

# Studi sull'integrazione europea

numero 3 · 2011 | anno VI

Studi sull'integrazione europea

numero 3 · 2011 | anno VI

Rivista quadrimestrale



CACUCCI EDITORE  
BARI





# Studi sull'integrazione europea

numero 3 · 2011 | anno VI

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 Nogueras, 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, Angela Maria Romito, Roberto Virzo**

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

**[www.studisullintegrazioneeuropea.eu](http://www.studisullintegrazioneeuropea.eu)**

Direzione e Redazione

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

**<http://www.cacucci.it> e-mail: [studiinteuropa@cacucci.it](mailto:studiinteuropa@cacucci.it)**

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

---

**PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA**

---

© 2011 Cacucci Editore – Bari

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

<http://www.cacucci.it> e-mail: [info@cacucci.it](mailto: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

- Paolo MENGOZZI  
La sentenza *Zambrano*: prodromi e conseguenze di una pronuncia inattesa 417
- Luigi DANIELE  
Il dialogo tra Corte di giustizia e Corti supreme degli Stati membri: il caso del mandato di arresto europeo 433
- Carlo CURTI GIALDINO  
Osservazioni sul contenuto e sul valore giuridico del preambolo del Trattato sull'Unione europea 457
- Lorenzo Federico PACE  
L'applicazione del diritto *antitrust* da parte dei giudici nazionali: l'influenza dell'"armonizzazione negativa" della Corte di giustizia e l'esperienza italiana 483
- Cristiana FIORAVANTI  
La politica comune della pesca nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea 505

## NOTE E COMMENTI

- Mario CARTA  
*Historical Injustices*: legittimazione passiva e forme della riparazione nel diritto internazionale ed europeo 523
- Loredana MURA  
Il principio di eguaglianza nel diritto dell'Unione europea alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di assicurazioni 555

---

Giacomo DI FEDERICO Le discriminazioni in base all'età nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia: da <i>Mangold</i> a <i>Georgiev</i> e oltre	585
Chiara GABRIELLI La direttiva sulla tratta di esseri umani tra cooperazione giudiziaria penale, contrasto dell'immigrazione illegale e tutela dei diritti	609
<b>RECENSIONI</b>	
Pietro GARGIULO (a cura di), <i>Politica e diritti sociali nell'Unione europea. Quale modello sociale europeo?</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2011 (A. Vimercati)	635
Libri ricevuti	643
Elenco delle abbreviazioni	645
Indice degli autori	647
Indice del Volume VI (2011)	649

# Summary



## ARTICLES

- Paolo MENGOZZI  
The *Zambrano* Case: Forerunners and Consequences of  
an Unexpected Pronouncement 417
- Luigi DANIELE  
The Dialogue between the European Court of Justice and  
the Supreme Courts of the Member States: The Case of  
the European Arrest Warrant 433
- Carlo CURTI GIALDINO  
Observations on the Content and the Legal Value of the  
Preamble to the Treaty on the European Union 457
- Lorenzo Federico PACE  
The Application of Antitrust Law by National Judges:  
The Influence of “Negative Harmonization Framework”  
of the Court of Justice and the Italian Experience 483
- Cristiana FIORAVANTI  
The Common Fisheries Policy in the Treaty on the Fun-  
ctioning of the European Union 505

## NOTES AND COMMENTS

- Mario CARTA  
*Historical Injustices*: Passive Legitimation and Forms of  
Reparations in International and European Law 523
- Loredana MURA  
The Equality Principle in European Union Law in Light of  
the most Recent ECJ Case-law in Insurance Matters 555

Giacomo DI FEDERICO Age Discrimination in Light of the most Recent ECJ Case-law: From <i>Mangold</i> to <i>Georgiev</i> and beyond	585
Chiara GABRIELLI Directive on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings and Protecting Its Victims, between Cri- minal Law Cooperation, Illegal Immigration and Funda- mental Human Rights Protection	609
<b>BOOK REVIEWS</b>	
Pietro GARGIULO (a cura di), <i>Politica e diritti sociali nell'Unione europea. Quale modello sociale europeo?</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2011 (A. Vimercati)	635
Books received	643
Table of abbreviations	645
List of contributors	647
Index of Volume VI (2011)	653





# Articoli



# La sentenza *Zambrano*: prodromi e conseguenze di una pronuncia inattesa

SOMMARIO: 1. L'opportunità di chiarire i prodromi e le conseguenze della sentenza pregiudiziale adottata nel caso. – 2. L'eccezione di irricevibilità avanzata invocandosi il carattere puramente interno delle misure nazionali interessanti *Zambrano*. – 3. Il rigetto da parte della Corte di un argomento dello stesso tipo nel caso *Rottman*. – 4. *Segue*: il rilievo dato all'incidenza negativa di misure nazionali sullo status giuridico comunitario di *Rottman*. – 5. L'inaccettabilità della tesi avanzata dall'Avvocato generale Sharpston secondo cui il caso *Zambrano* presentava caratteristiche comuni a quelli decisi con le sentenze *Garcia Avello* e *Zhu e Chen*. – 6. La risposta che la Corte ha dato al giudice nazionale nel caso *Rottman* basandosi su una particolare applicazione del principio di proporzionalità. – 7. *Segue*: e indicandogli dettagliatamente il modo in cui applicarlo. – 8. La necessità di chiarire in che senso e entro quali limiti nel caso la Corte ha prestato attenzione alle osservazioni sottoposte dall'Avvocato generale. – 9. Il non riconoscimento di un autonomo diritto di soggiorno ai cittadini di uno Stato membro e la tutela dell'“*essentiel des droits*” inerente alla cittadinanza dell'Unione. – 10. Il contributo alla determinazione dell'“*essentiel des droits*” di cui al paragrafo precedente venuto dalla sentenza *McCarthy*. – 11. Il principio espresso in *Zambrano*, le posizioni che la Corte ha preso nelle sentenze *Garcia Avello*, *Grunkin Paul* e *Rottman* e quella che potrà ulteriormente prendere in futuro. – 12. Le ragioni che ridimensionano l'apparente contrasto della sentenza *Zambrano* con le direttive 2003/109/CE e 90/364/CE.

1. L'importante pronuncia che la Corte di giustizia ha reso nel caso *Zambrano*<sup>1</sup> ha già costituito oggetto di vari commenti. È significativo che il più ampio tra questi, pubblicato nell'ultimo numero di questa *Rivista*, nonostante sia molto accurato, non pretenda di fornire una lettura compiuta, ma, come risulta dalla sua intitolazione<sup>2</sup>, ponga un interrogativo: evidenzia la necessità di stabilire su quale

<sup>1</sup> Sentenza dell'8 marzo 2011, causa C-34/09, *Zambrano*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

<sup>2</sup> Cfr. R. PALLADINO, *Il diritto di soggiorno nel “proprio” Stato membro quale (nuovo) corollario della cittadinanza europea?*, in questa *Rivista*, 2011, p. 331 ss. Sulla sentenza v., inoltre, M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONNAT, *Chronique de jurisprudence de la CJUE. Citoyenneté de l'Union*, in *L'actualité juridique droit administratif*, 2011, p. 1007 s.; C. BOUTAYEB, A. RACCAH, *Le bénéfice du regroupement familial élargi aux parents étrangers d'enfants citoyens de l'Union*, in *Revue de droit sanitaire et social*, 2011, p. 449 ss.; J. CAVALLINI, *Portée de la citoyenneté européenne*, in *La Semaine Juridique – Social*, 2011, nn. 16-17, p. 25 ss.; P. CORNELOUP, *Citoyenneté européenne: la Cour de justice apporte une nouvelle pierre à son édifice*, in *Recueil Le Dalloz*, 2011, p. 1325 ss.; R.

base ed in qual senso tale sentenza abbia riconosciuto ad un cittadino di un Paese terzo padre di due figli in tenera età, cittadini di uno Stato membro, un diritto ad ottenere in questo Stato un permesso di soggiorno ed un permesso di lavoro.

A tale interrogativo conviene dare un seguito, innanzitutto, perché interessa rilevantemente la ripartizione delle competenze degli Stati membri e dell'Unione europea in materia di cittadinanza e, particolarmente, di immigrazione; è poi opportuno verificare la risposta che, a tale interrogativo, in detto commento si prospetta, sia pure problematicamente, con l'affermazione che la sentenza *appare* configurare un diritto di soggiorno come un diritto attribuito a quel genitore in quanto diritto derivato da un diritto attribuito ai suoi figli in ragione del loro *status* di cittadini dell'Unione, autonomamente dalla loro circolazione da uno Stato membro dell'Unione a un altro.

Per procedere a tale verifica è opportuno partire dalle posizioni della Corte in materia di cittadinanza su cui questa nuova sentenza si colloca costituendone il *background* e, alla luce di una sua tale collocazione, considerare quali conseguenze da essa possono discendere.

2. Nel caso *Zambrano* si era in presenza di due minori, figli di cittadini della Colombia sprovvisti di permesso di residenza in Belgio, che di questo Paese avevano acquisito la cittadinanza in quanto i loro genitori avevano volontariamente omesso di denunciarli all'ambasciata del loro Paese nei termini di tempo utili per ottenere la cittadinanza della Colombia e lo Stato belga, al fine di limitare i casi di apolidia, attribuiva la propria cittadinanza ai nati nel proprio territorio sprovvisti della cittadinanza di un altro Paese.

Il problema che si poneva nel caso era pervenuto alla considerazione della Corte di giustizia nel quadro di una procedura pregiudiziale perché quei due minori, acquisendo la cittadinanza belga, avevano acquisito automaticamente la cittadinanza dell'Unione e sulla base di questa era stato invocato per loro un diritto di soggiorno in Belgio prescindente dall'esercizio della libertà di circolazione da parte dei membri della famiglia. Sulla base dell'invocazione di un tale diritto il loro genitore chiedeva che gli fosse concesso un permesso di lavoro. A seguito di un rigetto di tale richiesta il signor Ruiz Zambrano ricorreva al

---

DE MEO, *Status di cittadino europeo del figlio e diritto derivato di soggiorno del genitore*, in *Giur. it.*, 2011, p. 763 s.; R. GRAND, *Consécration d'un droit de séjour européen indépendant de la libre circulation*, in *L'actualité juridique droit administratif*, 2011, p. 38 s.; K. HAILBRONNER, D. THYM, *Case C-34/09, Gerardo Ruiz Zambrano v. Office National de l'emploi (ONEm), Judgment of the Court of Justice (Grand Chamber) of 8 March 2011*, in *CML Rev.*, 2011, p. 1253 ss.; A. HINAREJOS, *Extending Citizenship and the Scope of EU Law*, in *Cambridge LJ*, 2011, p. 309 ss.; M. HOUSER, *De la lutte contre les discriminations à rebours à la protection des droits fondamentaux par l'Union européenne. Le pas est presque franchi, mais...*, in *L'actualité juridique droit administratif*, 2011, p. 1084 ss.; D. MARTIN, *L'actualité de la jurisprudence européenne et internationale. La Cour de Justice et les situations internes à un Etat membre: vive la révolution?*, in *Revue de jurisprudence sociale*, 2011, p. 450 ss.; F. PICOD, *Reconnaissance d'un droit de séjour à un ressortissant colombien père de deux enfants devenus citoyens de l'Union*, in *La Semaine Juridique – Édition générale*, 2011, nn. 11-12, p. 543; A. RIGAUX, *Article 20 TFUE*, in *Europe*, may 2011, p. 12 s.

Tribunale del lavoro di Bruxelles, il quale, a sua volta, sollevava una questione pregiudiziale ai sensi dell'attuale art. 267 TFUE.

Di fronte alla Corte di giustizia tutti gli Stati membri intervenuti in giudizio e la Commissione si erano sostanzialmente associati al Belgio, che aveva sollevato anche una questione di irricevibilità della questione pregiudiziale, sostenendo che i due bambini risiedevano nello Stato membro di cui avevano la cittadinanza e non avevano mai lasciato il territorio di quello Stato e che quindi il caso era un caso puramente interno.

3. Argomenti dello stesso tipo erano stati avanzati dagli Stati membri e dalla Commissione nel precedente caso *Rottman*<sup>3</sup> su cui la Corte di giustizia si è pronunciata dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, con riferimento ad un provvedimento del Land della Baviera non ancora definitivo che aveva ad oggetto la revoca della naturalizzazione di una persona, trasferitasi dall'Austria in Germania e già provvista della cittadinanza del primo Paese, adottato considerando che quella naturalizzazione fosse stata ottenuta fraudolentemente.

La revoca della naturalizzazione tedesca avrebbe determinato, per quella persona, la perdita della cittadinanza dell'Unione in quanto in Austria l'acquisto di una cittadinanza di un altro Paese fa automaticamente decadere da quella austriaca. Il Bundesverwaltungsgericht, allora, con una richiesta di pronuncia pregiudiziale, ha domandato alla Corte di giustizia se il diritto comunitario osti ad un provvedimento di uno Stato membro di revoca di una naturalizzazione come suo cittadino che conduca alla perdita della cittadinanza dell'Unione europea (e dei diritti e delle libertà fondamentali ad essi associati) e ad una situazione di apolidia dell'interessato per mancata reviviscenza della cittadinanza di un altro Stato membro di cui era originariamente provvisto.

Non vi è dubbio che le due posizioni in cui nel tempo si è venuto a trovare il *Rottman* – l'acquisizione della cittadinanza tedesca con perdita di quella austriaca e poi la prospettiva di perdita della prima – si sono innestate sull'esercizio della libertà di circolazione e di soggiorno di cui godeva in qualità di cittadino austriaco. È stato sulla base di ciò che l'Avvocato generale Maduro, nelle sue conclusioni nel caso<sup>4</sup>, ha ritenuto che si dovesse respingere l'obiezione sollevata da alcuni Stati membri e dalla Commissione, secondo cui la situazione di quella persona, avendo una dimensione puramente interna, non sarebbe rientrata nell'ambito di applicazione del diritto comunitario e il rinvio pregiudiziale sarebbe stato irricevibile<sup>5</sup>: ancorché l'acquisto e la perdita della cittadinanza di

---

<sup>3</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Rottmann*, *Raccolta*, p. I-1449 ss.

<sup>4</sup> Conclusioni del 30 settembre 2009, causa C-135/08, *Rottmann*, cit.

<sup>5</sup> Per un caso in cui la Corte ha ritenuto di essere in presenza di una situazione puramente interna e quindi irrilevante per il diritto dell'Unione cfr. la sentenza della Corte di giustizia del 23 settembre 2008, causa C-427/06, *Bartsch*, in *Raccolta*, p. I-7245. Su di essa cfr. K. LENAERTS, J. GUTIERREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of Law*, in *CML Rev.*, 2010, p. 1642 ss.

uno Stato membro ricadano nella competenza esclusiva di quest'ultimo, a suo avviso sussisteva una dimensione transfrontaliera – e quindi un collegamento con il diritto comunitario – della situazione portata all'attenzione della Corte e perciò sussistevano i presupposti per l'applicazione del principio secondo cui l'esercizio di tale competenza deve avvenire nel rispetto del diritto dell'Unione.

