vigente onde ridurre l'onere amministrativo gravante sulle imprese mantenendo lo

introdotto un articolo apposito sui sottoprodotti e chiarito il concetto di “recupero” dei rifiuti.

Per quanto qui interessa il nuovo art. 5 della direttiva 2008/98/CE, recependo le già richiamate indicazioni giurisprudenziali, definisce positivamente i sottoprodotti come quelle sostanze derivanti da un processo produttivo il cui scopo primario non è l’ottenimento del materiale di scarto, che soddisfino tutte le seguenti condizioni: a) certezza del riutilizzo; b) utilizzo diretto senza ulteriori trattamenti diversi dalla normale pratica industriale; c) ottenimento della sostanza da un processo di produzione; d) possibilità di riutilizzo legale, senza pericoli per l’ambiente o per la salute umana.

Nel contesto descritto, come si dirà ancora per certi profili indefinito, l’art. 5, co. 2, della direttiva prevede la possibilità di misure di esecuzione volte a stabilire in modo più specifico quando alcune sostanze possono essere considerate in sé sottoprodotti e non rifiuti.

Il legislatore UE ha così finalmente trasferito nel testo della disciplina-quadro alcuni principi tracciati in precedenza dalla Corte ed ha così in parte contribuito ad una effettiva semplificazione della materia.

La nozione di sottoprodotto accolta dall’art. 5 della direttiva 2008/98/CE, coerentemente all’evoluzione giurisprudenziale descritta, pone infatti l’accento su alcuni elementi oggettivi che connotano i sottoprodotti rispetto ai rifiuti³⁹, pur cercando di rimanere coerente con i profili di tutela ambientale e della salute che la materia necessariamente impone.

Tuttavia si riscontrano al suo interno aspetti che non mancheranno di generare in futuro ulteriori conflittualità interpretative, se è vero, come è stato osservato, che “pur essendo la finalità della nuova direttiva sempre quella di proteggere l’ambiente e la salute umana, è pur vero che la stessa mira ora anche a prevenire la produzione di rifiuti (...)” sicché “l’interpretazione (estensiva) della nozione di rifiuto, operata fino ad oggi in modo quasi incondizionato, dovrà ora incontrare i suoi limiti ove restringa in modo indebito gli ambiti di applicazione delle predette due norme, espressione concreta (...) del principio della prevenzione dei rifiuti (...)”⁴⁰.

La formulazione dei requisiti necessari ad identificare un sottoprodotto appare anche nel testo della nuova direttiva divisa fra l’esigenza di garantire maggiore certezza nell’identificazione del discrimine fra rifiuti e materie prime, da un lato, e la necessità di garantire flessibilità alle regole, dall’altro. Ciò inevitabilmente genera

stesso livello di protezione dell’ambiente, anche attraverso la riformulazione della normativa sui rifiuti in chiave di efficienza economica (p. 7).

³⁹ Cfr. N. DE SADELEER, *Rifiuti, prodotti e sottoprodotti*, cit., p. 39, ove l’A. afferma che “la concezione oggettiva può essere così sintetizzata: una sostanza o un oggetto – come residuo di produzione – non dovrà essere catalogata come rifiuto dal momento che il suo detentore riesce a trovare un uso ammissibile come prodotto o come materia prima secondaria, a patto che questo uso sia integrale, diretto, effettivo e diverso dai metodi di smaltimento dei rifiuti. Nelle sentenze Palin Granit Oy ed AvestaPolarit Chrome Oy la Corte di giustizia sembra aver avallato, pur se in modo alquanto confuso, questa (...) tesi”.

⁴⁰ Cfr. D. RÖTTGEN, *La nozione di rifiuto e di sottoprodotto*, in F. GIAMPIETRO (a cura di), *Commento alla direttiva 2008/98 CE sui rifiuti*, Milano, 2009, p. 29. L’A. afferma anche che “in tale ottica la stessa interpretazione estensiva della nozione di rifiuto, in passato più volte richiesta e ribadita da parte della Corte di giustizia, rischia di essere addirittura in conflitto con la gerarchia dei rifiuti (art. 4) di cui l’art. 5 (sottoprodotti) e l’art. 6 (end-of-waste) sono ormai la più viva e concreta espressione”.

variabilità delle soluzioni e presenta problemi analoghi a quelli già riscontrati in relazione alla definizione di “rifiuto”.

Accanto agli elementi meramente obiettivi, quali la derivazione diretta della sostanza da un processo produttivo, l’assenza di pericolo concreto per l’ambiente o la salute umana e la piena conformità del riutilizzo alle disposizioni di legge⁴¹, la nozione di sottoprodotto include ancora elementi indefiniti come la “certezza del riutilizzo” o l’assenza di trattamenti diversi dalla “normale pratica industriale”⁴².

Il primo aspetto (certezza del riutilizzo) crea difficoltà (in parte già evidenziate dalla giurisprudenza UE) in relazione al tempo necessariamente ristretto entro cui il detentore del materiale di scarto deve concludere la relativa cessione o riutilizzarlo, alla possibile complessità della filiera (composta non solo da utilizzatori diretti, ma anche da *brokers*) e alla sua ormai imprescindibile internazionalizzazione che rende estremamente difficile acquisire la prova del riutilizzo all’estero (specie nei Paesi terzi).

La Corte di giustizia nei casi *Palin Granit Oy* e *AvestaPolarit Chrome Oy* ha sottolineato come lo stoccaggio del materiale in aree di deposito in attesa di trovargli una collocazione funzionale e/o commerciale rende necessariamente incerto ed eventuale il suo riutilizzo, attraendo la fattispecie nell’orbita della disciplina sui rifiuti⁴³.

Al contempo, pur essendo stata riconosciuta dalla Corte la possibilità di cedere il materiale di scarto a terzi senza che da ciò dipenda una sua necessaria qualificazione come rifiuto⁴⁴, rimane incerta la posizione dell’intermediario, sia in ordine all’ammissibilità della cessione di sottoprodotti a questi soggetti (che non ne sono gli utilizzatori diretti), sia in ordine alla difficoltà che il produttore inevitabilmente incontra nel dimostrare, in tal caso, se, come, quando e da chi il materiale di scarto verrà impiegato, e, di conseguenza, nel raggiungere la “certezza del riutilizzo”⁴⁵.

D’altro canto la stessa Commissione europea nella propria guida interpretativa della direttiva 2008/98/CE del giugno 2012⁴⁶ ha riconosciuto che può essere estremamente difficile provare in anticipo con assoluta certezza l’effettivo riutilizzo di un materiale dovendosi ricorrere ad alcuni elementi che possono costituire un “indice di probabilità” da valutare caso per caso⁴⁷ quali l’esistenza di contratti con

⁴¹ Art. 5, lettere c) e d), della direttiva 2008/98/CE.

⁴² Art. 5, lettere a) e b), della direttiva 2008/98/CE.

⁴³ Sentenza *Palin Granit Oy*, punto 39, e sentenza *AvestaPolarit Chrome Oy*, punto 39.

⁴⁴ Cfr. nota 26.

⁴⁵ È facilmente intuibile che gli intermediari commerciali tendenzialmente proteggono le informazioni relative alla propria clientela per ragioni di riservatezza industriale. L’attuale assetto normativo non rende, in tal senso, sufficientemente chiaro se per soddisfare il requisito della certezza del riutilizzo possa bastare una clausola contrattuale che imponga all’intermediario la *discovery* dei nominativi degli acquirenti/utilizzatori in caso di richiesta da parte dell’Amministrazione che effettua i controlli, circostanza che peraltro costringerebbe questi operatori a tenere una rintracciabilità del materiale in tutto simile a quella imposta dalla normativa sui rifiuti.

⁴⁶ Commissione europea, *Guidance on the interpretation of key provisions of Directive 2008/98/EC on waste*, giugno 2012, reperibile *online*.

⁴⁷ *Ivi*, pp. 16-17. Secondo la Commissione: “certainty of further use can, of course, be difficult to prove definitively in advance. However, ‘certainty of further use’ may be indicated through, for example: existence of contracts between the material producer and subsequent user; a financial gain for the material producer; a solid market (sound supply and demand) existing for this further use; evidence that the material fulfils the same specifications as other products on the market”.

l'utilizzatore finale, il valore economico del materiale, l'esistenza di un solido mercato di collocamento di questa sostanza, etc.

Quanto al secondo requisito (assenza di trattamenti diversi dalla "normale pratica industriale") per quanto la *ratio* della disposizione possa apparire evidente (volontà di distinguere i sottoprodotti che non sono *ab origine* rifiuti dalle materie prime seconde che derivano da un processo di recupero di rifiuti) non altrettanto semplice è, nella pratica quotidiana, distinguere le diverse fattispecie ed i correlati trattamenti.

La Commissione europea anche in questo caso ha cercato di offrire alcuni parametri di valutazione⁴⁸, chiarendo che possono essere compatibili con il presupposto normativo i trattamenti meccanici finalizzati ad una riduzione del volume ed in generale le operazioni ordinariamente effettuate sulle materie prime utilizzate in quel determinato ciclo produttivo, mentre ne rimarrebbero escluse tutte le attività finalizzate ad eliminare dal materiale componenti indesiderati – pericolosi o meno – di modo da rendere lo scarto adatto ad ulteriori e diverse lavorazioni⁴⁹.

Così, a titolo esemplificativo, la Commissione riconduce ai sottoprodotti le scorie e polveri derivanti dalla produzione siderurgica, gli scarti delle falegnamerie anche laddove si rendano necessarie operazioni meccaniche per ridurli in segatura o trucioli, ovvero gli scarti agricoli utilizzati tal quali nella mangimistica⁵⁰, indicazioni in parte riprese dalla giurisprudenza nazionale, sia pur con altalenanti atteggiamenti⁵¹.

Orbene, nonostante gli sforzi richiamati per chiarire i concetti enunciati nell'art. 5 della direttiva, appare evidente che l'aver optato per il mantenimento di una soluzione normativa che rinvia in parte al dato fattuale gli elementi determinanti per la qualificazione giuridica di ciò che è rifiuto e ciò che non lo è crea ancora notevoli difficoltà agli operatori del settore, costretti a confrontarsi con la discrezionalità di apprezzamento degli organi di controllo, una certa altalenanza di orientamenti giurisprudenziali (specialmente nazionali)⁵² ed un forte condizionamento dato dall'importanza delle sanzioni connesse alla violazione delle norme in oggetto.

⁴⁸ *Ivi*, p. 17, ove la Commissione afferma che: "it has to be considered that primary raw materials usually also require some processing before they can be used in production processes. Those treatment techniques that address typical waste-related characteristics of the production residue, such as its contamination with components which are hazardous or not useful, would prevent classification as non-waste. This is to ensure that such operations, which might pose risks to the environment or human health, are monitored under waste management law in accordance with the precautionary principle. On the other hand, a treatment which is normal industrial practice, e.g. modification of size or shape by mechanical treatment, does not prevent the production residue from being regarded as a by-product".

⁴⁹ Ciò in quanto, a giudizio della Commissione, queste operazioni possono determinare un rischio per l'ambiente o la salute umana e devono quindi essere assoggettate a monitoraggio in base alla normativa sui rifiuti in forza del principio di precauzione sotteso alla disciplina di riferimento.

⁵⁰ Comunicazione della Commissione al Consiglio e al Parlamento europeo, del 21 febbraio 2007, relativa alla comunicazione sui rifiuti e i sottoprodotti, COM(2007)59 def., pp. 12-13.

⁵¹ Cfr. note 27, 28 e 29. La giurisprudenza amministrativa si mostra tendenzialmente più propensa ad una certa flessibilità interpretativa rispetto a quella penale, rigidamente ancorata alla tutela assoluta dei beni giuridici dell'ambiente e della salute.

⁵² Pur non potendosi qui compiutamente ricostruire le diverse posizioni della giurisprudenza nazionale in materia, preme sottolineare come la nostra Corte di cassazione penale si sia mostrata piuttosto severa nel giudicare le condotte degli operatori, anche dopo l'introduzione della nozione di sottoprodotto nella direttiva. Basti, qui, richiamare, *ex pluribus*, la sentenza del 9 aprile 2010, n. 13493, disponibile su www.dirittoambiente.net, in cui a proposito della cessione di sfridi di poliure-

4. L'*excursus* dei paragrafi precedenti evidenzia la complessità della materia e l'impossibilità di assoggettarla ad opere di sistematizzazione esaustive.

L'approccio "soggettivo", basato essenzialmente sul comportamento del detentore del materiale da qualificare, pur garantendo il livello più elevato di tutela della salute, appare comprimere in modo rilevante le esigenze degli operatori, sacrificando l'incentivo ad una forte attività di prevenzione dei rifiuti chiesta dalle più recenti politiche UE per la tutela dell'ambiente.

D'altro canto l'attribuzione *iuris et de iure* ad un materiale, per quanto sicuro e ad elevato valore economico, della qualifica di sottoprodotto rischia, in senso contrario, di incentivare comportamenti disinvolti ed impedire agli operatori del controllo ufficiale di effettuare una vigilanza efficace sulle operazioni industriali, contravvenendo al principio di precauzione che è la base costituzionale della normativa ambientale internazionale ed europea.

L'interprete si trova quindi di fronte ad un bivio, stretto fra la necessità di garantire la tenuta del sistema dei rifiuti da un lato, e l'esigenza di incentivarne la diminuzione dall'altro.

Di fronte al quadro descritto pare legittimo interrogarsi sull'adeguatezza della soluzione raggiunta e sulla possibile individuazione di ulteriori correttivi, tanto sul piano normativo quanto interpretativo.

Prendendo atto dell'impossibilità di coniare una formula sintetica capace di tenere assieme con il medesimo grado di soddisfazione le esigenze sottese alla materia è giuocoforza tentare un compromesso attraverso strumenti che possono costituire un effettivo miglioramento per gli operatori pur mantenendosi nella cornice giuridica descritta.

Una prima risposta potrebbe essere data sul piano normativo dalla possibilità offerta dal co. 2 dell'art. 5 della direttiva 2008/98/CE circa l'intervento della Commissione europea con disposizioni esecutive per regolamentare settori e materiali specifici, attualmente non sfruttato⁵³.

tano espanso il requisito della certezza viene rigidamente ancorato alla conoscenza del soggetto utilizzatore finale: "l'impiego certo in un processo di produzione è risultato in concreto escluso sia per l'incertezza sulla destinazione finale degli sfridi (sconoscevasi l'azienda del reimpiego) essendo emerso solo che il materiale era oggetto di negoziazione sia perché il materiale era stato ceduto non ad un soggetto abilitato all'utilizzo in proprio del materiale ma a un intermediario. (...) Operando il criterio della tracciabilità assoluta la certezza dell'utilizzazione deve, infatti, risultare da puntuali verifiche e da attestazioni dei soggetti interessati alla cessione ed al riutilizzo. Correttamente, quindi, è stato ritenuto che tali decisivi elementi, minimizzati nei motivi di ricorso, depongano inequivocabilmente per la configurabilità del reato".

⁵³ Attualmente non risultano adottate disposizioni di esecuzione sui sottoprodotti in base al citato comma 2 dell'art. 5 della direttiva, mentre la Commissione ha regolamentato due distinte fattispecie attinenti al momento in cui un materiale cessa di essere un rifiuto dopo l'attività di recupero ai sensi dell'art. 6 della direttiva: il vetro (regolamento 1179/2012/UE della Commissione, del 10 dicembre 2012, recante i criteri che determinano quando i rottami di vetro cessano di essere considerati rifiuti ai sensi della direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, *GUUE* L 337, 11 dicembre 2012, p. 31 ss.) ed i materiali ferrosi (regolamento 333/2011/UE del Consiglio, del 31 marzo 2011, recante i criteri che determinano quando alcuni tipi di rottami metallici cessano di essere considerati rifiuti ai sensi della direttiva 2008/98/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, *ivi* L 94, 8 aprile 2011, p. 2 ss.).

Il passaggio da un sistema di *soft law*, caratterizzato da numerose comunicazioni interpretative della Commissione, documenti tecnici ed altre fonti giuridicamente non vincolanti⁵⁴, ad un sistema organizzato di disposizioni verticali applicative della direttiva quadro consentirebbe maggiore certezza giuridica ed eviterebbe in futuro il ripetersi di clamorose contraddizioni fra gli orientamenti interpretativi e la giurisprudenza della Corte⁵⁵.

Si tratterebbe, in sostanza, di identificare particolari materie di scarto e condizioni tecniche in presenza delle quali si possano ritenere in sé già presenti i requisiti di identificazione dei sottoprodotti, come peraltro a titolo esemplificativo avviene, sia pure con disposizioni estranee alla disciplina sui rifiuti, per le vinacce prodotte dalla vinificazione utilizzate per la fabbricazione della grappa, ovvero per materiali quali i residui della molitura dei cereali, della fabbricazione degli amidi o della birra etc., considerati veri e propri “prodotti” dall’allegato I del regolamento (CE) n. 1234/07 recante organizzazione comune dei mercati agricoli e disposizioni specifiche per taluni prodotti agricoli (regolamento unico OCM)⁵⁶.