La Corte, per quanto riguarda la ricevibilità della richiesta di pronuncia pregiudiziale tedesca, è arrivata allo stesso risultato affermando che spetta ad essa pronunciarsi sulle questioni sollevate dal giudice del rinvio<sup>6</sup>; lo ha fatto, però, sulla base di una diversa identificazione del collegamento con il diritto comunitario del caso di specie. Non ha attribuito rilievo a quanto occorso prima della naturalizzazione (non prendendo in considerazione l'esercizio della libertà di circolazione che ha portato Rottman a spostarsi dall'Austria alla Germania). Ha invece ritenuto che il collegamento con il diritto comunitario della situazione fosse costituito dal fatto che il provvedimento di revoca della cittadinanza tedesca era destinato ad incidere negativamente sullo *status* giuridico di cittadino dell'Unione del sig. Rottman che questi avrebbe perso in ragione a) del fatto che la perdita della cittadinanza tedesca si sarebbe aggiunta alla perdita di quella austriaca e b) del non automatico riacquisto di quest'ultima.

**4.** Il fatto che sia l'Avvocato generale che la Corte di giustizia abbiano ritenuto ricevibile la richiesta di pronuncia pregiudiziale avanzata dal Bundesverwaltungsgericht non riduce l'importanza della differenza del ragionamento e delle posizioni da essi prese per arrivare a tale risultato.

Tale differenza merita di essere attentamente considerata in quanto a) attiene ad un problema fondamentale relativo non solo all'esercizio delle funzioni dei giudici comunitari ma, prima ancora, alla determinazione dell'ambito di applicazione del diritto comunitario rispetto a quello del diritto degli Stati membri e b) si ricollega alle discussioni tanto vivacemente intervenute sull'applicazione del principio delle competenze di attribuzione<sup>7</sup>.

Come visto, l'Avvocato generale Maduro ha attribuito rilievo al fatto che il provvedimento di naturalizzazione del sig. Rottman e quello destinato a dare luogo ad una sua successiva revoca si siano determinati in continuità con l'esercizio della libertà di circolazione che questi ha esercitato trasferendosi dall'Austria alla Germania. Ciò facendo ha potuto, senza bisogno di alcuna particolare argomentazione, ritenere che nella situazione sottoposta all'attenzione della Corte sussistesse quel collegamento con il diritto comunitario che è generalmente ritenuto necessario per la sua applicazione perché tale situazione presentava un carattere inequivocabilmente transfrontaliero.

La Corte, invece, trascurando quanto accaduto prima della naturalizzazione, ha ritenuto che la situazione giuridica di una persona, anche se determinata da un atto posto in essere da uno Stato membro nel quadro dell'esercizio di una sua compe-

<sup>6</sup> Sentenza *Rottman*, cit., punto 46.

<sup>7</sup> Al riguardo cfr. Pi. MENGOSZI, *Il principio personalista nel diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010.

tenza esclusiva, può assumere rilievo per l'ordinamento comunitario anche a prescindere dal fatto che presenti un carattere transfrontaliero. Ha considerato decisivo che quella persona fosse stata interessata da una misura di uno Stato membro che, per la sua natura e per le sue conseguenze, era destinata ad incidere negativamente su un suo *status* giuridico comunitario e sui diritti da esso derivanti<sup>8</sup>.

5. La Corte non ha certo espresso quest'idea per la prima volta: l'aveva già concretamente applicata nelle pronunce adottate nei casi *Garcia Avello*<sup>9</sup> e *Zhu e Chen*<sup>10</sup>. Lo ha rilevato l'Avvocato generale Sharpston nelle conclusioni presentate nel caso *Zambrano*<sup>11</sup>, mettendo in evidenza che sia nell'un caso che nell'altro si pretendeva che il diritto comunitario non trovasse applicazione in quanto si assumeva che si trattasse di situazioni puramente interne: nel primo caso si poneva il problema di accertare la conformità con il diritto comunitario di un provvedimento belga di rifiuto di riconoscere a due minori bipolidi, aventi la cittadinanza della Spagna e del Belgio, il cognome loro attribuito dal primo Paese in una situazione che li caratterizzava per il fatto di essere nati in Belgio e di non essersi mai mossi da tale Paese. Nel secondo caso lo stesso problema si poneva con riferimento ad un rifiuto di permesso di soggiorno nel Regno Unito di una minore che era nata in una zona di tale Paese (l'Irlanda del Nord) e che, spostatasi semplicemente all'interno del Regno Unito, richiedeva tale permesso per sé e per la madre invocando la cittadinanza dell'Unione che le derivava dalla cittadinanza dell'Irlanda attribuitale per il fatto di essere nata, come detto, nell'Irlanda del Nord.

In dette conclusioni si sottolinea che in tali due pronunce, l'elemento di una vera e propria circolazione delle persone da un Paese membro ad un altro era appena percepibile o del tutto inesistente; e ciò nonostante la Corte ha ritenuto applicabile il diritto dell'Unione e ricevibile la richiesta pregiudiziale avanzata. E, sempre in dette conclusioni, si aggiunge che, nel caso *Rottman*, la Corte si è posta in un filo di continuità con tali due pronunce ritenendo di scostarsi dalle conclusioni dell'Avvocato generale (che, come visto, aveva ricondotto l'applicabilità del diritto comunitario al fatto che la naturalizzazione e la sua revoca erano seguiti allo spostamento del *Rottman* dall'Austria alla Germania) e di poter considerare il diritto comunitario applicabile in ragione delle conseguenze negative che il provvedimento di revoca entrante in considerazione nel caso avrebbe avuto sulla cittadinanza dell'Unione.

Dal fatto che da dette pronunce emerge un orientamento della Corte a considerare che il diritto dell'Unione possa trovare applicazione in situazioni regolate dal diritto di uno Stato membro anche in assenza di circolazione di una persona da uno Stato membro ad un altro, in quelle conclusioni, si trae ragione per considerare infondata l'osservazione di irricevibilità della richiesta pregiudiziale che nel caso

---

<sup>8</sup> Cfr. sentenza *Rottman*, cit., punti 41 e 42.

<sup>9</sup> Sentenza del 2 ottobre 2003, causa C-14/8/02, *Garcia Avello*, *Raccolta*, p. I-11613 ss.

<sup>10</sup> Sentenza del 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Zhu e Chen*, *Raccolta*, p. I-9925 ss.

<sup>11</sup> Conclusioni del 30 settembre 2010, causa C-34/09, *Zambrano*, cit.

*Zambrano* le autorità belghe avanzavano sostenendo il carattere puramente interno della situazione in esso considerata (queste autorità rilevavano in particolare che nella procedura principale i ricorrenti avevano impugnato un rifiuto di un permesso di soggiorno ad un cittadino di uno Stato terzo padre di minori a cui la legge belga aveva attribuito la cittadinanza del Belgio in ragione della loro nascita nel territorio di questo Paese e che in alcun modo avevano esercitato o si profilava dovessero esercitare le libertà previste dal diritto comunitario).

Ora, non si possono non evidenziare gli elementi che, al di là delle apparenze, sono stati in realtà decisivi perché la Corte ritenesse applicabile il diritto comunitario nei casi *Garcia Avello* e *Zhu e Chen*.

Nel primo di detti due casi la Corte ha ritenuto che il diritto comunitario potesse entrare in linea di conto, per una ragione ben precisa. Ha potuto applicare il principio di non discriminazione sulla base della nazionalità per considerare incompatibile con il diritto comunitario il provvedimento belga sottoposto alla sua considerazione in quanto trattava in modo eguale (possibilità di portare solo un cognome) cittadini trovantisi in situazioni diseguali (cittadini provvisti solo della cittadinanza belga e cittadini provvisti di doppia cittadinanza, belga e spagnola): si era in presenza di una situazione che, anche se non era suscettibile di interessare attualmente ed immediatamente la libertà di circolazione dei minori in questione, era in modo serio potenzialmente suscettibile di incidere su di essa dato che era inequivoco che la famiglia a cui appartenevano i due minori era destinata a spostarsi periodicamente dal Belgio alla Spagna e la diversità di cognomi che il provvedimento belga lasciava sussistere era “tale da generare [in futuro] per gli interessati seri inconvenienti di ordine tanto professionale quanto privato, derivanti, in particolare, dalle difficoltà di fruire, in uno Stato membro di cui hanno la cittadinanza, degli effetti giuridici di atti o di documenti redatti con il cognome riconosciuto nell’altro Stato membro del quale possiedono la cittadinanza”<sup>12</sup>.

Nel caso *Zhu e Chen* si era in presenza di una minore che, se è vero che non si era mai spostata dal Regno Unito, si trovava in questo Paese avendo la cittadinanza irlandese: la sua situazione ricadeva nell’ambito di applicazione del diritto comunitario perché in quanto cittadina dell’Unione poteva fare valere il diritto a stabilirsi nel primo Paese – come Paese membro diverso da un altro Paese membro di cui era cittadina – e la negazione ad essa ed alla madre di un permesso di soggiorno in tale Paese incideva negativamente su tale diritto.

Nel caso *Rottman*, la Corte ha ritenuto che la revoca della naturalizzazione tedesca ricadesse nell’ambito di applicazione del diritto comunitario, e quindi nella sua giurisdizione, perché incideva negativamente sulla cittadinanza dell’Unione del sig. Rottman e sui diritti che essa implica<sup>13</sup>. La situazione non era,

<sup>12</sup> Sentenza *Garcia Avello*, cit., punto 36.

<sup>13</sup> Per un’anticipazione sul piano dottrinale di una sottoponibilità al controllo giurisdizionale della Corte di giustizia di una revoca della cittadinanza di uno Stato membro in ragione delle sue ripercussioni sui diritti discendenti dalla cittadinanza dell’Unione cfr. G. R. DE GROOT, *Towards a European Nationality Law*, in *Electronic Journal of Comparative Law*, 2004, p. 14, nota 68 ([www.ejcl.org](http://www.ejcl.org), reperibile *on line*).



perciò, dissimile da quella presentatasi nei casi *Garcia Avello* e *Zhu e Chen*. Conseguenza ne è che la pronuncia *Rottman* si aggiunge alle altre due per confermare e non per superare la tradizionale giurisprudenza secondo cui la Corte di giustizia è competente a pronunciare sentenze pregiudiziali, e il diritto comunitario è applicabile, in presenza di misure nazionali che incidano negativamente su diritti attribuiti ai singoli dal diritto dell'Unione.

6. Con riferimento al caso *Rottman*, la Corte era richiesta dal giudice del rinvio di precisare la portata di quanto contenuto nella sentenza *Micheletti*<sup>14</sup>, secondo cui, come già indicato, gli Stati membri devono esercitare la propria competenza in materia di cittadinanza nel rispetto del diritto comunitario. L'Avvocato generale Maduro, nelle sue conclusioni, è partito dalla considerazione che la cittadinanza dell'Unione, pur essendo connessa con la cittadinanza di uno Stato membro, è rispetto a quest'ultima autonoma; ne ha tratto la conseguenza che la prima è produttiva di diritti ed obblighi comunitari costituenti un insieme che non può essere limitato ingiustificatamente dall'esercizio della competenza che uno Stato membro ha di disciplinare la cittadinanza che esso attribuisce ai singoli<sup>15</sup>.

A suo avviso ciò non può però condurre a ritenere che tale Stato membro si trovi nell'impossibilità assoluta di revocare la cittadinanza ad una persona quando questo comporti la perdita della cittadinanza dell'Unione: impossibilità, questa, che può verificarsi solo quando essa risulti, oltre che da principi generali del diritto, dalla necessità di tutelare i diritti fondamentali, da qualsiasi norma dell'ordinamento giuridico comunitario e da norme di diritto internazionale cui la Comunità europea (oggi l'Unione europea) sia soggetta. Al riguardo ha richiamato particolarmente la Convenzione sui casi di apolidia del 30 agosto 1961 e la Convenzione europea sulla nazionalità adottata il 6 novembre 1997 dal Consiglio d'Europa, le quali stabiliscono il principio secondo cui l'apolidia deve essere evitata; ha rilevato, però, che tali convenzioni, in via di eccezione, autorizzano gli Stati a revocare ad un individuo la cittadinanza, quando essa sia stata acquisita con operazioni fraudolente o sulla base di false informazioni, anche nel caso in cui tale revoca ne comporti l'apolidia.

La Corte, tenendo conto dei dati evidenziati dall'Avvocato generale Poiares Maduro, ha ritenuto che, in via di principio, una decisione di revoca di una naturalizzazione ottenuta sulla base di atti fraudolenti "potrebbe risultare conforme al diritto dell'Unione" nonostante essa, divenendo definitiva, faccia perdere all'interessato, oltre alla cittadinanza dello Stato membro di naturalizzazione, la cittadinanza dell'Unione<sup>16</sup>. Ha, tuttavia, affermato che una conclusione al

---

<sup>14</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 7 luglio 1992, causa C-369/90, *Micheletti*, *Raccolta*, p. I-4239, punto 10.

<sup>15</sup> Conclusioni *Rottman*, cit., punto 23.

<sup>16</sup> Sentenza *Rottman*, cit., punto 50. Per un'osservazione secondo cui le autorità tedesche, data la circostanza del caso di specie, hanno adottato il provvedimento in questione "en conformité de principe" con il diritto dell'Unione cfr. M. AUBERT, E. BROUSSY, F. DONNAT, *La perte de la nationalité d'un Etat membre peut entraîner la perte de la citoyenneté de l'Union*, in *L'actualité juri-*

riguardo spetta al giudice nazionale e che questi, a tal fine, deve verificare se una tale revoca rispetti il principio di proporzionalità per quanto riguarda le conseguenze che essa determina sulla situazione dell'interessato<sup>17</sup>.

A questo modo, in senso innovativo, la Corte ha precisato che questo principio, in quanto principio generale del diritto dell'Unione, è destinato a trovare applicazione come un limite all'adozione di misure da parte di uno Stato membro non solo quando queste siano adottate per il perseguimento di un obiettivo a cui tale Stato sia obbligato ai sensi dei Trattati, di un atto o di un principio dell'Unione, ma anche quando le stesse misure, pur essendo poste in essere nel quadro dell'esercizio di una competenza esclusiva statale, incidano negativamente su uno *status* e sui diritti che il diritto dell'Unione attribuisce alle persone.

7. La Corte ha poi arricchito rilevantemente questa precisazione, già di per sé importante, nonostante che, con un atteggiamento di apparente deferenza nei confronti del giudice del rinvio, abbia affermato che spetta ad esso verificare se la decisione della Baviera rispetti il principio di proporzionalità: ha, innanzitutto, dettagliatamente indicato gli specifici elementi di cui il giudice nazionale, in tale verifica, deve tener conto individuandoli a) nelle possibili conseguenze che la revoca della naturalizzazione comporta per l'interessato e per i suoi familiari, b) nella gravità dell'infrazione commessa, c) nel tempo trascorso tra la decisione di naturalizzazione e la decisione di revoca e d) nella possibilità per l'interessato di recuperare la propria cittadinanza d'origine. Ha, poi, specificato che lo stesso giudice nazionale deve valutare se, alla luce di detti elementi, "il rispetto del principio di proporzionalità esiga che, prima che una siffatta decisione di revoca della naturalizzazione divenga efficace, venga concesso all'interessato un termine ragionevole affinché egli possa tentare di recuperare la cittadinanza del suo Stato membro di origine"<sup>18</sup>.

Queste indicazioni vanno ben oltre la concretizzazione del criterio generale che, per l'applicazione del principio di proporzionalità, la tradizionale giurisprudenza

---

*dique droit administratif*, 2010, p. 938. Per un rilievo secondo cui, con questo atteggiamento di considerare, in principio, il procedimento tedesco legittimo, la Corte "si è interamente sbilanciata a favore del principio di sovranità" e col rinvio fatto al giudice nazionale per stabilire la proporzionalità dello stesso è apparsa "un po' pilatesca" ed ha "perso un'opportunità per meglio definire [essa stessa] i rapporti tra cittadinanza nazionale e cittadinanza europea" cfr. F. FABBRINI, *La Corte di giustizia europea e la cittadinanza dell'Unione*, in *G. dir. amm.*, 2010, p. 708 ss. Per una sottolineatura del fatto che la Corte abbia legato la qualificazione come un principio legittimo della revoca intervenuta nel caso di specie con l'affermazione che "è legittimo che uno Stato membro voglia proteggere il particolare rapporto di solidarietà e di lealtà tra esso e i propri cittadini nonché la reciprocità di diritti e di doveri, che stanno alla base del vincolo di cittadinanza" cfr. M. CASTELLANETA, *Lo Stato deve valutare gli effetti sul cittadino del provvedimento di revoca della naturalizzazione*, in *Guida al diritto*, 2010, n. 15, p. 99.

<sup>17</sup> Sentenza *Rottman*, cit., punto 55. Per un'ampia analisi dell'atteggiamento che la Corte ha assunto al riguardo cfr. C. MORVIDUCCI, *I diritti dei cittadini europei*, Torino, 2010, p. 36 ss. Sull'argomento cfr., altresì, R. CAFARI PANICO, *La cittadinanza dell'Unione europea e il federalismo fiscale*, in M. C. BARUFFI (a cura di), *Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo*, Padova, 2010, p. 50, nota 65.

<sup>18</sup> Sentenza *Rottman*, cit., punto 58.

della Corte ha ritenuto debba essere utilizzato con riferimento ad atti delle istituzioni comunitarie ma che è estendibile anche ad atti degli Stati membri *di rilievo comunitario*. Secondo tale tradizionale criterio il principio in questione “richiede che gli atti delle istituzioni comunitarie non superino i limiti di ciò che è idoneo e necessario per il conseguimento degli scopi legittimamente perseguiti dalla normativa di cui trattasi, fermo restando che, qualora sia possibile una scelta tra più misure appropriate, si deve ricorrere alla meno restrittiva e che gli inconvenienti causati non devono essere sproporzionati rispetto agli scopi perseguiti”<sup>19</sup>. Tale criterio impone solo un limite all’esercizio di una competenza *a priori* esistente.

L’applicazione che del principio di proporzionalità, invece, la Corte ha fatto nella sentenza *Rottmann* ha dato luogo *ex novo* ad un obbligo prima inesistente o, comunque, estraneo ad una tradizione che vedeva l’attribuzione e la revoca della cittadinanza come ricadenti nella sovranità, e quindi nella competenza esclusiva di ciascuno Stato membro.

L’applicazione che essa ha fatto del principio in questione è frutto di un’ibridazione di quel principio con due altri principi: un primo, condizionante l’operare del principio delle competenze di attribuzione, secondo cui anche l’esercizio di competenze esclusive degli Stati membri deve avere luogo in modo rispettoso del diritto dell’Unione e dei diritti da esso attribuiti ai singoli; un secondo, più innovativo, ispirato all’idea di cooperazione ed allo spirito di mutua fiducia, impegnante uno Stato membro, che intenda revocare la naturalizzazione di un cittadino di un altro Stato membro il quale, per effetto di tale naturalizzazione, abbia perso la cittadinanza dello Stato di origine, a concedere ad esso un termine ragionevole affinché possa tentare di recuperare tale cittadinanza.

La Corte di giustizia ammette, a questo modo, sì, in via di principio, che gli Stati membri restano competenti a concedere ed a revocare la naturalizzazione; ma, facendo perno sulle conseguenze che l’esercizio di tale competenza può avere in termini di perdita della cittadinanza dell’Unione, impone suoi propri criteri circa il modo in cui essi, attraverso i propri giudici, devono assicurare il corretto esercizio di tale competenza. Affermando che la revoca della naturalizzazione di una persona da parte di uno Stato membro può incidere negativamente sulla cittadinanza dell’Unione di quella persona solo in modo proporzionato all’interesse legittimo degli Stati a sanzionare frodi in materia di acquisto della loro nazionalità, indica in modo molto puntuale i criteri sulla base dei quali i giudici nazionali hanno l’obbligo di accertare che tali criteri siano rispettati<sup>20</sup>.

---

<sup>19</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 12 marzo 2002, cause riunite C-27 e 122/00, *Omega Air*, *Raccolta*, p. I-2569, punto 62.

<sup>20</sup> Non si può non notare che la Corte, pur utilizzando criteri che abitualmente usa per giustificare misure d’uno Stato membro che costituiscano un principio illegittimo o concretino una restrizione all’esercizio di libertà garantite dal diritto dell’Unione (i criteri costituiti dalla legittimità dell’obiettivo perseguito dallo Stato, dalla necessità della misura esaminata e dalla sua proporzionalità rispetto all’obiettivo perseguito), ha indicato al giudice nazionale di seguire tali criteri non a tale titolo. La sfumatura deve essere sottolineata in quanto è segno evidente del fatto che la Corte si è resa conto della delicatezza del problema sottopostole e dell’opportunità di bilanciare con il tono *soft* usato il carattere avanzato – se non addirittura invasivo – delle indicazioni che ha impegnato il

Non si può non rilevare che con questa nuova sentenza la Corte è venuta a dare, anche al di là di quanto prima si potesse prevedere, ulteriore concreta consistenza al principio già più volte affermato (sin dalla sentenza *Grzelczyk*<sup>21</sup>) secondo cui la cittadinanza dell'Unione costituisce lo statuto fondamentale dei cittadini degli Stati membri. A tanto, però, è potuta arrivare in quanto ha innestato nell'applicazione del principio di proporzionalità il modo in cui tradizionalmente coordina il rispetto del principio delle competenze di attribuzione (e quindi della sovranità degli Stati membri) con quello del rispetto del diritto dell'Unione europea e con quelli di cooperazione e di mutua fiducia: lo ha fatto ritenendo che la Baviera nel suo esercizio del potere di revocare una naturalizzazione potesse eccezionalmente incidere su una situazione individuale risultante dal diritto dell'Unione in quanto abilitata da questo a farlo, e lo potesse peraltro fare solo rispettando il principio di proporzionalità inteso nel modo sopra indicato.

8. Come visto sopra, nelle conclusioni che sono state presentate nel caso *Zambrano* si è proposto alla Corte di decidere che la questione sottoposta era ricevibile, che essa – come quella rivolta nel caso *Rottman* – non riguardava un problema puramente interno e che doveva essere risolta nel senso di ritenere le misure adottate dalle autorità belghe incompatibili con il diritto dell'Unione.

In tali conclusioni si è proposto tutto questo ritenendo, in via principale, che la Corte dovesse assimilare il caso in cui si doveva pronunciare al caso *Rottman*. Ciò perché il diniego di un permesso di soggiorno al cittadino di uno Stato terzo, padre di bambini in tenera età cittadini dell'Unione, avrebbe aperto la prospettiva di una necessità per tutta la famiglia di dover lasciare il territorio comunitario, con la conseguenza di porre, “in pratica”, quei fanciulli “in una situazione idonea a cagionare il venir meno dello status conferito [loro dalla cittadinanza dell'Unione] e dei diritti ad esso correlati”<sup>22</sup>.

Non si può non rilevare come, non a caso, detta posizione sia caratterizzata dalla precisazione che quei due fanciulli si trovavano solo “in pratica” in detta situazione, in una situazione cioè assimilabile a quella determinata dalla revoca della naturalizzazione effettuata dalle autorità tedesche nei confronti del sig. Rottman. In realtà tra le due situazioni vi è una rilevante differenza in quanto nel caso *Rottman* la misura tedesca della cui compatibilità con il diritto comunitario si discuteva era destinata inequivocabilmente a fare venir meno lo status di cittadino dell'Unione di una persona; nel caso *Zambrano*, invece, lo status di cittadini

---

giudice nazionale a seguire. Per un analogo rinvio cfr. M. E. BARTOLONI, *Competenza degli Stati in materia di cittadinanza e limiti posti dal diritto dell'Unione europea: il caso Rottman*, in *DUDI*, 2010, p. 428 secondo cui, nel caso *Rottman*, la Corte di giustizia non avrebbe indicato al giudice del rinvio di applicare il principio di proporzionalità “per accertare la conformità del provvedimento nazionale [di revoca] con i trattati, che già risulterebbe tale”; essa l'avrebbe impegnato a valutare, sulla base di tale principio, se tale misura, “pur costituendo un esercizio legittimo di sovranità da parte dello Stato anche alla luce del diritto dell'Unione, comporti conseguenze troppo pesanti sulla sfera delle posizioni soggettive derivanti dallo status di cittadino europeo”.

<sup>21</sup> Sentenza del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Grzelczyk*, *Raccolta*, p. I-6193.

<sup>22</sup> Conclusioni *Zambrano*, cit., punto 95.

dell'Unione dei figli del sig. Zambrano, per l'ipotesi paventata di una necessità di tutta la sua famiglia di lasciare il territorio comunitario, non era in questione.

È per questo che per sostenere un diritto derivato di quel padre di famiglia ad ottenere i provvedimenti da esso richiesti alle autorità belghe, sempre in dette conclusioni, a) si integra l'invocazione del precedente *Rottman* con l'assunzione che un tale suo diritto trovi fondamento come un diritto derivato dal diritto di soggiorno che si sostiene sia attribuito ai suoi figli in ragione di una possibilità per essi di invocare ovunque (anche nello Stato membro di cui hanno la cittadinanza) i diritti fondamentali sanciti a loro favore dal diritto dell'Unione<sup>23</sup> e b) lo si configura come un diritto fondamentale tutelato dal diritto dell'Unione indipendentemente dal diritto di circolazione tra gli Stati membri.

L'argomento non manca certo di suggestione anche perché è accompagnato dal rilievo secondo cui sarebbe assurdo che i figli del sig. Zambrano potessero vantare un diritto di soggiorno in Belgio ed ivi invocare la tutela di diritti fondamentali in forza del diritto dell'Unione – e di conseguenza potesse invocare un diritto di soggiorno derivato il loro padre – ove essi fossero stati portati in gita in Francia o nel Regno Unito e non potessero invocare un pari diritto in assenza di una così poco consistente circostanza.

La Corte di giustizia, con la sentenza resa nel caso *Zambrano*, non ha mancato di prestare attenzione a tale osservazione. Si tratta però di chiarire in che senso e in quale misura lo ha fatto.

9. Nell'articolo che contiene il commento da cui queste mie note prendono le mosse, come già sopra indicato, si ritiene che la Corte abbia prestato attenzione a dette osservazioni affermando che la sentenza in questione *appare* riconoscere al sig. Zambrano un diritto ad ottenere in Belgio un permesso di soggiorno e un permesso di lavoro come derivati da un diritto di soggiorno attribuito ai suoi figli in ragione del loro *status* di cittadini dell'Unione indipendentemente dalla loro circolazione da uno Stato membro dell'Unione ad un altro. Si considera rilevante la consistenza di tale *apparenza* per la generale evoluzione della Corte in senso personalista che l'avrebbe condotta a ritenere la soluzione accolta come dettata dalla necessità di evitare di privare di qualsiasi effetto utile il diritto di soggiorno dei minori cittadini dell'Unione in analogia a quanto fatto per la minore cinese nella sentenza *Zhu e Chen*<sup>24</sup>.

Quanto così sostenuto in detto articolo, mentre è condivisibile per quanto riguarda la rilevazione dell'approccio personalista che ha caratterizzato la presa di posizione della Corte in entrambi i casi – *Zambrano* e *Zhu e Chen* –, non lo può

---

<sup>23</sup> Sul carattere autonomo e più ampio che la categoria dei diritti fondamentali tutelati dall'ordinamento dell'Unione e dai suoi organi giurisdizionali presenta rispetto a quella dei diritti fondamentali garantiti da strumenti internazionali a cui il diritto dell'Unione presta attenzione per farli propri, cfr. Pa. MENGOZZI, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDU*, in *DUE*, 2010, p. 236 ss. A tale scritto mi permetto di fare riferimento anche per quanto riguarda i problemi di bilanciamento che tra tutti detti diritti fondamentali si pongono.

<sup>24</sup> Cfr. R. PALLADINO, *op. cit.*, p. 351.

essere per quanto riguarda l'analogia che presenterebbero le relative sentenze. Ciò per la ragione che, come sopra ho indicato, nel caso *Zhu e Chen*, a differenza di quanto occorso in *Zambrano*, il diritto di soggiorno veniva invocato in uno Stato membro a favore di una minore provvista della nazionalità di un altro Stato membro e che a questo titolo poteva inequivocabilmente vantare un tale diritto nel primo Stato. Nel caso *Zambrano*, invece, per l'affermazione di un diritto di soggiorno dei figli del ricorrente non esisteva alcun presupposto del genere e la Corte non poteva ignorare drasticamente quanto statuito nella sentenza *Garcia Avello*, e cioè che l'istituzione della cittadinanza dell'Unione non può comportare un ampliamento della "sfera di applicazione *ratione materiae* del Trattato a situazioni nazionali che non abbiano alcun collegamento con il diritto comunitario"<sup>25</sup>.

Proprio per non trascurare drasticamente quanto aveva affermato in *Garcia Avello*, la Corte di giustizia si è limitata a considerare la *situazione particolare* dei due minori che entravano in linea di conto nel caso di specie e a far riferimento alle conseguenze pratiche che, in ragione di detta loro situazione, dalla propria pronuncia potevano determinarsi per essi; dopo aver affermato ancora una volta quanto aveva enunciato nella sentenza *Grzelczyk*, e cioè che la cittadinanza dell'Unione costituisce lo "status fondamentale dei cittadini degli Stati membri", al fine evidente di manifestare l'intenzione di non ampliare "la sfera di applicazione *ratione materiae* del Trattato", ha dato chiaro segno di basarsi su un'interpretazione coordinata degli articoli 20, par. 2, e 25, 2° comma, TFUE.