Inoltre l’intervento regolatorio, seppur in forma esecutiva, potrebbe chiarire se gli intermediari possano essere parte di questa filiera e come debba essere assicurata la tracciabilità del materiale in questione ai fini della c.d. “certezza del riutilizzo”⁵⁷, così da eliminare le resistenze della giurisprudenza nazionale che sul punto tutt’oggi pervicacemente esclude la legittimità della cessione dei sottoprodotti a terzi non utilizzatori⁵⁸ in base ad una interpretazione rigida della materia ancora fondata sulle riflessioni della Corte in relazione alla base giuridica della direttiva quadro⁵⁹.

⁵⁴ Si prenda, a titolo esemplificativo, la norma tecnica UNI 10667-1, relativa alle materie prime e seconde e ai sottoprodotti derivanti dalla trasformazione/lavorazione delle materie plastiche, ove vengono dettati criteri per poter ricondurre ai sottoprodotti gli sfridi e gli scarti plastici delle lavorazioni industriali.

⁵⁵ Si prenda, a titolo esemplificativo, il caso degli scarti delle lavorazioni dell’industria agroalimentare e delle cucine. Secondo la comunicazione COM(2007)59 def., queste sostanze, siccome assoggettate ad un regime giuridico autonomo (disciplina UE sulla sicurezza alimentare) e riutilizzabili tal quali nel settore mangimistico avrebbero dovuto essere considerate tendenzialmente sottoprodotti (p. 12). Senonché nella sentenza 18 dicembre 2007, *Commissione c. Repubblica italiana*, le medesime argomentazioni utilizzate dalla Repubblica italiana a propria difesa sono state rigettate dalla Corte.

⁵⁶ Regolamento (CE) n. 1234/07 del Consiglio, del 22 ottobre 2007, recante organizzazione comune dei mercati agricoli e disposizioni specifiche per taluni prodotti agricoli (regolamento unico OCM), *GUUE* L 299, 16 novembre 2007, p. 1 ss.

⁵⁷ A questo riguardo potrebbe essere utile prevedere l’obbligo per gli intermediari di fornire le informazioni sulla destinazione finale del materiale, evitando l’opposizione del segreto industriale fra le parti.

⁵⁸ Sentenza della Corte di cassazione penale del 9 aprile 2010, n. 13493, cit. in nota 52 a proposito dell’esclusione degli intermediari dai soggetti che possono garantire la certezza del riutilizzo, nonché la sentenza della Corte di cassazione, sez. III, dell’11 maggio 2012, n. 17823, disponibile su www.dirittoambiente.net, in cui il Collegio ha ritenuto integrato il requisito della “certezza” solo se *ab origine* il produttore degli scarti ha una “preventiva organizzazione alla riutilizzazione” da escludersi in assenza di idonea documentazione preventiva.

⁵⁹ Cfr. sul punto la sentenza della Corte di cassazione, sez. III penale, del 22 febbraio 2012, n. 7038, disponibile su www.dirittoambiente.net, ove il Collegio afferma che “la giurisprudenza di questa Corte ha costantemente ribadito che ‘...ai fini della qualificazione di una sostanza o di un materiale quale sottoprodotto ai sensi dell’art. 183 lett. p) D.lgs. 3 aprile 2006 n. 152, come modificato dal D.lgs. 16 gennaio 2008 n. 4, le cinque condizioni previste dalla norma citata devono sussistere contemporaneamente (...) incombe sull’interessato, anche successivamente alla modifica dell’art. 183 comma primo

Sul piano interpretativo, contestualmente, parrebbe auspicabile una lettura della norma in chiave adeguatrice, che, partendo dal complesso dei fattori che ne hanno determinato l'evoluzione più recente, faccia ricorso ad ogni elemento utile ad agevolare l'effettivo riutilizzo degli scarti industriali e la loro valorizzazione economica.

L'analisi della casistica affrontata dalla Corte di giustizia e delle comunicazioni interpretative della Commissione evidenzia la notevole diversità dei criteri di identificazione dei sottoprodotti. Alcuni di questi, come accennato in precedenza, sono difficilmente predeterminabili, sì da esporre il produttore ad una conflittualità valutativa le cui conseguenze sanzionatorie possono essere anche molto elevate.

In un quadro di questo tipo appare indispensabile uno sforzo interpretativo che tenda a semplificare gli adempimenti, facendo leva sugli strumenti che l'imprenditore ha a disposizione per organizzare la propria "filiera del riutilizzo".

Risulterà anzitutto indispensabile autorizzare un ampio ricorso allo strumento contrattuale consentendo al principio dell'affidamento sulla buona fede del terzo di svolgere una funzione anche in questo specifico settore.

Si potranno così risolvere le annose problematiche circa la certezza della collocazione degli scarti sul mercato in base ad una pianificazione produttiva e commerciale, chiarire le modalità attraverso le quali si possa garantire una tracciabilità internazionale anche nei rapporti con operatori appartenenti a Paesi terzi e, così, consentire un importante recupero di risorse economiche da parte delle imprese europee.

Al contempo parrebbe utile che in futuro gli orientamenti giurisprudenziali identifichino una vera e propria "gerarchia" dei requisiti per la distinzione di ciò che è rifiuto da ciò che non lo è, attribuendo maggior peso agli elementi oggettivamente predeterminabili (assenza di nocività, valore intrinseco del bene, esistenza di un solido mercato di riferimento), sul presupposto che non è ragionevole attendersi dispersioni incontrollate o abbandoni di materiale ad elevato valore economico e con forte richiesta da parte di acquirenti/utilizzatori.

In altre parole l'esistenza di una "cessione contro prezzo" di un materiale ad elevato valore economico, di cui possa affermarsi la riutilizzabilità tal quale senza pericoli per l'ambiente, dovrebbe essere sufficiente a garantirne la qualificazione come sottoprodotto quantomeno nei confronti di chi lo cede, spostando semmai il problema della permanenza di tale qualifica "più avanti nella filiera", in funzione delle decisioni che il soggetto acquirente concretamente adotterà.

Analizzando la permanenza dei requisiti per la qualificazione del materiale stadio per stadio all'interno della filiera si incentiverebbero gli operatori nella decisione di compiere ogni sforzo utile per un pieno ed efficiente utilizzo delle proprie materie di scarto, e si consentirebbe forse anche l'instaurazione di una presunzione semplice circa la conformità del materiale ai parametri di cui all'art. 5 della direttiva 2008/98/CE assai utile per eliminare gli eccessi di discrezionalità in sede di controllo.

Non essendosi ancora concretizzata l'occasione di un intervento interpretativo pregiudiziale della Corte di giustizia sulla nuova norma si può dunque auspicare che le due istituzioni protagoniste dell'evoluzione della disciplina (Commissione euro-

lett. p) (...) l'onere di fornire la prova che un determinato materiale sia destinato con certezza e non come mera eventualità, ad un ulteriore utilizzo (...). I principi sopra richiamati debbono ritenersi 'validi' pure alla luce della disciplina contenuta nell'art. 184 bis".

pea da un lato, Corte di giustizia dall'altro) proseguano, ciascuna per la propria parte, a stimolare l'evoluzione della materia nella direzione indicata, contribuendo in via definitiva al raggiungimento di un pieno equilibrio fra le esigenze economiche dell'industria europea e la tutela dei diritti fondamentali ad un ambiente sano e alla preservazione della salute umana.

Abstract

At the Boundaries of Waste: By-products in 2008/98/EC Directive

This article addresses the issue of distinction between waste and by-products related to the changes brought about by the 2008/98/EC directive. After reconstructing the evolution of the jurisprudential and – most recently – normative concept of by-product, the Author discusses the distinction between waste and by-products and highlights the current problems of interpreting the framework brought about by EC directive 2008/98 and the limitations that may discourage the full application of the principles of environmental and economic development of industrial process waste. The analysis concludes with some proposals that could, in the light of interpretation, foster a better demarcation of the boundary between the concept of waste and that of by-product, as well as calling for a vertical enhancement of the discipline by the executive intervention of the EU Commission.



Recensioni

Giuseppe Di Gaspare

Teoria e critica della globalizzazione finanziaria. Dinamiche del potere finanziario e crisi sistemiche



Padova, Cedam, 2011, pp. XXXII-478

La letteratura sulla globalizzazione *tout court*, soprattutto quella anglofona, ha assunto proporzioni ragguardevoli e risulta piuttosto arduo, con un'offerta così variegata di titoli, sceverare il grano dal loglio e trovare opere che affrontino un tema così vasto in modo organico. Mancava certamente un libro in lingua italiana di ampio respiro, polarizzato sulla dimensione finanziaria del fenomeno e non rattrappito su un approccio riduttivamente analitico.