Dato che ai sensi della seconda disposizione solo il Consiglio, statuendo all'unanimità, dopo approvazione del Parlamento europeo, può adottare delle disposizioni tendenti a completare i diritti enumerati all'art. 20, par. 2 TFUE, ha proceduto ad un'attenta interpretazione di tale disposizione, secondo cui i cittadini dell'Unione godono, *tra l'altro*, della serie di diritti da essa specificamente indicati: l'ha intesa nel senso che lo *status* dei cittadini dell'Unione, mentre è vero che può nel tempo essere arricchito solo attraverso una procedura legislativa particolarmente rigida, è altrettanto vero che non può essere privato di un contenuto utile, e quindi concretamente conculcato, attraverso misure degli Stati membri.

Per questa ragione si deve ritenere che abbia affermato che tale loro *status* deve essere tutelato in modo che il suo "godimento reale ed effettivo" non sia impedito in aspetti che, anche se non coperti da diritti specificamente elencati nell'art. 20, par. 2 TFUE, debbano essere considerati come "l'essentiel des droits" riconducibili allo stesso *status* (costituiscano di esso "the core"); e questo ha fatto, evidentemente considerando che a) misure nazionali che abbiano un siffatto effetto non diano luogo a situazioni puramente interne e, b) di detto "essentiel des droits" facesse nel caso di specie parte il diritto dei minori in tenera età, cittadini dell'U-

<sup>25</sup> Sentenza *Garcia Avello*, cit., punto 26. Cfr. M. C. BARUFFI, *La cittadinanza dell'Unione e i diritti di minori nello spazio giudiziario europeo*, in ID. (a cura di), *op. cit.*, p. 78. Per una riaffermazione forte di quanto statuito nella sentenza *Garcia Avello* cfr. l'ordinanza della Corte di giustizia del 17 marzo 2009, causa C-217/08, *Mariano*, *Raccolta*, p. I-35. Su di essa cfr. D. MARTIN, *La Cour de Justice et les situations internes à un Etat membre: vive la révolution?*, in *Revue de jurisprudence sociale*, 2011, p. 451.



nione, membri della famiglia Zambrano a non perdere quel sostentamento che, nelle circostanze particolari di tale caso, veniva loro soltanto dal genitore.

Ha considerato il diritto di soggiorno e il diritto di ottenere un permesso di lavoro di quel genitore, non come derivato da un diritto di soggiorno autonomo scaturente dallo *status* di cittadini dell'Unione dei figli, ma come funzionale a che non fosse nullificato in concreto questo loro *status* e ad evitare che essi dovessero abbandonare il territorio dell'Unione (abbandono che non sarebbe frutto di una loro libera scelta dato che essi “cannot decide their own fate”<sup>26</sup>).

E, quel che non importa meno di rilevare, desumendoli direttamente dalla cittadinanza dell'Unione dei due figli o, quanto meno, dai “*droits essentiels*” (dal “*substantial core*”) di questa, la Corte ha indicato che il Belgio deve assicurare al genitore il diritto di soggiorno e il permesso di lavoro indipendentemente dalle limitazioni e dalle condizioni a cui l'ordinamento dell'Unione subordina l'ottenimento del diritto di soggiorno dei cittadini dell'Unione, nel quadro dell'esercizio della libertà di circolazione, e dei familiari di cittadini di Stati terzi soggiornanti legittimamente nel territorio dell'Unione<sup>27</sup>.

**10.** La sentenza *Zambrano* ha come conseguenza che il criterio della tutela dei “*droits essentiels*” (del “*substantive core of rights*”) inerenti alla cittadinanza dell'Unione utilizzato dalla Corte, per il carattere di criterio aperto che oggettivamente presenta, è, comunque, atto ad operare ulteriormente per il futuro per allargare l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là di situazioni di tipo transfrontaliero. Ciò, però, non senza limiti. Per questo si pone il problema di determinare in quali casi limiti al suo funzionamento si pongano e in quali no.

Una prima risposta a questo problema nel senso di una puntuale delimitazione dell'ambito di applicazione di tale criterio viene dalla pronuncia resa recentemente dalla Corte di giustizia nel caso *McCarthy*<sup>28</sup>. In questo caso si era in presenza di una cittadina del Regno Unito, beneficiaria di assistenza sociale in questo Paese perché non era in grado di provvedere a se stessa; essa era nel contempo cittadina irlandese ma non aveva mai soggiornato in uno Stato membro diverso dal Regno Unito. La signora McCarthy e il suo coniuge, di nazionalità giamaicana, avevano richiesto alle autorità inglesi un permesso di soggiorno ai sensi del diritto dell'Unione fondandosi sulla cittadinanza dell'Unione della prima e sulla qualità di suo coniuge del secondo. A seguito di un ricorso della

---

<sup>26</sup> Cfr. K. HAILBRONNER, D. THYM, *op. cit.*, p. 1256.

<sup>27</sup> Sul punto, anche per un rilievo circa il contrasto di tale presa di posizione della Corte con il testo dell'art. 79 TFUE risultante dal Trattato di Lisbona (secondo il quale l'Unione sviluppa una politica comune in materia di immigrazione nei confronti dei Paesi terzi intesa, tra l'altro, ad assicurare la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale), cfr. K. HAILBRONNER, D. THYM, *op. cit.*, p. 1260.

<sup>28</sup> Sentenza del 5 maggio 2011, causa C-434/09, *McCarthy*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Su di essa cfr. J. CAVALLINI, *Inapplicabilité du droit de l'Union aux situations purement internes*, in *La Semaine Juridique – Social*, 2011, n. 30, p. 1363; D. SIMON, *La Cour ne se prononce pas sur le mécanisme belge de question incidente de constitutionnalité pour des raisons de compétence*, in *Europe*, may 2011, p. 16 ss.

signora McCarthy contro il rigetto di tale richiesta, la questione della fondatezza della sua pretesa è pervenuta alla Corte Suprema del Regno Unito che ha chiesto alla Corte di giustizia di pronunciarsi al riguardo.

La Corte ha, innanzitutto, osservato, in conformità a quanto sostenuto in *Zambrano*, che il solo fatto che un cittadino dell'Unione non abbia fatto uso del proprio diritto di libera circolazione non fa sì che la situazione che lo riguarda debba essere considerata come una situazione puramente interna; si è poi posto il problema di stabilire se si dovesse considerare che la misura adottata dal Regno Unito avesse l'effetto di privare la signora McCarthy del godimento effettivo de "l'essentiel" dei diritti inerenti al suo statuto di cittadina dell'Unione. Lo ha escluso perché, in fatto, tale misura non poteva incidere sui diritti che una persona che gode dello *status* di cittadino dell'Unione ha e in particolare sul diritto di circolare e di soggiornare liberamente sul territorio degli Stati membri; in particolare, non la conduceva necessariamente a lasciare il territorio dell'Unione.

La risposta così data dalla Corte al quesito postole rileva particolarmente sotto due profili: a) sottolinea il carattere particolare della situazione con riferimento alla quale essa si è espressa nel caso *Zambrano* escludendo che il cittadino di uno Stato terzo non possa ambire ad ottenere un diritto di soggiorno in ragione della cittadinanza dell'Unione di un membro della sua famiglia quando quest'ultimo in alcun modo da esso dipenda per la sua sussistenza; b) implica la non inclusione nei diritti essenziali inerenti alla cittadinanza dell'Unione di un diritto al rispetto della vita familiare e al ricongiungimento familiare in situazioni che non ricadano nell'ambito di applicazione di disposizioni del diritto dell'Unione che lo prevedono espressamente o che non siano assimilabili a quella considerata nel caso *Zambrano*<sup>29</sup>.

**11.** Al di là della limitazione che la sua applicazione incontra in ragione di quanto la Corte ha statuito nel caso *McCarthy*, il criterio "l'essentiel des droits" è destinato ad operare in casi in cui misure nazionali producano effetti analoghi a quelli che ha determinato nel caso *Zambrano*, vale a dire riguardino lo *status* di un cittadino dell'Unione incidendo in senso fortemente negativo sulla sua rilevanza concreta.

Nella stessa pronuncia *McCarthy* e in dottrina, guardando a ritroso la giurisprudenza che ha preceduto la sentenza *Zambrano*, si ritiene che avrebbero potuto essere motivate sulla base di quel criterio prima le sentenze *Garcia Avello* e *Grunkin Paul*<sup>30</sup>, in quanto le misure nazionali ivi considerate avevano un

<sup>29</sup> Per un rilievo nel senso che il rispetto della vita familiare, in quanto previsto dall'art. 8, par. 1, della Convenzione europea dei diritti dell'uomo, costituisce un obbligo degli Stati membri sancito da tale Convenzione con la conseguenza che l'accertamento di una violazione di questo obbligo deve essere accertato dai giudici nazionali sotto il controllo della Corte di Strasburgo, cfr. le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 25 novembre 2010, causa C-434/09, *McCarthy*, cit., punto 60, riprese nella presa di posizione da me presentata il 7 novembre 2011 nella causa C-256/11, *Dereci e al.*, punto 42.

<sup>30</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 14 ottobre 2008, causa C-353/06, *Grunkin Paul*, *Raccolta*, p. I-7639. In questo caso il minore Leonhard Mathias si trasferiva frequentemente dalla Dani-



effetto sufficientemente dissuasivo sull'esercizio in avvenire (*Garcia Avello*) o corrente (*Grunkin Paul*) dei diritti e delle libertà accordati dal diritto comunitario ai minori da esse riguardati; e, poi, la sentenza *Rottman*, dato che la revoca della nazionalità tedesca in essa considerata determinava addirittura la perdita della cittadinanza dell'Unione<sup>31</sup>.

Guardando a casi che potrebbero in futuro presentarsi, si può ragionevolmente ritenere che il criterio in questione potrà trovare applicazione anche laddove la situazione di dipendenza assoluta per il proprio sostentamento da un cittadino di uno Stato terzo si presenti con riferimento, non a un cittadino dell'Unione in bassa età, ma a un cittadino dell'Unione adulto, portatore di handicap, che non abbia modo di provvedere a se stesso.

Il criterio in questione potrà ulteriormente essere applicato in situazioni in cui misure nazionali incidano almeno potenzialmente sull'esercizio dei diritti che l'ordinamento dell'Unione attribuisce a persone provviste della sua cittadinanza con una gravità comparabile a quella datasi nel caso *Zambrano*; in tal senso potrà trovare applicazione a condizione che si tratti di situazioni con riferimento alle quali il suo operare non comporti un arricchimento dello *status* di cittadino dell'Unione di una persona, ma si limiti ad impedire che tale suo *status* perda effetto utile o sia addirittura nullificato.

**12.** Il fatto che cittadini dell'Unione, che non abbiano in alcun modo esercitato né lascino concretamente intravedere una loro prospettiva sicura di esercitare la libertà di circolazione, possano vedere un loro congiunto cittadino di uno Stato terzo beneficiare del trattamento *Zambrano* solo al darsi delle condizioni negative e positive indicate nei due precedenti paragrafi può apparire paradossale. Può sembrare in contrasto con quanto previsto dalla direttiva 2003/109/CE del Consiglio, del 25 novembre 2003, relativa allo status dei cittadini di paesi terzi che siano soggiornanti di lungo periodo<sup>32</sup> e dalla direttiva 90/364/CEE del Consiglio, del 28 giugno 1990, relativa al diritto di soggiorno<sup>33</sup>.

Quest'apparenza deve essere superata, innanzitutto, in quanto dette direttive non riconoscono automaticamente ai membri delle famiglie di tali persone un

---

marca (Paese in cui era nato, viveva e frequentava la scuola) in Germania (Paese di cui era cittadino). I suoi genitori, dato che nel passaporto rilasciatogli in Germania figurava solo il cognome del padre, chiedevano che gli fossero riconosciuti in Germania i cognomi del padre e della madre legittimamente attribuitigli in Danimarca. Pervenuto il caso ai giudici tedeschi e avendo questi chiesto una pronuncia pregiudiziale alla Corte di giustizia, questa ha ritenuto che una tale richiesta dovesse essere soddisfatta perché "il fatto di essere obbligati a portare, nello Stato membro di cui si è cittadini, un cognome differente da quello già attribuito e registrato nello Stato membro di nascita e di residenza è idoneo a ostacolare l'esercizio del diritto a circolare e soggiornare liberamente nel territorio degli Stati membri, sancito dall'art. 18 CE" (cfr., in particolare, il punto 22).

<sup>31</sup> Cfr. sentenza *McCarthy*, cit., punti 51-53, nonché K. HAILBRONNER, D. THYM, *op. cit.*, p. 1257; J. CAVALLINI, *Inapplicabilité du droit de l'Union*, cit., p. 3.

<sup>32</sup> In *GUUE* L 16, 23 gennaio 2004, p. 44 ss.

<sup>33</sup> In *GUCE* L 180, 13 luglio 1990, p. 26 ss., successivamente abrogata dalla direttiva 2004/38, pubblicata in *GUUE* L 158, 30 aprile 2004.

diritto di soggiorno. E, poi, in ragione del fatto che l'ordinamento dell'Unione è condizionato nelle discipline che istituisce dal principio delle competenze di attribuzione. In linea con detto principio, nei casi non rientranti nel suo campo di applicazione la Corte di giustizia lascia che la loro disciplina sia posta dagli ordinamenti degli Stati membri e dalle norme internazionali da cui questi sono vincolati. Con la conseguenza che la legittimità delle misure nazionali che possano apparire non conformi ai principi del rispetto dell'unità familiare e della protezione dei fanciulli previsti dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo deve essere verificata dai giudici degli Stati membri.

Il che non manca di determinare critiche di eccessiva prudenza da parte di chi vorrebbe che la Corte di giustizia assumesse un nuovo e più intenso ruolo di protezione dei diritti fondamentali<sup>34</sup>; ciò può però essere compreso se si considera che essa non può non aver tenuto conto del fatto che la sua presa di posizione nel caso *Zhu e Chen* e il rinvio alla stessa nel caso *Zambrano* hanno determinato in Irlanda e in Belgio una revisione in senso rilevantemente restrittivo della disciplina della cittadinanza con conseguente deterioramento della posizione giuridica di larghe schiere di persone<sup>35</sup>.

## Abstract

### The *Zambrano* Case: Forerunners and Consequences of an Unexpected Pronouncement

The aim of the present paper is to contribute to the interpretation of the *Zambrano* judgment following a detailed article by Palladino which paved the way for a series of commentaries on this ruling. The author's starting point is a comparison of the *Zambrano* case with the previous case-law of the Court of Justice in the field of citizenship. Though agreeing with Palladino that both the *Zambrano* ruling and the earlier ones are based on a personalistic approach, the author, contrary to what Palladino maintains, considers that the Court denies a general granting to the Union citizens of a right of residence in their own State. Relying also on what the Court indicated in the subsequent *McCarthy* ruling, the author deems that it excluded that a third-country national has a right of residence based on the Union citizenship of a member of his family when the latter does not depend for his own subsistence on the third-country national. The author concludes that the *Zambrano* ruling will be successfully relied upon as a precedent only in limited cases, when there will be an important risk of jeopardizing the "substantial core" of the rights pertaining to the Union citizenship of a person rather than simply guaranteeing the right of that person to the family reunification.