Lo scenario che fa da sfondo ai micro e macro-fenomeni economico-finanziari – dai comportamenti spontanei o artatamente indotti dei singoli risparmiatori e speculatori alle decisioni più o meno meditate di banchieri e investitori istituzionali, dalle strategie degli operatori finanziari agli indirizzi politici e legislativi di decisori istituzionali statali e sovranazionali, di volta in volta dettati da meri calcoli di convenienza o sospinti dagli interessi delle *lobbies* – non è solo un *background* intercambiabile, ma interagisce direttamente con gli attori e con l'azione scenica di cui essi sono protagonisti. In altre parole, la messa a fuoco delle vicende che hanno accompagnato la globalizzazione dei mercati finanziari deve essere costantemente intercalata da zoomate sullo sfondo, che presuppongono la capacità dell'interprete di leggere i fenomeni indagati con un inquadramento bifocale.

È questa la prima sfida con la quale si è cimentato l'autore e dobbiamo dargli atto di aver centrato perfettamente il bersaglio. Il suo metodo, difatti, è nel contempo analitico e sistemico e non perde mai di vista il contesto nel quale si collocano i singoli eventi oggetto di studio. La geopolitica, i rapporti internazionali, la divisione internazionale del lavoro, i mercati delle materie prime, gli investimenti nei Paesi in via di sviluppo, le strategie delle multinazionali, il ruolo giocato dalle istituzioni finanziarie internazionali, Banca Mondiale, Fondo Monetario Internazionale e, da ultimo, Organizzazione Mondiale del Commercio, sono oggetto di costante attenzione per la loro incidenza sul funzionamento dei mercati finanziari e arricchiscono i modelli esplicativi in un processo di proficuo reciproco *feedback*.

Un'altra peculiarità di questo libro è l'approccio storico al tema, che proietta il fenomeno indagato in un arco temporale di circa quarant'anni, dal 1971 al 2011, con una prospettiva di lunga durata e interdisciplinare che evoca il metodo della *nouvelle histoire* introdotto dalla *École des Annales*. Non a caso Di Gaspare, sulla scorta di

Fernand Braudel, prende le mosse dalla c.d. “economia mondo”, che comincia a delinearsi nel XVI secolo con la intensificazione degli scambi commerciali internazionali e si protrae fino al secondo dopoguerra del secolo passato, per introdurre una cesura netta, un *prius* e un *posterius* tra l’assetto preesistente e la fase tuttora in via di svolgimento, denominata appunto globalizzazione, che si sviluppa a partire dall’abbandono del *gold exchange standard* decretato unilateralmente da Nixon nel 1971.

Lo studio in chiave storica della globalizzazione è indubbiamente l’opzione scientificamente più corretta: essa consente all’autore, per nulla condizionato da pregiudiziali ideologiche, di risalire tomisticamente alle cause remote del fenomeno (*causa causati*), *in primis* la fine del sistema di cambi fissi tra valute, senza peraltro obliterare o sottovalutare altri fattori concomitanti e sopravvenuti (*causae causandi*) che concorrono a innescare i processi e le dinamiche complesse che nel volume sono oggetto di meticoloso approfondimento.

I fenomeni illustrati sono prevalentemente economico-finanziari e richiederebbero nel lettore una certa qual dimestichezza con queste tematiche, ma l’autore, da giurista con pregressa esperienza di lavoro alla Consob, è riuscito ad esporre tutte le evoluzioni dei mercati finanziari e gli strumenti di cui gli operatori si sono avvalsi con una chiarezza esemplare che consente anche al profano di entrare nelle più sofisticate *technicalities* senza sforzo alcuno. Ricordo di aver appreso i primi rudimenti della macroeconomia da studente universitario leggendo il *Manuale di politica economica* di Francesco Forte – giurista prestato alla Scienza delle finanze –, un testo al quale mi sento di appaiare il libro in commento per nitore e chiarezza espositiva. Evidentemente i bravi giuristi, quando decidono di occuparsi di problemi economici e finanziari, rivelano capacità espositive e divulgative inopinate e riescono a illustrare questioni complesse con quella “semplicità concettuale” deliberatamente ricercata dall’autore, che ne attesta ciceronianamente (*rem tene, verba sequuntur*) la piena padronanza della materia.

Il libro, come tutti i lavori interdisciplinari, è difficilmente incasellabile in un’area scientifica (storia economica e finanziaria, diritto dei mercati finanziari) e va considerato piuttosto una lettura diacronica di fenomeni economico-finanziari filtrata dalle lenti del giurista. Difatti, le “dinamiche del potere finanziario”, responsabili degli sconvolgimenti intervenuti nei rapporti tra economia reale ed economia finanziaria e delle nuove rotte impresse ai flussi finanziari su scala planetaria, sono studiate con particolare riferimento alla tensione tra regolamentazione in essere e sua consapevole e programmata elusione, finalizzata alla creazione di un nuovo assetto deregolamentato ovvero regolato in conformità alle aspettative dei poteri forti. L’esame dei comportamenti dei soggetti operanti nei mercati finanziari è ovviamente parametrato sulle loro convenienze e sugli obiettivi a queste conformi: rispetto alla condotta “razionale” dell’*homo oeconomicus*, basata su un programma di medio-lungo periodo, la propensione speculativa dell’operatore finanziario si contraddistingue per la ricerca della massimizzazione del profitto nel breve periodo, nell’aggiramento delle norme e nel trasferimento del rischio delle operazioni più spericolate sul contraente più debole, di regola il risparmiatore. Quest’ultimo è spinto, a sua volta, dalla ricerca del guadagno facile, ma è vittima di una asimmetria informativa rispetto a chi gestisce i suoi risparmi che lo colloca in una posizione di obiettiva subalternità.

Vi è dunque, nella ricostruzione offerta dall'autore, una concatenazione di fatti e di innovazioni istituzionali ritmata da scansioni e sequenze non sempre prevedibili né scontate, che confermano la dottrina enunciata dagli economisti della scuola austriaca (si pensi per tutti ad Hayek) sulle conseguenze indesiderate delle azioni umane volontarie. Le bolle speculative, i fallimenti di banche e compagnie assicuratrici, le crisi sistemiche si possono certamente catalogare tra questi effetti non ricercati di comportamenti volontari reiterati finalizzati a repentini e massicci trasferimenti di ricchezza con strumenti poco trasparenti. Accadimenti riconducibili a una rigorosa logica causa-effetto si alternano dunque a eventi frutto di concause non valutabili *ex ante* per l'accavallarsi di troppe variabili.

Una cosa è certa, tuttavia, ed emerge costantemente dalla narrazione dell'autore: l'elusione o la torsione delle regole ad opera dei signori dei mercati finanziari e, ancor più, il loro improvvido smantellamento ad opera di decisori politici ed istituzionali fortemente condizionati dai poteri finanziari ovvero con essi conniventi o collusi hanno concorso in modo determinante alla crescita di un'economia finanziaria autoreferenziale e sempre più sganciata dall'economia produttiva e alla emersione di tutte le criticità che questo sistema incorpora, venute a luce meridiana con la crisi della *Lehman Brothers* del 2008.

Tutto comincia con la denuncia degli accordi di *Bretton Woods* che dal 1944 al 1971 avevano garantito la stabilità dei cambi e un quadro di certezze alle transazioni commerciali di *import-export*. La decisione adottata dall'Amministrazione americana, che non riesce più a garantire la convertibilità del dollaro, avvia di fatto una stagione di volatilità dei cambi. Il nesso tra azzeramento di norme pattizie e fluttuazione delle valute è evidente. Un secondo passaggio, opportunamente enfatizzato dall'autore, è la liberalizzazione della circolazione dei capitali anche questa frutto di scelte di politica monetaria e di nuovi orientamenti legislativi. Dopo gli *shock* petroliferi del 1973 e del 1979 e il correlato aggiustamento verso l'alto dei prezzi del greggio, nei circoli politici e finanziari nordamericani matura la convinzione che solo dando ulteriore impulso alla libera circolazione dei capitali e rivalutando il dollaro con un forte innalzamento dei tassi di interesse si possa ripristinare l'egemonia della moneta verde sui mercati e attrarre la enorme liquidità espressa in dollari accumulata dai Paesi produttori di idrocarburi. L'aumento dei tassi di interesse operato nel 1979 dalla *Federal Reserve* guidata da Paul Volcker e la abrogazione del divieto imposto per legge alle banche commerciali di effettuare investimenti in borsa (*Depository Institutions Deregulation and Monetary Control Act* del 1980) sono misure che mettono in moto un flusso di ritorno di massa monetaria verso il Paese emittente che compensa il *deficit* della bilancia dei pagamenti.

Con questo espediente gli Stati Uniti pongono le premesse per un nuovo assetto dollaro-centrico della finanza internazionale. Parallelamente si sviluppa una strategia comunicativa e mediatica che, in linea con la dottrina neoliberista reaganiana, offre un'immagine idilliaca del sistema economico americano, occultando abilmente nelle statistiche il tasso d'inflazione e il saldo negativo della bilancia dei pagamenti ed esaltando per contro le virtù del libero mercato, che assurge ad autentico feticcio.