<sup>34</sup> Per una critica al riguardo assunto dalla Corte, formulate in sintonia con le citate conclusioni *Zambrano*, cfr. M. HOUSER, *op. cit.*, p. 1085.

<sup>35</sup> Sul punto cfr. S. CORNELOUP, *op. cit.*, p. 1327; A. RIGAUX, *op. cit.*, p. 12.

Luigi Daniele

# Il dialogo tra Corte di giustizia e Corti supreme degli Stati membri: il caso del mandato di arresto europeo\*

SOMMARIO: 1. Introduzione. – 2. La decisione quadro sul mandato d’arresto europeo. – 3. La decisione quadro e le costituzioni degli Stati membri. – 4. Divieto di estradizione del cittadino e esecuzione di un MAE emesso nei confronti di un tale soggetto. – 5. Principio di legalità in materia penale e abolizione della “doppia incriminazione”. – 6. Diritto alla tutela giurisdizionale e decisione di dare esecuzione a un MAE. – 7. Principio di non discriminazione in base alla nazionalità e motivi facoltativi di rifiuto di eseguire un MAE. – 8. L’oggetto del controllo di costituzionalità. – 9. L’obbligo di interpretazione conforme nelle decisioni delle Corti supreme. – 10. Il mancato rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia. – 11. Conclusioni.

1. È un dato di fatto che negli ultimi anni sono venute moltiplicandosi le occasioni in cui le Corti costituzionali o, in mancanza, le Corti supreme degli Stati membri sono state chiamate a pronunciarsi su questioni che riguardano il rapporto tra il diritto dell’Unione e i diritti fondamentali tutelati dalla rispettiva costituzione nazionale. Può anzi dirsi che tale fenomeno, noto sin dagli inizi del processo di integrazione europea<sup>1</sup>, è andato crescendo negli ultimi anni. Ciò è dovuto essenzialmente a due ordini di motivi.

Da un lato, all’Unione hanno aderito numerosi Stati membri dell’Europa centrale, le cui costituzioni nazionali prevedono Corti di tipo costituzionale specificamente competenti a impedire la violazione della costituzione e in particolare dei diritti fondamentali. Dall’altro, il campo d’applicazione del diritto dell’Unione si è di molto allargato e ha incluso settori “sensibili” dal punto di vista della tutela di tali diritti, in particolare il settore della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale.

\* Il presente scritto è destinato anche agli *Studi in memoria di Luigi Sico*.

<sup>1</sup> Si pensi alla giurisprudenza delle Corti costituzionali italiana e tedesco-federale: dalla sentenza n. 183/73, *Frontini*, in *Foro it.*, 1974, I, c. 31, alla sentenza 170/84, *Granital*, *ivi*, 1984, I, c. 2062, per la prima; dall’ordinanza *Solange I* del 29 maggio 1974, in *EuR*, 1975, p. 150, fino al *Lissabon Urteil* del 30 giugno 2009, 2 BvE 2/08, per la seconda.

Un esempio significativo del fenomeno è offerto dalla giurisprudenza delle Corti costituzionali e supreme relativa alla costituzionalità della decisione quadro sul mandato d'arresto europeo (decisione quadro sul MAE)<sup>2</sup> o, più precisamente, delle legislazioni nazionali che vi hanno dato attuazione. In un ristretto arco di tempo infatti le Corti costituzionali o supreme di numerosi Stati membri sono state chiamate ad affrontare questioni del genere.

Un dato particolarmente interessante di queste decisioni è la varietà di soluzioni e, più in generale, di approccio che le diverse Corti hanno seguito anche in presenza di questioni talvolta molto simili tra di loro. Un ulteriore dato di interesse è che tali decisioni sono state emesse nello stesso periodo in cui si andava sviluppando anche una consistente giurisprudenza della Corte di giustizia in merito alla medesima decisione quadro, giurisprudenza che ha toccato questioni analoghe a quelle affrontate dalle Corti nazionali.

È pertanto possibile tentare un confronto a più livelli tra la giurisprudenza delle varie Corti intervenute e chiedersi se la maniera in cui ciascuna ha interpretato la decisione quadro rivela l'esistenza di un "dialogo" tra giudici o se invece ciascuno di tali organi ha agito per proprio conto, come se si trattasse di applicare le proprie competenze ad un testo normativo diverso.

2. Prima di proseguire è opportuno spendere qualche parola sulla decisione quadro intorno alla quale si sono formate le decisioni che saranno messe a confronto nel corso del presente studio. Trattandosi di un testo ben noto, al quale sono stati dedicati innumerevoli contributi di dottrina, ci si può limitare a richiamare l'attenzione su alcune caratteristiche specifiche della decisione quadro e su quegli aspetti del suo contenuto dispositivo intorno ai quali si sono accentrate le difficoltà evidenziate dalle pronunce qui esaminate.

Sembra anzitutto utile ricordare che il testo di cui ci si occupa è una decisione quadro, cioè un atto che, ai sensi dell'art. 34, par. 2, TUE nella versione in vigore prima del Trattato di Lisbona, le istituzioni dell'Unione avevano il potere di adottare, insieme agli altri atti previsti dal medesimo articolo, per conseguire gli obiettivi dell'allora titolo VI del TUE, nel campo della cooperazione di polizia e giudiziaria in materia penale (c.d. III pilastro).

<sup>2</sup> Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato di arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, *GUCE* L 190, 18 luglio 2002, p. 1, modificata dall'art. 2 della decisione quadro 2009/299/GAI del Consiglio, del 26 febbraio 2009, che modifica le decisioni quadro 2002/584/GAI, 2005/214/GAI, 2006/783/GAI, 2008/909/GAI e 2008/947/GAI, rafforzando i diritti processuali delle persone e promuovendo l'applicazione del principio del reciproco riconoscimento alle decisioni pronunciate in assenza dell'interessato al processo, *GUUE* L 81, 27 marzo 2009, p. 24. Sulla decisione quadro v., tra gli altri, M. PEDRAZZI, *Mandato di arresto europeo e garanzie della persona*, Milano, 2004; A. DAMATO, *Il mandato d'arresto europeo e la sua attuazione in Italia*, in *DUE*, 2005, p. 22 ss. e p. 203 ss.; ID., *Altre procedure di consegna – Introduzione*, in G. CARELLA, M. CASTELLANETA, A. DAMATO, G. PIZZOLANTE (a cura di), *Codice di diritto penale e processuale penale dell'Unione europea*, Torino, 2009, p. 289 ss.; A. DAMATO, P. DE PASQUALE, N. PARISI, *Argomenti di diritto penale europeo*, Torino, 2011, spec. p. 87 ss.

Le decisioni quadro, come è noto, somigliano molto alle direttive comunitarie. Secondo la lett. b) del citato art. 34, par. 2, esse sono rivolte al “ravvicinamento delle disposizioni legislative e regolamentari degli Stati membri” ma vincolano questi ultimi soltanto “quanto al risultato da ottenere, salva restando la competenza delle autorità nazionali in merito alla forma e ai mezzi”. Come le direttive, le decisioni quadro richiedono pertanto agli Stati membri di attuarle negli ordinamenti nazionali attraverso l’adozione, entro un termine prestabilito, di idonei provvedimenti di diritto interno<sup>3</sup>.

A differenza delle direttive, però, le decisioni quadro non godono di efficacia diretta. Ciò è espressamente stabilito dalla lett. b) dell’art. 34, par. 2, e comporta che, in mancanza di tempestiva attuazione nell’ordinamento interno, il loro disposto non può trovare applicazione diretta nemmeno qualora si tratti di norme sufficientemente precise ed incondizionate. Nella sentenza *Pupino*<sup>4</sup>, la Corte di giustizia ha invece affermato che, analogamente alle direttive, le decisioni quadro producono l’effetto di obbligare i giudici nazionali a interpretare il proprio diritto interno in maniera quanto più possibile conforme alle esigenze di attuazione della decisione quadro in questione.

Com’è noto, la riforma dei Trattati approvata a Lisbona ha soppresso la categoria delle decisioni quadro, prevedendo che anche nei settori rientranti precedentemente nel c.d. III pilastro le istituzioni possono ora adottare atti appartenenti alle tipologie tradizionali dei regolamenti, delle direttive e delle decisioni<sup>5</sup>.

Va tenuto conto tuttavia che, in virtù dell’art. 9 del Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie, “gli effetti giuridici degli atti delle istituzioni, degli organi e degli organismi dell’Unione adottati in base al trattato sull’Unione europea prima dell’entrata in vigore del trattato di Lisbona sono mantenuti finché tali atti non saranno stati abrogati, annullati o modificati in applicazione dei trattati”. Di conseguenza, fino a quando non verrà abrogata, annullata o modificata secondo le nuove disposizioni del TFUE, ciascuna decisione quadro rimarrà in vigore in quanto tale e conserverà i suoi effetti giuridici, compresa la mancanza di efficacia diretta come previsto dall’art. 34, par. 2, lett. b), ma anche l’obbligo di interpretazione conforme affermato nella sentenza *Pupino*.

Delle numerose decisioni quadro emanate ai sensi dell’art. 34, par. 2, lett. b) e, in particolare, di quelle adottate alla luce della conclusione del Consiglio europeo di Tampere del 15-16 ottobre 1999 e del programma di misure per l’attuazione del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni penali appro-

---

<sup>3</sup> V., in generale, E. PISTOIA, *Cooperazione penale nei rapporti fra diritto dell’Unione e diritto statale*, Napoli, 2008.

<sup>4</sup> Sentenza del 16 giugno 2005, causa C-105/03, *Pupino*, *Raccolta*, p. I-5285.

<sup>5</sup> V. gli articoli 82-86 e 87-89 TFUE rispettivamente sulla cooperazione giudiziaria in materia penale e sulla cooperazione di polizia. Talvolta tali articoli prevedono genericamente l’adozione di “misure” (articoli 82, 84, 87); in altri casi, viene invece espressamente indicato il tipo di atti da adottare (l’art. 83 menziona soltanto le direttive, mentre gli articoli 85, 86 e 88 parlano soltanto di regolamenti).

vato dal Consiglio del 30 novembre 2000<sup>6</sup>, la più importante ma anche la più controversa è senz'altro la decisione quadro sul MAE.

Adottata all'indomani degli attentati terroristici dell'11 settembre 2001 alle Twin Towers di New York, essa costituisce la prima concretizzazione nel settore del diritto penale del principio del reciproco riconoscimento delle decisioni giudiziarie<sup>7</sup>. La decisione quadro infatti mira a sostituire tra gli Stati membri le tradizionali procedure di estradizione con un sistema di consegna diretta tra autorità giudiziarie senza alcun intervento da parte dell'autorità politica<sup>8</sup>.

In estrema sintesi, la decisione quadro introduce l'istituto del MAE, definito dall'art. 1, par. 1, come “una decisione giudiziaria emessa da uno Stato membro in vista dell'arresto e della consegna da parte di un altro Stato membro di una persona ricercata ai fini dell'esercizio di un'azione penale o dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza privative della libertà”.

Esistono pertanto due tipi di MAE, a seconda che l'arresto e la consegna riguardino una persona ricercata che deve ancora essere giudicata (c.d. MAE *ai fini dell'azione penale*) ovvero una persona già giudicata e condannata ad una pena o misura di sicurezza di carattere detentivo (c.d. MAE *ai fini dell'esecuzione della pena*). Nel primo caso, il MAE può essere emesso per fatti puniti dalla legge dello Stato di emissione con una pena non inferiore a dodici mesi. Nel secondo caso la condanna non può essere inferiore a quattro mesi (art. 2, par. 1).

A fronte del MAE emesso da uno Stato membro (Stato membro di emissione), lo Stato membro sul cui territorio si trovi la persona ricercata (Stato membro dell'esecuzione) è tenuto a darvi esecuzione “in base al principio del riconoscimento reciproco e conformemente alle disposizioni” della decisione quadro (art. 1, par. 2).

Gli articoli 3 e 4 prevedono tuttavia una serie di motivi in base ai quali è possibile rifiutare l'esecuzione. La prima disposizione elenca tre motivi di rifiuto qualificati come “obbligatori”. L'art. 4 invece individua sette motivi di rifiuto d'esecuzione definiti come “facoltativi”. La differenza tra gli uni e gli altri risiede nel fatto che i motivi di rifiuto obbligatori devono essere previsti dalle misure di attuazione adottate da ciascuno Stato membro mentre quanto ai motivi facoltativi ciascuno Stato membro è libero di scegliere se prevederli o meno<sup>9</sup>.

Ai motivi di rifiuto facoltativi possono assimilarsi i tre tipi di “garanzie” che, ai sensi dell'art. 5, “lo Stato membro deve fornire in casi particolari”. Anche nei casi definiti da tale disposizione, infatti, lo Stato dell'esecuzione (o meglio la sua legge d'attuazione) non deve ma può subordinare l'esecuzione ad alcune speci-

<sup>6</sup> GUCE C 12, 15 gennaio 2001, p. 10.

<sup>7</sup> Preambolo, 6° “considerando”.

<sup>8</sup> Preambolo, 5° “considerando”.

<sup>9</sup> Uno Stato membro può anche scegliere di accogliere nella propria legislazione uno dei motivi facoltativi di rifiuto contemplati dall'art. 4 ma di subordinarne l'applicazione a condizioni non previste dalla stessa norma, purché tali condizioni non siano incompatibili con altre norme dell'Unione: v. sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 2009, causa C-123/08, *Wolzenburg*, *Raccolta*, p. I-9621.



fiche condizioni che lo Stato emittente deve rispettare. In mancanza, l'esecuzione può essere rifiutata. Alcuni dei motivi di rifiuto e delle garanzie che possono essere richieste saranno esaminati più da vicino nel prosieguo essendo stati presi in considerazione dalle sentenze delle Corti nazionali o della Corte di giustizia.

Gli Stati membri dovevano adottare le misure necessarie per conformarsi alla decisione quadro entro il 31 dicembre 2003. Per gli Stati membri che hanno aderito all'Unione successivamente a questa data, l'attuazione doveva essere effettuata entro la data di entrata in vigore del rispettivo atto d'adesione<sup>10</sup>. Tuttavia l'attuazione da parte degli Stati membri è stata particolarmente difficoltosa. La metà degli Stati membri non ha rispettato il termine del 31 dicembre 2003. In Italia, in particolare, l'iter parlamentare della legge d'attuazione è stato molto tormentato e si è concluso soltanto con l'approvazione della l. 22 aprile 2005 n. 69. Le legislazioni adottate dagli Stati membri presentano inoltre in molti casi aspetti di manifesta o almeno dubbia conformità alla decisione quadro<sup>11</sup>.

**3.** In alcuni Stati membri seri problemi sono sorti anche successivamente all'attuazione della decisione quadro. Le disposizioni interne adottate a questo fine sono state infatti contestate in quanto si sarebbero poste in contrasto con le costituzioni nazionali e in particolare con alcuni diritti fondamentali costituzionalmente protetti.