È una vera e propria messa in scena che l'autore stigmatizza come il "*reality della globalizzazione*", una rappresentazione simbolica manipolata che funge da supporto mediatico al signoraggio del dollaro.

Fatto sta che il flusso di capitali verso le piazze finanziarie anglosassoni, *Wall Street* e la *City* londinese, dà vita ad un circuito ormai del tutto sganciato dalle transazioni commerciali e determina una vera e propria mutazione genetica del capitalismo: viene meno la stretta correlazione tra valuta e scambio di beni e servizi su cui si fondava l'economia mondo.

Un ulteriore impulso alla emancipazione dell'economia finanziaria dall'economia reale viene dalla seconda ondata deregolatoria avviata nel Regno Unito con il *Financial Service Act* del 1986 e proseguita negli Stati Uniti prima con un accorto aggiramento delle regole che consente agli investitori di eludere i controlli della *Securities and Exchange Commission* sul collocamento di nuovi titoli in borsa attraverso operazioni di smembramento e fusione di società quotate (*merger & acquisition*) e alle banche di finanziare scalate in borsa per interposta persona (*leveraged buy-out*) eludendo il divieto di acquisto di titoli azionari e, quindi, con la definitiva abrogazione nel 1999 del *Glass Steagall Act*, storica legge a tutela dei risparmiatori introdotta dal *New Deal*, che aveva la precipua finalità di regolare in via preventiva i conflitti di interesse, tenendo rigorosamente separata l'attività di gestione del risparmio (banche commerciali) da quella di acquisizione di capitale di rischio (banche di investimento).

A questo punto gli operatori finanziari non hanno più vincoli e i conflitti di interesse non sono più percepiti come una patologia, bensì come piena libertà di operare in un mercato dominato dalla "comunicazione telematica globalizzata" incompatibile con vincoli e regole "obsolete" in quanto tarate su coordinate spaziali e temporali: per dirla con Guido Rossi, il conflitto di interesse diventa inevitabilmente epidemico (G. Rossi, *Il conflitto epidemico*, Milano, 2003).

Un altro esempio eloquente di asservimento della legislazione agli interessi della finanza, bene illustrato dall'autore, si riscontra quando nascono i primi derivati, nuovi strumenti finanziari che, subordinando la remunerazione del titolo a uno o più eventi incerti, talvolta con una opinabile copertura assicurativa (*credit default swaps* e *collateralized debt obligations*) incorporano una clausola aleatoria. Ebbene, gli operatori finanziari che trattano questi derivati in mercati non regolamentati (*over the counter*) già sottratti alla vigilanza della *SEC*, riescono a ottenere l'approvazione di una legge (*Commodity Futures Modernization Act* del 2000) che decreta una sostanziale omologazione dei derivati agli altri titoli di credito escludendo il rischio di una incriminazione per truffa a carico dei *dealers*. La legalizzazione dei derivati fa lievitare in modo esponenziale gli investimenti in titoli anomali, che dilagano letteralmente non solo tra i risparmiatori, ma anche tra le banche e gli altri investitori istituzionali e diventano, con i mutui *subprime*, i fattori scatenanti della crisi del 2008.

Anche quest'ultima tipologia di finanziamenti a rischio è figlia di una improvvisa *deregulation*. Come ci ricorda l'autore, già nel 1982 il *Garn St. Germain Act* aveva scardinato il sistema del credito fondiario gestito dalle Casse di risparmio, con l'introduzione di una assicurazione federale destinata a coprire i rischi di insolvenza dei mutuatari, che ovviamente deresponsabilizzava gli istituti di credito: nel 1989 la liquidazione delle *Savings & Loans*, travolte da un clamoroso *crack*, dovuto alla gestione allegra dei crediti immobiliari, costa all'Erario 140 miliardi di dollari. Il dissesto cade ben presto nel dimenticatoio e negli anni successivi, complice la dot-

trina della *supply side economy*, ovvero dei consumi sospinti da politiche fiscali generose e dall'indebitamento, i mutui fondiari smarriscono la loro originaria funzione di finanziamento per l'acquisto della casa e si trasformano in strumenti per l'acquisizione di liquidità destinata a sostenere i consumi; per di più le garanzie collaterali si affievoliscono e la cartolarizzazione dei crediti impacchettati in strumenti finanziari sofisticati e opachi – c.d. derivati – consente ai mutuanti di trasferire il rischio di insolvenza a ignari investitori finali. Si alimenta così quel circuito perverso di consumismo parossistico sostenuto dal debito, una caricatura delle politiche di *deficit spending* che l'autore designa con velata ironia “keynesianesimo finanziario”.

La diffusione dei derivati contagia ben presto le banche, che si avviano a cambiare mestiere: diventano così un intermediario privilegiato per il trasferimento del rischio e, piuttosto che trattenere il credito (*hold*), lo girano (*distribute*) a banche d'investimento operanti in mercati non regolamentati sottratti al controllo della *Federal Reserve* e della *SEC*. Anche questa volta per convogliare il risparmio verso i nuovi prodotti finanziari è necessaria una accorta regia mediatica intenta a decantare le virtù dell'industria finanziaria, che promette rendimenti crescenti sulla base di opinabili algoritmi, e, nel contempo, si afferma una tecnica di valutazione della affidabilità dei titoli sempre più autoreferenziale, affidata a compiacenti e colluse agenzie di *rating* e basata su criteri analogici e induttivi, tarati sulla redditività virtuale (*benchmarking*, valore “nozionale”) e distanti anni luce dalla analisi dei “fondamentali” delle imprese quotate in borsa.

La *deregulation* di fatto e di diritto procede senza inversioni di tendenza nonostante alcuni incidenti di percorso, come il lunedì nero del 1987 che in una sola seduta fa precipitare il *Dow Jones* di 20 punti percentuali o la bolla dei titoli tecnologici che nel marzo 2000 provoca in tre giorni un crollo del 9% del listino NASDAQ, sul quale sono quotate le *dot.com*, titoli della *new economy* negoziati direttamente su internet. La cosa stupefacente, ripetutamente sottolineata da Di Gaspare, è la “memoria corta” dei signori della finanza i quali, con la complicità della politica, operano una sorta di rimozione degli eventi infausti per non creare panico tra i risparmiatori e continuare nelle loro scorribande speculative.

Come si evince dalle sequenze che ci sono parse più significative di questa narrazione l'Autore non perde occasione per denunciare i guasti della finanza globalizzata e l'effetto valanga della deregolamentazione non solo sul piano economico e giuridico, ma soprattutto etico. La mancanza di regole fa venir meno ogni responsabilità giuridica e all'anomia consegue l'azzardo morale (*moral hazard*). Cartolarizzazioni e impacchettamento di titoli, trasferimenti in mercati *offshore* e paradisi fiscali creano altrettante catene di S. Antonio con l'effetto finale di far evaporare il danaro investito e ridurre i titoli a carta straccia, *moneyness* senza *money*. Il tutto accompagnato da una *fiction* mediatica finalizzata a rafforzare la convinzione che il danaro crea danaro in un illusionistico gioco degli specchi che ricorda la metafora di Alice evocata dall'autore. Se questa è la rappresentazione critica della globalizzazione finanziaria non possiamo che sottoscriverla, confidando che possa servire da monito a chi pare non abbia ancora metabolizzato questa lezione dopo la terribile crisi del 2008, le cui ricadute sulle finanze pubbliche e sull'economia reale sono tutt'altro che esaurite.

Nel settembre 2008 il governo di George Bush jr. decreta la nazionalizzazione di *Fannie Mae* e *Freddie Mac*, le due agenzie specializzate nei mutui fondiari, prime vittime della bolla immobiliare, ma, per non innescare una reazione a catena destinata a scaricare oneri incalcolabili sui contribuenti americani, lascia fallire la *Lehman Brothers*, banca d'affari zavorrata da un debito stratosferico difficilmente quantificabile e disseminato in tutto il mondo dagli *hedge funds*. È l'inizio della crisi che – nonostante altri poderosi interventi di salvataggio ad opera del Tesoro e della *Federal Reserve*, quali la ricapitalizzazione dell'*American International Group* (AIG), primo gruppo assicurativo mondiale garante dei *credit default swaps* declassati a titoli spazzatura – si propaga inesorabilmente su scala planetaria.

Per scongiurare il ripetersi di crisi sistemiche, Obama preannuncia una radicale riforma dei mercati finanziari che, dopo estenuanti mediazioni, viene partorita con fatica dal Congresso nel 2010 e si rivela ben presto del tutto inidonea allo scopo. Il *Dodd Frank Act*, difatti, non risolve in radice il conflitto di interessi tra gestione del risparmio e investimento speculativo, ma si limita a stabilire un tetto del 3% sul capitale sociale che le banche commerciali possono destinare ad operazioni di *trading* e attribuisce alle *holding* bancarie il ruolo di operatori strategici nelle attività di investimento finanziario; la *Federal Reserve* viene investita di un potere di microvigilanza che ne snatura il ruolo di autorità monetaria; da ultimo, il *regulatory overload* introdotto dalla riforma (500 articoli della legge e un numero spropositato di regolamenti applicativi) rischia di rendere del tutto ingestibili i controlli.