L'ipotesi più rilevante e diffusa di censura d'incostituzionalità ha riguardato la possibilità, ammessa esplicitamente o implicitamente dalle disposizioni interne di attuazione, di dare esecuzione ad un MAE emesso nei confronti di un cittadino. Tale censura è stata portata all'attenzione delle Corti costituzionali e supreme di ben cinque Stati membri.

Un secondo tipo di censura ha riguardato la costituzionalità dell'abolizione della condizione della c.d. doppia incriminazione per i reati elencati nell'art. 2, par. 2 della decisione quadro. Sulla questione è stata chiamata a pronunciarsi la Corte costituzionale ceca. Anche il Tribunale arbitrale belga ne è stato investito ma ha preferito chiedere in proposito l'intervento della Corte di giustizia, sollevando una questione pregiudiziale di validità della stessa decisione quadro che

---

<sup>10</sup> 1° maggio 2004 per Repubblica ceca, Cipro, Estonia, Lettonia, Lituania, Malta, Polonia, Slovacchia, Slovenia e Ungheria e 1° gennaio 2007 per Bulgaria e Romania.

<sup>11</sup> V. Commissione europea, Relazione a norma dell'articolo 34 della decisione quadro del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri (versione riveduta), SEC(2006)79 (eur-lex.eu, reperibile *on line*). Sull'attuazione della decisione quadro da parte degli Stati membri v. House of Lords – The European Union Committee, *Report with evidence, European Arrest Warrant – Recent Developments*, 4 aprile 2006 (www.publications.parliament.uk, reperibile *on line*); E. GUILD, L. MARIN (eds.), *Still Not Resolved? Constitutional Issues of European Arrest Warrant*, Nijmegen, 2009 (v. anche la recensione a cura di O. POLLICINO, G. ROMEO, in *ELR*, 2010, p. 895); e A. GÓRSKI, P. HOFMANSKI (eds.), *The European Arrest Warrant and Its Implementation in the Member States of the European Union*, Warsaw, 2008.

è sfociata nella sentenza *Advocaten voor de Wereld*<sup>12</sup>. Su questo aspetto siamo perciò in grado di confrontare direttamente la decisione della Corte costituzionale di uno Stato membro con quella della Corte di giustizia.

Un terzo tipo di censura ha riguardato invece la mancata previsione da parte della legge tedesca d'attuazione del diritto per la persona ricercata di impugnare la decisione che concede l'esecuzione del MAE.

Infine va dato conto della censura di costituzionalità che ha riguardato la legge italiana d'attuazione per avere ristretto ai soli cittadini l'applicazione di un motivo facoltativo di rifiuto di esecuzione. Anche in questo caso è possibile confrontare la sentenza della nostra Corte costituzionale con l'orientamento espresso dalla Corte di giustizia su una questione molto simile nella sentenza *Wolzenburg*<sup>13</sup>.

In prosieguo si descriveranno, seguendo l'ordine indicato, le varie questioni di costituzionalità e la maniera in cui sono state di volta in volta risolte. Successivamente le decisioni delle Corti costituzionali e supreme degli Stati membri verranno esaminate in maniera orizzontale per comprendere che ruolo ha avuto in questi giudizi la decisione quadro. In seguito si esaminerà se le Corti abbiano osservato l'obbligo di interpretazione conforme del diritto interno rispetto al diritto dell'Unione e se si siano rivolte in via pregiudiziale alla Corte di giustizia o almeno ne abbiano applicato gli orientamenti già espressi.

4. Come si è visto, la maggiore difficoltà incontrata dagli Stati membri è derivata dalla circostanza che la decisione quadro, non distinguendo le persone ricercate in base alla loro nazionalità, implicitamente richiede che sia data esecuzione ad un MAE anche qualora sia stato emesso a carico di un soggetto avente la cittadinanza dello Stato membro dell'esecuzione.

In realtà la decisione quadro prevede che l'obbligo di dare esecuzione al MAE sia attenuato in questi casi. In primo luogo, l'art. 4, par. 6, ammette che l'autorità dell'esecuzione possa rifiutare l'esecuzione di un MAE ai *fini dell'esecuzione della pena* qualora la persona ricercata “dimori nello Stato membro d'esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda”. Il rifiuto è però subordinato alla condizione che “tale Stato si impegni a eseguire esso stesso” la pena o la misura di sicurezza comminata nello Stato membro d'emissione. Il MAE emesso nei confronti del cittadino può pertanto non essere eseguito mediante la consegna della persona ricercata allo Stato membro di emissione ma, in alternativa, lo Stato membro d'esecuzione deve impegnarsi a sottoporre tale persona alla pena o misura di sicurezza che le è stata comminata nel primo Stato.

In secondo luogo, l'art. 5, par. 3 consente che l'esecuzione di un MAE *ai fini dell'azione penale* emesso nei confronti di un “cittadino o residente dello Stato di esecuzione” possa essere subordinato alla condizione che tale persona, “dopo essere stata ascoltata, sia rinviata nello Stato membro di esecuzione per scontarvi

<sup>12</sup> Sentenza del 3 maggio 2007, causa C-303/05, *Advocaten voor de Wereld*, Raccolta, p. I-3633.

<sup>13</sup> Sentenza *Wolzenburg*, cit.



la pena o la misura di sicurezza privative della libertà eventualmente pronunciate nei suoi confronti nello Stato membro emittente”. In questi casi, l’esecuzione del MAE mediante consegna della persona ricercata allo Stato d’emissione avrà luogo ma manterrà un carattere temporaneo: lo Stato d’emissione, dopo il giudizio, dovrà rimandare la persona ricercata nello Stato d’esecuzione affinché vi scontati la pena alla quale le autorità del primo Stato l’abbiano condannata.

Come si vede entrambe le disposizioni citate hanno una portata limitata. Esse assicurano soltanto a soggetti che presentino un legame molto forte con lo Stato membro dell’esecuzione (non solo i cittadini, ma anche persone ivi residenti o dimoranti) la possibilità di scontare in tale Stato la pena comminata nello Stato membro dell’emissione e ciò al fine di favorirne il reinserimento sociale una volta scontata la pena<sup>14</sup>. Non viene invece garantito al cittadino né il diritto di sottrarsi al giudizio penale nello Stato membro di emissione, qualora questo non si sia ancora svolto, né tantomeno il diritto di evitare di scontare la pena inflitta dalle autorità di tale Stato.

Si è posto pertanto il problema della compatibilità della decisione quadro, o meglio delle legislazioni nazionali di attuazione, con quelle costituzioni nazionali che prevedono il divieto di estradizione del cittadino. In alcuni Stati membri del problema sono state investite le Corti costituzionali o supreme. In un breve arco di tempo si sono così pronunciate al riguardo, nell’ordine, la Corte costituzionale polacca<sup>15</sup>, la Corte suprema greca<sup>16</sup>, la Corte costituzionale federale tedesca<sup>17</sup>, la Corte suprema cipriota<sup>18</sup> e la Corte costituzionale ceca<sup>19</sup>.

Occorre subito precisare che la situazione di partenza dei vari ordinamenti interessati non era la stessa. Soltanto due costituzioni prevedevano una norma specifica. La Costituzione polacca stabiliva all’art. 55, par. 1, un divieto assoluto di estradizione per il cittadino. L’art. 16, par. 2, della Legge fondamentale tedesca conteneva un divieto analogo (prima frase), ma poi prevedeva che con legge può essere consentita la consegna di un cittadino ad uno Stato membro dell’U-

---

<sup>14</sup> V. sentenze della Corte di giustizia del 17 luglio 2008, causa C-66/08, *Kozłowski*, *Raccolta*, p. I-8993, punto 45, e *Wolzenburg*, cit., punto 62 ss.

<sup>15</sup> Trybunał Konstytucyjny, sentenza del 27 aprile 2005, n. P 1/05, sulla quale v. A. NUSSBERGER, *Poland: The Constitutional Tribunal on the Implementation of the European Arrest Warrant*, in *Int. J. Const. Law*, 2007, p. 162; D. LECZYKIEWICZ, in *CML Rev.*, 2007, p. 9; e K. KOWALIK-BAPCZYK, *Should We Polish It up? The Polish Constitutional Tribunal and the Idea of Supremacy of EU Law*, in *GLJ*, 2005, p. 1355.

<sup>16</sup> *Areios Pagos*, sentenza dell’8 marzo 2005, n. 591/2005. Vedi T.M.C. Asser Institute, *The EAW Project, Country Report for Greece* ([www.asser.nl](http://www.asser.nl), reperibile on line).

<sup>17</sup> Bundesverfassungsgericht, sentenza del 18 luglio 2005, 2 BvR 2236/04, sulla quale v. A. HINAREJOS PARGA, in *CML Rev.*, 2006, p. 583; S. MÖLDERS, *European Arrest Warrant Act Is Void – The Decision of the German Federal Constitutional Court of 18 July 2005*, in *GLJ*, 2006, p. 45; N. NOHLEN, *Germany: The European Arrest Warrant Case*, in *Int. J. Const. Law*, 2006, p. 153; T. POHL, *The German Constitutional Court and the European Arrest Warrant*, in *Journal of International Criminal Law*, 2006, p. 686.

<sup>18</sup> Anotato Dicasterio Kuprou, sentenza del 7 novembre 2005, sulla quale v. A. TSADIRAS, in *CML Rev.*, 2007, p. 1515.

<sup>19</sup> Ústavní soud České republiky, sentenza del 3 maggio 2006, n. Pl. ÚS 66/04.

nione europea o a un tribunale internazionale a condizione che siano rispettati i principi dello Stato di diritto (seconda frase).

Meno certa si rivelava la posizione delle restanti costituzioni. L'art. 14, par. 4, della Carta dei diritti e della libertà fondamentali, che fa parte della Costituzione ceca, stabilisce che un cittadino non può essere obbligato a lasciare la Patria. La Costituzione cipriota all'art. 11, par. 2, lett. f), consente l'arresto di uno straniero in vista della sua estradizione. L'art. 5, par. 2, della Costituzione greca infine esclude l'extradizione degli stranieri che siano ricercati per atti commessi in difesa della loro libertà.

Considerato il chiaro dettato dell'art. 55, par. 1, della Costituzione polacca, il conflitto rispetto alla decisione quadro sembrava insormontabile. Non meraviglia pertanto che la legge d'attuazione sia stata dichiarata incostituzionale. Secondo la Corte polacca, la consegna di una persona alle autorità di un altro Stato membro in esecuzione di un MAE rientra nella nozione di estradizione ai sensi dell'art. 55, par. 1, della Costituzione, di cui costituisce un tipo particolare. Né è possibile che la portata di una disposizione della Costituzione sia interpretata alla luce di quanto è stabilito da una legge successiva, in particolare dalle nuove disposizioni del codice di procedura penale che hanno dato attuazione alla decisione quadro<sup>20</sup>.

La Corte si domanda se a conclusioni diverse possa portare l'obbligo di interpretare il diritto interno in conformità del diritto dell'Unione. La Corte dà al quesito una risposta negativa. In primo luogo non è sicuro che l'obbligo di interpretazione conforme si applichi anche riguardo ad atti adottati nell'ambito del c.d. III pilastro. In secondo luogo, tale obbligo non può valere quando l'interpretazione conforme porti a conseguenze pregiudizievoli per gli individui, particolarmente quando si traduca in un aggravamento della loro responsabilità penale. In effetti, secondo la Corte, la consegna di un cittadino in esecuzione di un MAE restringe il diritto fondamentale del cittadino a non essere estradato più di un'extradizione vera e propria. Nel caso di MAE, i tempi per la consegna sono notevolmente più rapidi e per i reati di cui all'art. 2, par. 2, della decisione quadro non è nemmeno richiesta la "doppia incriminazione". La restrizione del diritto costituzionalmente garantito ai cittadini di non essere estradati sarebbe quindi tale da violare la sostanza stessa del diritto protetto dall'art. 55, par. 1.

La Corte decide tuttavia che gli effetti della sentenza d'incostituzionalità devono essere posticipati di 18 mesi in forza dell'art. 190, par. 3, della Costituzione. Appellandosi all'art. 9 della Costituzione, che prescrive il rispetto degli impegni internazionali dello Stato, la Corte giudica che l'immediata cessazione degli effetti della legislazione che dà attuazione alla decisione quadro, comportando l'impossibilità per le autorità polacche di eseguire i MAE emessi da altri Stati membri e dunque la violazione della decisione quadro, creerebbe a sua volta una situazione

<sup>20</sup> Il nuovo art. 602 c.p.p. polacco, adottato in seguito alla sentenza della Corte costituzionale, stabilisce ora esplicitamente che l'extradizione non comprende i casi di consegna in esecuzione di un MAE: D. LECZYKIEWICZ, *op. cit.*, p. 1190.

non conforme alla Costituzione. È necessario pertanto concedere al legislatore un ragionevole lasso di tempo per trovare una soluzione<sup>21</sup>.

Anche il Bundesverfassungsgericht ha deciso per l'incostituzionalità della legge d'attuazione della decisione quadro. Secondo la Corte l'art. 16 sancisce il diritto fondamentale del cittadino a non essere estradato. Le limitazioni a tale diritto consentite dal par. 2 devono pertanto rispettare il principio generale di proporzionalità e le altre norme costituzionali (in particolare il diritto alla tutela giurisdizionale di cui all'art. 19, par. 4)<sup>22</sup>. La legge d'attuazione della decisione quadro non rispetta tali parametri. In particolare la legge è censurabile per non avere previsto quale motivo per rifiutare di eseguire un MAE emesso nei confronti di un cittadino la circostanza che il reato sia stato in tutto o in parte commesso in Germania. In casi del genere infatti l'affidamento del cittadino a che egli sarà sottoposto alla sola legge penale del proprio Stato deve essere protetto. Ciò peraltro sarebbe stato consentito dall'art. 4, par. 7, lett. a), della decisione quadro<sup>23</sup>. La legge d'attuazione causa pertanto una restrizione sproporzionata del diritto fondamentale del cittadino a non essere estradato e deve essere dichiarata incostituzionale<sup>24</sup>.

Nello stesso senso si è infine espressa anche la Corte suprema cipriota. La Corte richiama precedenti decisioni giurisprudenziali che avevano interpretato l'art. 11, par. 2, lett. f), della Costituzione come norma che (implicitamente) vieta l'estradizione di un cittadino. Essa si mostra ben al corrente dell'obbligo di interpretazione conforme che grava sui giudici nazionali anche nel caso di decisioni quadro, ma rileva che, come stabilisce la stessa giurisprudenza della Corte di giustizia, tale obbligo vale soltanto nei limiti del possibile. Secondo la Corte

---

<sup>21</sup> Ciò è avvenuto, come la stessa Corte costituzionale aveva suggerito, emendando l'art. 55. Facendo propria l'indicazione della Corte, il Parlamento polacco, con legge dell'8 settembre 2006, ha aggiunto un par. 2 all'art. 55 della Costituzione. Secondo la nuova formulazione, l'estradizione di un cittadino è ora possibile se prevista da un trattato internazionale ratificato dalla Polonia o da un atto emanato da un'organizzazione internazionale di cui la Polonia sia parte. Vedi A. NUSSBERGER, *op. cit.*, p. 168. L'emendamento costituzionale limita tuttavia l'estradizione del cittadino ai casi di reati commessi al di fuori del territorio polacco e sempreché i fatti cui la richiesta di estradizione si riferisce siano previsti come reato anche ai sensi della legge polacca.