Mi vien fatto di arguire, senza tema di essere tacciato di scetticismo conservatore, che spesso e volentieri *overregulation causes underregulation*. D'altronde, come sottolineava Galbraith “*La ricorrente quanto erronea convinzione che l'arricchimento senza sforzo è una facoltà associata con perspicacia e sapienza finanziaria eccezionali è qualcosa che non ha rimedi legislativi*” (J. K. Galbraith, *Breve storia dell'euforia finanziaria – I rischi economici delle grandi speculazioni*, Bologna, 1991, p. 96-97). Nondimeno, i mercati finanziari vanno regolati, ma con poche norme che bandiscano *ex ante* potenziali conflitti di interesse e inibiscano pratiche truffaldine in conformità con il vecchio adagio “meglio prevenire che curare”.

Anche sul piano internazionale, la *lobby* dei banchieri fa ostruzionismo a riforme radicali, tant'è che l'accordo *Basilea 3*, invece di affrontare il problema del rapporto incestuoso tra attività bancaria e investimenti finanziari (il c.d. “catoblepismo” stigmatizzato da Raffaele Mattioli!) e la correlata opzione che contrappone sostegno all'economia reale e impieghi speculativi, interviene sul capitale di rischio incrementando la riserva obbligatoria a garanzia dei depositanti e determinando di conseguenza una stretta creditizia (*credit crunch*) senza precedenti che deprime gli investimenti e innesca una spirale recessiva.

L'ultima parte del volume si sofferma sulla guerra valutaria tra le due sponde dell'Atlantico, sui debiti sovrani dei Paesi dell'Eurozona come nuova frontiera della speculazione e sul confronto impari tra Paesi dotati di piena sovranità monetaria (Stati Uniti, Regno Unito, Giappone), pronti ad avvalersi della leva monetaria (*quantitative easing*) per stimolare la crescita e della svalutazione per accrescere il proprio vantaggio competitivo, e gli Stati europei, fondati su una *governance* debole e acefala e ancorati alla dottrina antinflazionistica della BCE nonché al rigore di

bilancio modulato sul patto di stabilità, da ultimo reso ancor più oppressivo dal *Fiscal compact*.

Le iniezioni di liquidità nel sistema bancario e l'acquisto di titoli tossici da parte del Tesoro americano (*cash to trash*) determina una forte svalutazione del dollaro rispetto all'euro e le manovre speculative ai danni della moneta europea sono lette come un maldestro tentativo del dollaro di riconquistare una egemonia traballante. I tassi di interesse sui titoli del debito pubblico dei Paesi di Eurolandia, sotto la pressione dei mercati cominciano a lievitare e la crisi investe in pieno i debiti sovrani degli Stati più deboli. In questo confronto emergono tutte le contraddizioni dell'Unione monetaria europea e le agenzie di *rating* tengono sulla corda i Paesi a rischio, inscenando un nuovo *reality* che contrappone le capacità di rigenerarsi dell'anglosfera alle rigidità dell'Eurozona afflitta da un *welfare* insostenibile e condannata alla *austerity* dal dogmatismo finanziario della Germania.

Le ricette sperimentate per i salvataggi dei Paesi in crisi, dall'*European Stability Mechanism* alle politiche di risanamento imperniate sulla *spending review*, sulle privatizzazioni e su salassi fiscali, ruotano intorno all'imperativo dell'abbattimento del debito, che nell'Eurozona viene additato come fonte di tutti i mali. Di Gaspare è ovviamente consapevole che il debito pubblico costituisce un problema ineludibile e propone un ventaglio di soluzioni virtuose per modificare un modello di sviluppo, minato da tre squilibri potenzialmente devastanti – il disavanzo dei conti pubblici, il *deficit* commerciale e quello ecologico – e immolato dinanzi al discutibile “totem del PIL”. Sono temi di grande fascino sui quali siamo chiamati tutti a meditare in una fase storica che viene da tutti percepita come una svolta epocale e impone un cambiamento di paradigmi cognitivi e propositivi.

Il libro di Giuseppe Di Gaspare rappresenta, in definitiva, un contributo di grande spessore alla comprensione di un fenomeno complesso e proteiforme, che viene minuziosamente esaminato in tutti i suoi risvolti più significativi. Lo stile efficace e brillante rende la lettura piacevole e avvincente e la costante ricerca di senso delle vicende indagate offre stimoli che sollecitano il lettore a ulteriori riflessioni e approfondimenti in un virtuale contraddittorio con l'autore, al quale, senza retorica, va il nostro più sincero apprezzamento e plauso per la sua meritoria fatica.

Antonio Zorzi Giustiniani

Bruno Nascimbene, Luciano Garofalo

Studi su ambiente e diritto. Il diritto dell'Unione europea

Bari, Cacucci, 2012, pp. 1-146



Il tema del difficile equilibrio tra uomo e ambiente non cessa di ricevere un'attenzione sempre crescente da parte della dottrina che si occupa di diritto dell'Unione europea, sia italiana sia straniera, anche alla luce delle evoluzioni conseguenti agli strumenti di diritto derivato ed alla giurisprudenza interpretativa.

Il volume oggetto di esame trae occasione da un convegno che si è tenuto presso l'Università "Aldo Moro" di Bari il 19 aprile 2012, grazie ad un contributo concesso, dalla Direzione provinciale di Bari della Banca d'Italia, alla cattedra di diritto dell'Unione europea della stessa Università. Obiettivo del volume, perseguito con successo, è di compiere un'indagine sull'*acquis communautaire* in materia di ambiente, non solo ricostruendone l'evoluzione, ma fornendo interessanti spunti di approfondimento sulle prospettive future. L'opera, aperta da una prefazione di Luciano Garofalo, si articola in tre contributi ed è completata da un'appendice che contiene i testi di due sentenze, una della Corte di giustizia dell'Unione europea, l'altra della Corte europea dei diritti dell'uomo, oggetto di esame nel volume.

Del primo contributo, intitolato *Uomo, ambiente e diritto. Alcune riflessioni*, è autore Luciano Garofalo, direttore scientifico del progetto a monte del convegno (e del volume). Lo scritto, di portata generale, introduce anche le altre tematiche successivamente affrontate. Esso, in particolare, focalizza l'attenzione sul complesso rapporto tra uomo ed ambiente nonché sullo sviluppo che tale materia ha avuto nella dimensione prima comunitaria e poi dell'Unione europea. In particolare l'autore sottolinea la "funzionalità del diritto all'acqua alla stessa sopravvivenza degli esseri viventi", correlandolo quindi (congiuntamente agli altri diritti di natura ambientale) al diritto alla vita e alla salute umana e alla tutela di questo a livello internazionale, con un ragionamento ermeneutico ineccepibile, che porta a confutare anche una certa opinione della dottrina che sostiene, invece, l'anomia del diritto internazionale su tale argomento.

Altro tema di attualità e interesse è quello affrontato da Bruno Nascimbene (titolo del contributo è *L'evoluzione in tema di tutela dell'ambiente nel diritto dell'Unione europea. Problemi di interpretazione e attuazione, nel nostro Paese, delle norme UE*), che analizza la regolamentazione e il rilievo della materia ambientale nel diritto dell'Unione europea, partendo da un'analisi puntuale e completa dell'*iter* evolutivo dei Trattati, dall'Atto unico europeo sino alle recenti modifiche introdotte dal Trattato di Lisbona, con particolare sottolineatura del ruolo che potrà

svolgere, in futuro, l'art. 37 della Carta dei diritti fondamentali sulla necessità di garantire un elevato livello di tutela dell'ambiente e sul dinamismo che deriva dalla necessità di perseguire anche il miglioramento della qualità dell'ambiente stesso, senza limitarsi alla conservazione dello *status quo*. L'articolo si conclude con un approfondimento circa le difficoltà di adeguamento dell'Italia agli *standards* previsti dall'Unione europea nella materia dello smaltimento dei rifiuti, con analisi critica delle pronunce delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo, nonché delle questioni ancora aperte.

Il terzo contributo (dal titolo *Il principio dello sviluppo sostenibile: affermazione ed evoluzione*) di Monica Di Monte, che si è occupata anche della selezione del materiale pubblicato nell'appendice, non si limita ad un esame del principio di sviluppo sostenibile, e quindi ad una analisi dell'influenza degli strumenti di diritto internazionale per la sua definizione e il rango "costituzionale" assunto nell'ordinamento dell'Unione europea. Il contributo procede anche ad una disamina dell'evoluzione giurisprudenziale in materia, con particolare attenzione verso la sentenza della Corte di giustizia sul caso della Regione Campania.

Chiudono il volume un'appendice, utile per chi voglia leggere alcune sentenze scelte nella materia, ed una bibliografia essenziale.

Il volume riesce a coniugare il rigore scientifico con i riferimenti alla pratica applicativa. È, infatti, diretto sia alla comunità scientifica, che certamente apprezzerà gli approfondimenti critici contenuti nei contributi; sia al mondo degli operatori del diritto, che potranno acquisire una maggiore consapevolezza dell'imprescindibile ruolo svolto dal diritto dell'Unione europea anche nella materia dell'ambiente.

Elisabetta Bergamini

Libri ricevuti

Luciano Canfora, *“È l’Europa che ce lo chiede!” (Falso!)*, Roma-Bari, Laterza, 2012, pp. IX-78.

Pier Virgilio Dastoli, Roberto Santaniello, *C’eravamo tanto amati. Italia, Europa e poi?*, Milano, Università Bocconi Editore, 2013, pp. XV-139.

Sara De Vido, *Il contrasto del finanziamento al terrorismo internazionale. Profili di diritto internazionale e dell’Unione europea*, Padova, Cedam, 2013, pp. XXVIII-452.

Marcello Di Filippo (a cura di), *Organizzazioni regionali, modello sovranazionale e metodo intergovernativo: i casi dell’Unione europea e del Mercosur*, Torino, Giappichelli, 2012, pp. XXVI-421.

Federico Imperato, *Aldo Moro, l’Italia e la diplomazia multilaterale. Momenti e problemi*, Nardò, BESA, 2013, pp. 247.

Fabio Marcelli (a cura di), *Immigrazione, asilo e cittadinanza universale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2013, pp. XII-487.

Rita Mazza, *Microstati e Nazioni Unite*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012, pp. 122.

Lorenzo Federico Pace (a cura di), *Dizionario sistematico del diritto della concorrenza*, Napoli, Jovene, 2013, pp. X-820.

Paola Piroddi, *La tutela del contraente debole nel regolamento Roma I*, Padova, Cedam, 2012, pp. XVI-313.

Concetta Maria Pontecorvo, *Armed Conflicts in Somalia under International Law*, Napoli, Satura Editrice, 2012, pp. XVII-242.

Concetta Maria Pontecorvo, *Il ‘regime’ internazionale per la protezione delle foreste*, Napoli, Satura Editrice, 2012, pp. XIII-349.

Natalino Ronzitti, *Introduzione al diritto internazionale*, Torino, Giappichelli, IV ed., 2013, pp. XIX-504.

Indice degli autori



Ugo VILLANI

ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Giovanni CELLAMARE

ordinario di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Emanuela PISTOIA

associato di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Teramo

Amedeo ARENA

ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Napoli Federico II

Francesco CHERUBINI

ricercatore di Diritto dell'Unione europea nella LUISS "Guido Carli" di Roma

Marinella GIANNELLI

dottore di ricerca in Diritto internazionale e dell'Unione europea nell'Università degli studi di Bari Aldo Moro

Cristiana CARLETTI

associato di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Roma Tre

Leonardo PASQUALI

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Pisa

Vito RUBINO

ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi del Piemonte Orientale Amedeo Avogadro

Il Consiglio Regionale della Puglia comunica



Ha tuttora un significato l'idea di un'Europa unita? In un momento di crisi economica generalizzato, sembrano vacillare le fondamenta stesse del progetto di solidarietà e collaborazione alla base del disegno di unificazione continentale.

La risposta è sì, a condizione però di tornare all'Europa della gente.

C'è ancora un'Europa possibile, quella dei popoli, delle libertà e della pace, non l'attuale, sotto il tallone della finanza internazionale. Un'Europa avvilita da una congiuntura che sembra interminabile, mentre il dirigismo della Banca Comune Europea impone sacrifici a tutti i Paesi, sforzi dei quali i cittadini stentano a riconoscere gli obiettivi.

L'idea europea ha tuttora un futuro, ma deve tornare al sogno originario, quello di una grande unione, fondata sulla coesione sociale e civile. Occorre quanto prima rinsaldare un nuovo patto tra le Istituzioni e i cittadini, per sostituire al rigore dell'Europa dell'economia un rinnovato fervore per l'Europa della politica.

Dobbiamo riprendere a tracciare i lineamenti di un continente nel quale i cittadini di ogni area, anche la più remota, possano riconoscersi coprotagonisti di una vicenda comune importante. È la storia dei Paesi d'Europa, eredi delle generazioni che hanno lottato per il progresso del Vecchio Continente, un cammino che ha dato vita allo stato sociale, ha garantito i diritti dei lavoratori, ha fatto nascere un welfare avanzato.

È questa l'Europa dalla quale ripartire, riprendendo il sogno di Ventotene, quello di intere generazioni, ora tenuto in ostaggio dai mercati finanziari.

Anche per le Regioni il futuro è in una logica di coesione. Unirsi, rafforzarsi, fare sistema.

Davanti alle realtà locali dei Paesi dell'Unione sarebbe corretto riproporre una strategia di cooperazione territoriale ad ampio raggio. Siamo proiettati verso le macro-aree, per resistere alla concorrenza internazionale e aiutare la crescita dei territori.

Il Consiglio regionale crede in questa programmazione strategica, la considera un'opportunità straordinaria per la Puglia e ne segue gli sviluppi. Auspicando per le realtà territoriali un processo di integrazione transnazionale, puntiamo ad un'aggregazione ampia e partecipata, forte della spinta alla crescita che può venire dalla valorizzazione delle diversità culturali, storiche e religiose.

Una regione è tanto più forte quanto più riesce a mettere insieme: dalle potenzialità turistiche di un Salento in pieno boom alle attrattive del Gargano, dal polo agro-alimentare dauno a quelli industriali barese, brindisino e tarantino. Tutti insieme, con i loro moderni aeroporti e con i sistemi portuali integrati fanno della Puglia la piattaforma avanzata dell'Europa nel Mediterraneo.

Sommando potenzialità diverse su una scala tanto più ampia come quella della macro area adriatica e ionica, non si può che concludere a favore di una scelta di unione, che possa coagulare aree omogenee.

Tante piccole Europa nella grande Europa, ma una sola identità delle genti, quella di cittadini del continente più antico e allo stesso tempo più moderno del mondo.

Onofrio Introna

Presidente del Consiglio Regionale della Puglia

TECA DEL MEDITERRANEO

“La conoscenza accresce le capacità” è il motto di Teca del Mediterraneo, la Biblioteca Multimediale e Centro di Documentazione del Consiglio Regionale della Puglia: è stata la prima biblioteca di Consiglio Regionale italiano ad essere aperta al pubblico senza restrizione alcuna.

In Teca del Mediterraneo i cittadini possono consultare (anche in prestito) decine di migliaia di libri, alcune centinaia di riviste, una trentina di quotidiani, numerose banche dati e soddisfare qualunque esigenza informativa riguardo alle normative italiane, delle Regioni, dell’Unione Europea.

Il patrimonio biblio-documentale, specializzato in amm.ne pubblica, diritto, economia, management, sociologia, autonomie locali, di Teca è valorizzato, altresì, da cinque bollettini elettronici con funzionalità ipertestuali online *Bits&NPM*, *Noprofit*, *Regio e Terminus*, veri e propri dossier tematici con l’intento di avvicinare l’utente ad una informazione ragionata, oggetto della sua ricerca, e completa di tutte le fonti bibliografiche. Le webzine sono registrate presso il Tribunale di Bari.

Teca del Mediterraneo è una Biblioteca web 2.0 per promuovere la partecipazione attiva degli utenti attraverso i social network. Dal 2010 ha una pagina Facebook, per essere aggiornati sugli eventi, novità editoriali, iniziative e nuovi acquisti; attraverso il canale video su Youtube è possibile visionare tutti i servizi video e le messe in onda tv degli eventi. L’ultima frontiera web 2.0, è arrivata nel 2011 con Twitter (@TecaMediterraneo), il social network che permette al mondo dei tweeter di ricevere news e aggiornamenti: dalle iniziative culturali agli orari degli sportelli, ai comunicati stampa.

Teca del Mediterraneo offre, attraverso la Sezione Multiculturale, attività di base rivolte all’accoglienza degli utenti stranieri. La sezione aggiorna periodicamente il fondo bibliografico raccolto nello Scaffale Multiculturale e lo promuove con iniziative compartecipate.

Teca organizza un appuntamento annuale di confronto con bibliotecari e ricercatori allo scopo di riflettere sui fattori culturali, artistici, intellettuali, sociali ed economici che portano le biblioteche, successivamente, ad intervenire nella società. Teca del Mediterraneo è inoltre impegnata nella realizzazione di progetti di cooperazione internazionale.