<sup>22</sup> V. *infra*, par. 6.

<sup>23</sup> L'art. 4, par. 7, lett. a), della decisione quadro prevede che l'autorità giudiziaria dell'esecuzione possa rifiutare di eseguire il MAE se riguarda reati "che dalla legge dello Stato membro di esecuzione sono considerati commessi in tutto o in parte nel suo territorio o in un luogo assimilato al suo territorio". Il Bundesverfassungsgericht menziona anche che la legge d'attuazione non sfrutta appieno la possibilità ammessa dall'art. 4, paragrafi 2 e 3, della decisione quadro di rifiutare di eseguire un MAE se contro la persona ricercata "è in corso un'azione nello Stato membro di esecuzione per il medesimo fatto" o "se le autorità giudiziarie dello Stato membro dell'esecuzione hanno deciso di non esercitare l'azione penale per il reato oggetto del mandato di arresto europeo oppure di porvi fine". Nel caso oggetto del ricorso costituzionale, la procura territorialmente competente, venuta a conoscenza dei fatti contestati alla persona ricercata (avente cittadinanza tedesca e siriana) in occasione di una precedente richiesta di estradizione avanzata dalle autorità spagnole e poi ritirata per sostituirla con il MAE, aveva deciso di non esercitare l'azione penale.

<sup>24</sup> Il Parlamento tedesco ha dovuto provvedere ad emanare una nuova legge d'attuazione. Si tratta dell'*Europäisches Haftbefehlsgesetz* del 20 luglio 2006, entrato in vigore il 2 agosto successivo.

suprema, tra le ipotesi in cui, a norma dell'art. 12 della Costituzione, è consentito l'arresto di una persona non figura l'arresto in vista dell'esecuzione di un MAE. In particolare, contrariamente a quanto sostenuto dall'Attorney-General, non è possibile ricondurre un arresto del genere nel campo d'applicazione dell'art. 12, lett. c)<sup>25</sup>. L'art. 11, par. 2, lett. f), invece, consente soltanto l'arresto in vista dell'estradizione di uno straniero. La Corte conclude nel senso che l'art. 12 della Costituzione non lascia alcuno spazio per una lettura innovativa che possa consentire di ritenere non vietato estradare un cittadino. La legge d'attuazione della decisione quadro viene pertanto giudicata incostituzionale e inapplicabile ad un caso di MAE emesso nei confronti di una persona con duplice cittadinanza cipriota e britannica<sup>26</sup>.

In maniera opposta si sono espresse la Corte suprema greca e la Corte costituzionale ceca. L'Areios Pagos ha escluso che la Costituzione greca contenesse un divieto di estradare il cittadino e ha pertanto confermato che è legittimo dare esecuzione ad un MAE emesso dalle autorità spagnole nei confronti di un cittadino greco.

La Corte costituzionale ceca, per parte sua, ha giudicato che l'art. 14, par. 4, della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali non deve essere interpretato nel senso di vietare la consegna di un cittadino alle autorità giudiziarie di un altro Stato membro in esecuzione di un MAE. La legge d'attuazione non è quindi incostituzionale.

La Corte riconosce l'obbligo di interpretazione conforme e ne afferma l'applicabilità a tutto il diritto della Repubblica ceca e quindi anche alla Costituzione, compreso l'art. 14, par. 4. La Corte costituzionale si considera quindi tenuta a preferire un'interpretazione delle norme costituzionali che permetta l'adempimento degli obblighi dello Stato verso l'Unione europea. Nel caso dell'art. 14, par. 4, una tale interpretazione conforme è possibile e va quindi preferita. È vero che un'interpretazione letterale porterebbe a concludere che la norma, nel vietare che il cittadino venga allontanato dal territorio nazionale, vieti anche l'esecuzione di un MAE emesso nei confronti di un tale soggetto. Tuttavia tanto un'interpretazione storica della norma quanto una sua interpretazione oggettiva e teleologica che rifletta la realtà attuale dell'Unione e l'elevata mobilità dei cittadini attraverso le frontiere giustificano la conclusione opposta.

La Corte vede la possibilità per un cittadino di essere consegnato ad un altro Stato membro in esecuzione di un MAE come la ragionevole contropartita dei

<sup>25</sup> La prima parte dell'art. 12, lett. c), consente l'arresto o la detenzione di una persona perché appaia dinanzi all'autorità giudiziaria competente sulla base del ragionevole sospetto che abbia commesso un reato. Sarebbe forse stato possibile ricondurre a questa ipotesi l'esecuzione di un MAE ai fini dell'azione penale.

<sup>26</sup> Il problema è stato risolto attraverso un emendamento della Costituzione. La l. n. 112 del 2006 ha aggiunto all'elenco dei possibili motivi di arresto previsto dall'art. 12 la consegna di un cittadino nei cui confronti è stato emesso un MAE ma solo per reati commessi dopo l'adesione di Cipro all'Unione europea. Vedi A. KAPARDIS, *The European Arrest Warrant in Cyprus and Constitutional Concerns*, in A. GÓRSKI, P. HOFMANSKI (eds.), *op. cit.*, p. 18 ss.

diritti di circolazione che derivano dalla acquisita qualità di cittadino dell'Unione. D'altronde, secondo la Corte ceca, non vi è alcun motivo per supporre che la protezione dei diritti fondamentali assicurata negli altri Stati membri sia inferiore a quella dell'ordinamento ceco.

Va tuttavia precisato che l'interpretazione dell'art. 14, par. 4, nel senso di non vietare l'esecuzione di un MAE emesso nei confronti di un cittadino è legata ad una visione alquanto restrittiva della Corte quanto alla portata della decisione quadro stessa.

In particolare nella sua pronuncia la Corte sembra ritenere che l'esecuzione di un MAE emesso nei confronti di un cittadino sia in ogni caso subordinata all'assenso del cittadino stesso<sup>27</sup>. In particolare, nel caso di un MAE emesso ai fini dell'azione penale, secondo la Corte, l'esecuzione è permessa soltanto se si tratta di un reato commesso nello Stato di emissione e al cittadino è garantito che, dopo lo svolgimento del giudizio, a sua richiesta, sarà riconsegnato alla Repubblica ceca per scontare ivi la pena a cui è stato condannato. Si tratta di condizioni non previste in quanto tali dalla decisione quadro<sup>28</sup>, ma semmai dalla normativa ceca d'attuazione, in particolare dall'art. 411, par. 7, c.p.p.

Anche nel caso di un MAE emesso ai fini dell'esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza, secondo la Corte l'esecuzione può essere concessa soltanto a condizione che il cittadino dia il proprio consenso. Nemmeno una condizione del genere è prevista dalla decisione quadro<sup>29</sup>, ma dalla normativa di attuazione adottata dalla Repubblica ceca, in particolare dall'art. 411, par. 6, lett. e), c.p.p.

**5.** Uno dei più importanti progressi del MAE rispetto all'estrazione tradizionale è costituito dalla parziale rinuncia alla condizione della c.d. "doppia incriminazione". Non è più sempre necessario che le autorità giudiziarie dello Stato dell'esecuzione verifichino che i fatti contestati alla persona ricercata siano previsti come reato anche dal proprio ordinamento. Per i trentadue reati elencati nell'art. 2, par. 2, della decisione quadro è sufficiente che essi siano considerati tali "dalla legge dello Stato membro emittente", sempreché "in detto Stato membro il massimo della pena o della misura di sicurezza privativa della libertà per tali reati sia pari o superiore a tre anni". Per gli altri reati,

---

<sup>27</sup> Punto 72 della sentenza.

<sup>28</sup> La prima condizione (commissione del reato nello Stato di emissione) è riconducibile a quanto previsto dall'art. 4, par. 7, lett. a), della decisione quadro, ai sensi del quale l'esecuzione può essere rifiutata se il MAE riguarda reati "che dalla legge dello Stato membro di esecuzione sono considerati commessi in tutto o in parte nel suo territorio o in un luogo assimilato al suo territorio". La seconda condizione si rifà all'art. 5, par. 3, secondo cui, se la persona oggetto del MAE "emesso ai fini di un'azione penale è cittadino o residente dello Stato membro di esecuzione, la consegna può essere subordinata alla condizione che la persona, dopo essere stata ascoltata, sia rinviaata nello Stato membro di esecuzione per scontarvi la pena o la misura di sicurezza privativa della libertà eventualmente pronunciate nei suoi confronti nello Stato membro emittente".

<sup>29</sup> L'art. 4, par. 6, prevede che in questi casi l'esecuzione possa essere rifiutata ma a condizione che lo Stato dell'esecuzione si impegni a eseguire esso stesso la pena o la misura di sicurezza.

l'esecuzione può invece essere subordinata alla condizione della "doppia incriminazione" (art. 2, par. 4).

La parziale soppressione della doppia incriminazione mira a rendere più agevole e più rapida l'esecuzione del MAE. La verifica della sussistenza di tale condizione avrebbe inevitabilmente reso più aleatoria l'esecuzione di un MAE e avrebbe nello stesso tempo impedito il rispetto dei termini brevi previsti per l'esecuzione dall'art. 17 della decisione quadro.

Tuttavia la rinuncia ad essa ha provocato aspre critiche a livello di Stati membri. In realtà l'art. 2, par. 2, non contiene una definizione sufficientemente precisa delle trentadue fattispecie criminose per le quali la doppia incriminazione non è necessaria. Si è pertanto sostenuto che, sotto questo profilo, la decisione quadro non rispetta il principio della legalità dei reati (*nullum crimen, nulla pena sine lege*), violando così al tempo stesso le norme costituzionali che tale principio consacrano e il corrispondente principio generale che si trae dalle concordanti tradizioni costituzionali, dalla CEDU (art. 7, par. 1) e dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (art. 49, par. 1).

La questione è stata esaminata tanto dalla Corte costituzionale ceca quanto dalla Corte di giustizia. Entrambe l'hanno giudicata infondata. Nella sentenza già richiamata, la Corte ceca ha negato che l'art. 412, par. 2, c.p.p., che dà attuazione all'art. 2, par. 2, della decisione quadro, fosse incompatibile con il principio di legalità dei reati previsto dall'art. 49 della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali. Secondo la Corte, l'art. 49 non riguarda una disposizione come l'art. 412, par. 2, che non ha natura materiale, cioè non prevede essa stessa la punibilità di determinati atti. L'art. 412, par. 2, è norma di carattere procedurale, che si limita a consentire la consegna della persona oggetto del MAE allo Stato membro d'emissione<sup>30</sup>.

La Corte di giustizia ha preso posizione in proposito nella citata sentenza *Advocaten voor de Wereld*, su rinvio pregiudiziale del Tribunale arbitrale belga. La Corte riconosce che il principio di legalità in materia penale fa parte dei principi generali<sup>31</sup>, ma nega che l'art. 2, par. 2, della decisione quadro, abolendo il requisito della doppia incriminazione per i reati elencati, si ponga in contraddizione con tale principio. La Corte osserva che "la definizione di tali reati e le pene applicabili sono quelle risultanti dal diritto dello Stato membro emittente"<sup>32</sup>, il quale deve rispettare il principio di legalità, come si evince dall'art. 1, par. 3, della decisione quadro<sup>33</sup>. La decisione quadro invece "non è volta ad armonizzare i reati in questione per quanto riguarda i loro elementi costitutivi o le pene di cui sono correlati"<sup>34</sup>.

<sup>30</sup> Punto 101 della sentenza.

<sup>31</sup> Sentenza *Advocaten voor de Wereld*, cit., punto 49.

<sup>32</sup> *Ibidem*, punto 52.

<sup>33</sup> *Ibid.*, punto 53. Ai sensi dell'art. 1, par. 3: "l'obbligo di rispettare i diritti fondamentali e i fondamentali principi giuridici sanciti dall'art. 6 del trattato sull'Unione europea non può essere modificato per effetto della presente decisione quadro".

<sup>34</sup> *Ibid.*, punto 52.



6. Il capo 2 della decisione quadro, dedicato alla “Procedura di consegna”, contiene una disciplina frammentaria della stessa, affidando agli Stati membri il compito di integrarla per quanto riguarda i molti dettagli mancanti. In particolare, la decisione quadro non precisa se la decisione di consegna (art. 15) possa o meno essere oggetto di impugnazione da parte della persona ricercata e se una tale impugnazione possa avere effetto sospensivo<sup>35</sup>.

La legge tedesca d’attuazione non prevedeva la possibilità di impugnare la decisione che autorizza la consegna della persona ricercata allo Stato di emissione. Sotto questo profilo, la legge è stata censurata per violazione dell’art. 19, par. 4, della Legge fondamentale. Tale norma riconosce il diritto di ogni individuo a un rimedio giurisdizionale nei confronti degli atti dei pubblici poteri che ledano i suoi interessi.

Nella sentenza già richiamata, il Bundesverfassungsgericht ricorda che nemmeno la decisione che autorizza la consegna della persona ricercata nel quadro della procedura per l’extradizione tradizionale è impugnabile. Tuttavia la non impugnabilità di una tale decisione è giustificata alla luce dell’art. 19, par. 4, della Legge fondamentale perché si tratta di una decisione emessa dal Ministero di giustizia basata su valutazioni politiche, in particolare di politica estera che non possono essere sindacate giurisdizionalmente. Nella procedura per l’esecuzione di un MAE invece la decisione se autorizzare la consegna è rimessa all’autorità giudiziaria e viene presa effettuando un delicato bilanciamento tra fatti e circostanze del caso di specie, che infatti devono essere oggetto di motivazione da parte dell’autorità competente. La non impugnabilità di tale decisione non è pertanto giustificata a norma dell’art. 19, par. 4. La legge d’attuazione della decisione quadro è dichiarata incostituzionale anche sotto questo aspetto<sup>36</sup>.

7. Un ultimo aspetto che ha sollevato problemi di costituzionalità ha riguardato l’art. 4, par. 6, della decisione quadro. Come si è visto, tale norma prevede che l’esecuzione di un MAE possa essere rifiutata nel caso di MAE emesso ai fini dell’esecuzione di una pena o di una misura di sicurezza “qualora la persona ricercata dimori nello Stato membro d’esecuzione, ne sia cittadino o vi risieda, se tale Stato si impegni a eseguire esso stesso la pena o misura di sicurezza conformemente al suo diritto interno”.

Di fronte tanto alla Corte di giustizia quanto alla Corte costituzionale italiana si è posto il problema di stabilire se e in che misura gli Stati membri, nel prevedere nella propria legislazione d’attuazione il motivo di rifiuto di cui all’art. 4, par. 6, potessero discriminare tra cittadini nazionali e cittadini di altri Stati membri.

---

<sup>35</sup> I termini di consegna previsti dall’art. 17 e la loro prorogabilità solo in casi straordinari potrebbero far pensare che, a norma della decisione quadro, la decisione di consegna non sia impugnabile.