Cofinanziato dall’UE



La Commissione europea sostiene la presente rivista mediante risorse attribuite a *Europe Direct* Puglia utilizzate per la sottoscrizione di abbonamenti a favore della rete *Europe Direct* italiana.



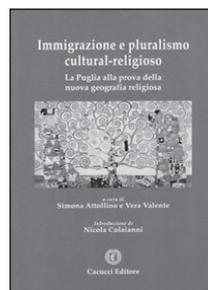
CACUCCI EDITORE
BARI

VIA NICOLAI, 39 – 70122 BARI – TEL. 080/5214220
[HTTP://WWW.CACUCCI.IT](http://www.cacucci.it) E-MAIL: [INFO@CACUCCI.IT](mailto:info@cacucci.it)

Immigrazione e pluralismo cultural-religioso

ATTOLINO Simona, VALENTE Vera

102 Pagine | prezzo: 12,00 €



Le forti ondate di immigrazione nel nostro paese ne stanno mutando la storia – da paese di emigranti a paese di immigrazione – e la geografia economica, sociale e religiosa. Non ne hanno ancora mutato in profondità la psicologia sociale in quanto persiste una larga fascia di popolazione che pensa trattarsi di un fenomeno transitorio, comunque contenibile con opportune politiche sostenute finanziariamente in direzione dell’obiettivo dell’“aiutarli a casa loro”. In realtà, tali politiche di solidarietà, per quanto commendevoli e comunque doverose, sono destinate largamente all’insuccesso. L’immigrazione, specialmente africana, si rivelerà in larga misura inarrestabile perché essa è ormai una strategia di sopravvivenza di persone povere, non solo, ma anche private dei diritti umani in paesi dirimpettati nel Mediterraneo come il Marocco (che è provenienza di quasi la metà degli africani soggiornanti nel nostro paese), la Libia e la stessa Tunisia.

I delitti sessuali all’indomani della ratifica della convenzione di Lanzarote

CAPORALE Katianna

112 Pagine | prezzo: 12,00 €



La trattazione, aggiornata alla Convenzione di Lanzarote per la protezione dei minori contro l’abuso e lo sfruttamento sessuale, esamina il tema dei delitti contro la sfera sessuale con riferimento all’evoluzione normativa e giurisprudenziale registrata, a livello nazionale e sovranazionale, in questo delicato e specifico ambito giuridico. Con l’approvazione della legge 1 ottobre 2012 n. 172, entrata in vigore il 23 ottobre 2012, lo Stato italiano, dopo un lungo e travagliato iter parlamentare, ha ratificato “la Convenzione del Consiglio d’Europa per la protezione dei minori contro lo sfruttamento e l’abuso sessuale, fatta a Lanzarote il 25 ottobre 2007, nonché norme di adeguamento dell’ordinamento interno”, meglio nota come Convenzione di Lanzarote. Tale Convenzione, entrata in vigore in data 1 luglio 2010, rappresenta uno strumento giuridico internazionale, vincolante per i Paesi firmatari, volto a prevenire e contrastare ogni forma di abuso e di sfruttamento sessuale, perpetrata a danno di minori.

Il licenziamento individuale

BARBIERI Marco, DALFINO Domenico

230 Pagine | prezzo: 25,00 €



Il presente volume è composto di due parti. Nella prima, gli autori esaminano i profili sostanziali e processuali della disciplina del licenziamento individuale contenuta nella L. 92/2012, passando in rassegna sinteticamente i termini del dibattito dottrinale e le pronunce giurisprudenziali che sono intervenute nell'anno intercorso dall'entrata in vigore della legge citata. Nella seconda, la curatrice ha selezionato le pronunce che sembrano più significative, ordinate per Foro e per data, con indicazione dell'estensore. La novità e complessità dei temi trattati, e l'articolazione delle posizioni sinora emerse in giurisprudenza, rendono indispensabile, a parere degli autori, accompagnare la pubblicazione del volume a un costante aggiornamento on-line della seconda parte.

Flessibilità e tutele nel lavoro

CHIECO Pasquale (a cura di)

870 Pagine | prezzo: 58,50 €



L'introduzione al nostro "Flessibilità e tutele nel lavoro. Commentario della legge 28 giugno 2012, n. 92" assume i tratti rapidi della presentazione delle caratteristiche dell'opera, piuttosto che i contenuti sistemici dell'analisi della riforma Monti-Fornero, perché funge da apertura a un volume collettaneo nel quale l'analisi di ciascuno dei molti istituti nei quali si articola la legge 92 affianca, al lavoro di stretta esegesi, una prima lettura sistematica delle nuove discipline.

In copertina **Michel Desoubleay (Michele Desubleo), detto "Michele Fiammingo"** (Maubeuge, 1602–Parma, 1676)
Ratto d'Europa (particolare) – olio su tela, cm 120 x 167 – Modena, collezione privata

Singolare la rappresentazione del ratto di Europa da parte di Michele Desubleo (nome italianizzato di Michel Desoubleay), uno dei tanti artisti fiamminghi scesi in Italia nel Seicento (esattamente nella seconda metà degli anni Venti) alla ricerca di miglior fortuna, e qui attivo a Roma, a Bologna, nel Veneto e a Parma, dove concluse la sua vicenda terrena. Discepolo in patria, col fratello Nicolas Regnier – anch'egli pittore, insieme al quale si trasferirà in Italia –, di Abraham Janssens, entrò a Bologna nella prestigiosa bottega di Guido Reni, per accostarsi in seguito al Domenichino e al Guercino.

La nota eroina della mitologia classica protagonista della favola ovidiana, rapita da Giove in forma di toro e trasportata per mare a Creta in preda al terrore, viene rappresentata in questo bel dipinto nell'atteggiamento estatico di una santa condotta al martirio, in sintonia con la linea "purista" del caposcuola bolognese, morto nel 1642, di cui il Desubleo raccolse in un certo qual modo l'eredità artistica (il suo biografo, Malvasia, ricorda che, alla scomparsa del Reni, Desubleo divenne uno dei "primi pittori di Bologna").

Europa, il cui volto appena sollevato esprime una pacata rassegnazione, è ripresa in primissimo piano, mentre si lascia trasportare, quasi affidandoglisi, dal toro. Indossa una veste color corallo dallo scollo profilato da una fascia con decorazioni geometriche dorate, una scarpina color senape e uno straordinario manto in raso luccicante color viola. Quest'ultimo, gonfiato dal vento, forma sul suo capo una sorta di grande vela, sotto la quale sembra ricoverarsi Europa, trasformata in santa cristiana. La fiancheggiano due genietti alati (in questa doppia accezione, pagano-cristiana, veri e propri angioletti), uno dei quali regge la vela-baldacchino, attorcigliandosene un lembo al braccio, mentre l'altro sembra srotolare il lungo serto di fiori variopinti che inghirlanda il capo del placido toro. Il terrore è bandito da questa scena, dove non compaiono le ancelle di Europa, a richiamarla disperate dalla spiaggia. Europa va incontro al suo destino in solitudine, si direbbe senza un lamento. Tutta l'attenzione del pittore è concentrata su di lei, mentre la rappresentazione del mare increspato e del cielo solcato da nuvoloni presaghi di tempesta è ridotta a mero sfondo della scena in primo piano.

Clara Gelao, Direttrice della Pinacoteca Provinciale di Bari "C. Giaquinto"



Condizioni di Abbonamento

La rivista ha cadenza quadrimestrale. Le condizioni per l'abbonamento, a partire dal n. 1/2013, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 60,00
- Abbonamento per l'estero € 90,00
- Fascicolo € 22,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2013, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite bollettini di c/c postale sul c.c.n. 13733704 intestato a Cacucci Editore, Via Nicolai, 39 - 70122 BARI (causale: abbonamento Studi sull'Integrazione Europea - anno 2013).



COLLANA DI STUDI SULL'INTEGRAZIONE EUROPEA

diretta da Ennio Triggiani e Ugo Villani

1. Ugo VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*³, 2013.
2. Piero PENNETTA (a cura di), *L'evoluzione dei sistemi giurisdizionali regionali ed influenze comunitarie*, 2010.
3. Ennio TRIGGIANI (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, 2011.
4. Elena FALLETTI e Valeria PICCONE (a cura di), *Il nodo gordiano tra diritto nazionale e diritto europeo*, 2012.
5. Rossana PALLADINO, *Il ricongiungimento familiare nell'ordinamento europeo*, 2012.
6. Francesco CHERUBINI, *L'asilo dalla Convenzione di Ginevra al diritto dell'Unione europea*, 2012.
7. Marina CASTELLANETA, *La libertà di stampa nel diritto internazionale ed europeo*, 2012.



ISBN 978-88-6611-295-2



9 788866 112952

€ 22,00