<sup>36</sup> La nuova legge d’attuazione della decisione quadro (v. nota 24) pone rimedio alla lacuna della prima legge, prevedendo l’impugnabilità tanto della decisione del competente Oberlandesgericht sull’ammissibilità dell’esecuzione del MAE, quanto di quella del competente Generalstaatsanwalt che autorizza la consegna.

Nella citata sentenza *Wolzenburg* la Corte di giustizia si è occupata della normativa d'attuazione adottata dai Paesi Bassi, secondo la quale l'esecuzione del MAE poteva essere rifiutata tanto se la persona ricercata era cittadino nazionale quanto se si trattava di cittadino di altri Stati membri. In questo secondo caso tuttavia era necessario un periodo di residenza ininterrotto nel territorio nazionale di almeno cinque anni.

Secondo la Corte di giustizia la *ratio* dell'art. 4, par. 6, della decisione quadro risiede nell'esigenza di favorire le possibilità di reinserimento sociale della persona ricercata una volta scontata la pena<sup>37</sup>. La Corte pertanto ammette che gli Stati membri possano legittimamente limitare il motivo di rifiuto previsto dalla norma a soggetti che abbiano dimostrato un sicuro grado di inserimento nella società dello Stato membro dell'esecuzione. Essi possono in particolare subordinarne l'applicazione per i soli cittadini di altri Stati membri ad un periodo minimo di residenza ininterrotta di cinque anni sul territorio nazionale, periodo minimo non richiesto per i cittadini nazionali. Una normativa del genere, secondo la Corte di giustizia, non viola il divieto di discriminazione in base alla nazionalità di cui all'art. 18 TFUE, trattandosi di una differenza di trattamento proporzionata all'obiettivo legittimamente perseguito dal legislatore nazionale<sup>38</sup>.

Un problema simile si è posto con riferimento alla legislazione italiana d'attuazione. La l. n. 69/2005 prevedeva all'art. 18, 1° comma, lett. f), che il descritto motivo di rifiuto di esecuzione potesse essere fatto valere soltanto "qualora la persona ricercata sia cittadino italiano". In diversi casi riguardanti l'esecuzione di MAE emessi a carico di cittadini di altri Stati membri, i giudici aditi si sono rivolti alla Corte costituzionale contestando tale limitazione e sostenendo che essa violava, tra l'altro, l'art. 117, 1° comma, della Costituzione, nella misura in cui non rispettava "i vincoli derivanti dall'ordinamento comunitario" e, in particolare, dalla decisione quadro.

Nella sentenza n. 227 del 21 giugno 2010, la Corte costituzionale si pronuncia anzitutto positivamente sull'ammissibilità della questione di costituzionalità. Da un lato la Corte esclude che i giudici *a quo* avrebbero potuto risolvere in via interpretativa il prospettato conflitto tra la decisione quadro e la legge d'attuazione in osservanza dell'obbligo d'interpretazione conforme esteso anche alle decisioni quadro dalla citata sentenza della Corte di giustizia sul caso *Pupino*. Il "diritto vivente" costituito da numerose decisioni della Corte di cassazione sul punto, nonché la lettera dell'art. 18, par. 1, lett. f), e i lavori preparatori dimostrano tutti che la disposizione non è applicabile qualora la persona ricercata sia cittadino di un altro Stato membro.

Nemmeno è possibile per i giudici *a quo*, secondo la Corte costituzionale, risolvere il conflitto disapplicando immediatamente l'art. 18, 1° comma, lett. f), in favore del diritto dell'Unione. L'art. 4, par. 6, della decisione quadro è infatti norma priva di efficacia diretta, mentre il principio di non discriminazione di cui

<sup>37</sup> Sentenza *Wolzenburg*, cit., punto 62.

<sup>38</sup> *Ibidem*, punto 69.



all'art. 18 TFUE “non è sempre di per sé sufficiente a consentire la ‘non applicazione’ della configgente norma interna da parte del giudice comune” non essendo “dotato di una portata assoluta, tale da far ritenere sempre e comunque incompatibile la norma nazionale che formalmente vi contrasti”<sup>39</sup>.

Nell'affrontare quindi il merito della questione di costituzionalità, la Corte cita la sentenza della Corte di giustizia nel caso *Wolzenburg*, dalle cui conclusioni trae ispirazione per risolvere la questione di costituzionalità. Limitando l'applicazione del motivo di rifiuto ai soli cittadini, negando *a priori* qualsiasi rilevanza ad altri fattori che ben potrebbero dimostrare anche nel caso di cittadini di altri Stati membri l'esistenza di un legame effettivo e stabile con lo Stato italiano, la l. n. 69/2005 tradisce, a giudizio della Corte costituzionale, non solo la lettera ma anche la *ratio* dell'art. 4, par. 6, della decisione quadro.

Per di più tale limitazione costituisce una violazione del divieto di discriminazione in base alla nazionalità sancito dall'art. 18 TFUE, dal momento che stabilisce una differenza di trattamento tra cittadini nazionali e cittadini di altri Stati membri priva di giustificazione legittima e ragionevole e comunque non proporzionata<sup>40</sup>.

L'art. 18, 1° comma, lett. f), della l. n. 69/2005 è pertanto dichiarato incostituzionale nella misura in cui non prevede il rifiuto di consegna anche del cittadino di un altro Stato membro che legittimamente ed effettivamente risiede o abbia dimora nel territorio italiano ai fini dell'esecuzione della pena detentiva in Italia conformemente al diritto interno.

La Corte precisa che, salvo futuri interventi del legislatore per precisarne le condizioni di applicabilità al non-cittadino, l'autorità giudiziaria competente è chiamata ad accertare la sussistenza del presupposto della residenza o della dimora legittima ed effettiva sulla base di elementi quali la durata, la natura e le modalità di presenza sul territorio nonché dei legami familiari ed economici con il nostro Paese in armonia con quanto stabilito dalla Corte di giustizia nelle sentenze sui ricordati casi *Kozłowski* e *Wolzenburg*<sup>41</sup>.

**8.** Riassunte in questo modo le decisioni delle Corti costituzionali e supreme degli Stati membri che si sono espresse sulla costituzionalità delle disposizioni interne d'attuazione della decisione quadro, è interessante ora esaminare se, pur nella loro diversità, esse presentino alcuni tratti comuni che dimostrino una visione condivisa della decisione quadro e, più in generale, dei rapporti degli ordinamenti interni con il diritto dell'Unione europea.

Un primo tratto comune è che nessuna delle decisioni esaminate si pone il problema della costituzionalità della decisione quadro in quanto tale ma soltanto

---

<sup>39</sup> Punto 7.1 della parte in diritto. Come è noto, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale inaugurata con la sentenza *Granital*, cit., la disapplicazione diretta da parte del giudice ordinario della norma nazionale incompatibile con una norma comunitaria (ora dell'Unione) può essere disposta solo nel caso che quest'ultima sia direttamente efficace.

<sup>40</sup> Punto 8 della parte in diritto.

<sup>41</sup> Punto 9 della parte in diritto.

delle rispettive disposizioni interne d'attuazione. Più esattamente, le Corti costituzionali e supreme si considerano competenti a svolgere un controllo diretto a verificare se, nel dare attuazione alla decisione quadro, il legislatore nazionale abbia rispettato i diritti fondamentali garantiti agli individui (e in particolare ai cittadini) dalle costituzioni. In questa prospettiva, non è la decisione quadro a costituire l'oggetto del controllo di costituzionalità ma la maniera in cui il legislatore nazionale ha utilizzato il potere di scelta che tale testo gli concede e la coerenza delle scelte operate con la costituzione e in particolare con i diritti fondamentali costituzionalmente protetti. Questa visione risulta espressa con grande chiarezza nella sentenza della Corte ceca<sup>42</sup> ma anche in quella del Bundesverfassungsgericht<sup>43</sup>.

Anche secondo la Corte costituzionale italiana, le leggi che danno attuazione alla decisione quadro non sono sottratte al controllo di costituzionalità. Tuttavia, nel caso di specie, il parametro di tale controllo è costituito dalle “conferenti norme del Trattato CE ora Trattato FUE che integrano a loro volta i parametri costituzionali – articoli 11 e 117, 1° comma, Cost. – che a quelle norme fanno rinvio”<sup>44</sup>. Non essendo infatti la decisione quadro dotata di efficacia diretta, il conflitto tra questa e la legge d'attuazione si traduce, secondo la giurisprudenza della Corte costituzionale, in un vizio di costituzionalità delle legge per violazione dei citati articoli 11 e 117, 1° comma.

La distinzione tra decisione quadro e legge d'attuazione come oggetto del giudizio delle Corti però appare a volte più formale che sostanziale. Ciò avviene laddove la verifica di costituzionalità di particolari aspetti della disciplina stabilita dalla legge nazionale d'attuazione è condotta senza prima domandarsi se effettivamente si tratti di aspetti lasciati dalla decisione quadro alla libera determinazione degli Stati membri e se la maniera in cui il singolo legislatore nazionale li ha disciplinati sia rispettosa della lettera e della *ratio* della decisione quadro.

In casi del genere i due piani tendono a confondersi e non è chiaro se l'oggetto della verifica di costituzionalità sia la legge nazionale in quanto tale o non la stessa decisione quadro, di cui si forza il testo o lo spirito, imponendone una lettura coerente con la legge d'attuazione e quindi con la Costituzione.

Di ciò l'esempio più evidente si ha nella sentenza della Corte ceca, dove la legge d'attuazione è giudicata costituzionale ma solo perché, come si è visto, richiede sempre il consenso del cittadino oggetto del MAE ad essere consegnato allo Stato d'emissione. Una tale conclusione, presa senza domandarsi che cosa effettivamente stabilisca in proposito la decisione quadro, può suonare come una critica a contrario rivolta alla decisione quadro, la quale, se non fosse stato per l'intervento “correttivo” del legislatore nazionale, avrebbe rischiato di essere essa stessa in contraddizione con la Costituzione ceca.

<sup>42</sup> Punto 52 ss., dove vengono richiamate le conclusioni della precedente sentenza dell'8 marzo 2006, n. Pl. ÚS 50/2004.

<sup>43</sup> V., ad esempio, punto 88.

<sup>44</sup> Punto 7.1 della parte in diritto.

Anche la sentenza del Bundesverfassungsgericht può essere letta come rivolta in realtà a criticare contemporaneamente la legge tedesca d'attuazione e la stessa decisione quadro. Sembra di comprendere che, secondo il Tribunale federale, il motivo di rifiuto dell'esecuzione nel caso di MAE emesso a carico di un cittadino tedesco per reati commessi nel territorio nazionale dovrebbe valere, dal punto di vista della Legge fondamentale, come motivo obbligatorio di rifiuto e non come motivo meramente facoltativo come previsto dall'art. 4, par. 7, lett. a), della decisione quadro.

9. Un secondo tratto comune a quasi tutte le decisioni delle Corti costituzionali e supreme è costituito dall'essersi le Corti riferite all'obbligo di interpretazione conforme stabilito dalla giurisprudenza della Corte di giustizia ed esteso, con la richiamata sentenza sul caso *Pupino*, anche alle decisioni quadro. In particolare la Corte costituzionale polacca, la Corte suprema cipriota, la Corte costituzionale ceca e quella italiana si riferiscono espressamente a tale obbligo<sup>45</sup>. Fa eccezione in proposito il Bundesverfassungsgericht. L'obbligo di interpretazione conforme è infatti citato nell'opinione dissenziente del giudice Gerhardt ma mai nella sentenza.

Il rilievo che tutte le altre Corti abbiano mostrato di essere a conoscenza di tale obbligo nonché della sua portata e dei suoi limiti non significa tuttavia che esso sia stato sempre osservato nella stessa misura o con risultati altrettanto efficaci. Le decisioni esaminate in realtà presentavano, sotto il profilo dell'obbligo di interpretazione conforme, una particolare difficoltà. Trattandosi di dover risolvere questioni di costituzionalità, le Corti erano chiamate a confrontare e, se possibile, a conciliare tra di loro tre diverse fonti: la decisione quadro, la legge nazionale d'attuazione e la propria Costituzione.

In un contesto del genere, l'obbligo d'interpretazione conforme poteva essere ed in effetti è stato affrontato in più modi.

In primo luogo, alcune Corti si sono poste il problema del se le stesse norme costituzionali invocate come parametro della verifica di costituzionalità si prestassero ad essere interpretate in conformità all'esigenza di non impedire l'applicazione della decisione quadro. In questa prospettiva, esse si sono sforzate di interpretare le norme costituzionali in maniera sufficientemente flessibile così da scongiurare il rischio di una dichiarazione di incostituzionalità delle norme interne d'attuazione.

In secondo luogo, altre Corti hanno cercato di interpretare le leggi d'attuazione in conformità alla decisione quadro. Ciò è avvenuto tuttavia seguendo due percorsi diversi. In un caso, è stata esaminata la possibilità di evitare la dichiarazione di incostituzionalità delle legge d'attuazione, eliminando in via ermeneutica le divergenze tra decisione quadro e legge d'attuazione e dando di quest'ultima un'interpretazione coerente con la prima.

---

<sup>45</sup> La Corte cipriota e quella ceca citano la sentenza sul caso *Pupino*, che era già stata pubblicata quando le due Corti si sono pronunciate. La sentenza della Corte polacca invece è stata emessa prima della sentenza *Pupino*, ma dopo la presentazione delle conclusioni dell'Avvocato generale: v. A. NUSSBERGER, *op. cit.*, p. 166.

In un altro caso, è stata seguita una via meno diretta. Si è utilizzato lo strumento dell'interpretazione adeguatrice o costituzionalmente orientata per attribuire alle norme interne di attuazione o alla stessa decisione quadro un significato compatibile con le norme costituzionali la cui violazione veniva invocata. Il fine non dichiarato dell'operazione ermeneutica è stato, anche in questo caso, di evitare la dichiarazione di incostituzionalità delle norme interne d'attuazione che avrebbe reso a sua volta inapplicabile la decisione quadro.

La prima prospettiva è stata praticata o almeno tentata dalla Corte polacca, da quella cipriota e da quella ceca ma con risultati alquanto diversi. Occupandosi delle disposizioni delle rispettive costituzioni nazionali che vietano, esplicitamente o implicitamente, l'estradizione del cittadino, la Corte polacca e la Corte cipriota sembrano riconoscere che, in linea teorica, l'obbligo trovi applicazione anche all'interpretazione delle disposizioni costituzionali. Entrambe si sono infatti interrogate sul se la decisione quadro imponesse loro di "leggere" le disposizioni costituzionali in senso restrittivo, in maniera da escluderne l'applicazione all'ipotesi di consegna di un cittadino in esecuzione di un MAE. Tuttavia, per i motivi indicati più sopra, tanto l'una quanto l'altra Corte sono giunte alla conclusione che una tale interpretazione conforme non era possibile.

Confrontando le due decisioni sul punto, l'atteggiamento negativo della Corte polacca appare più giustificato a fronte di una norma costituzionale che vietava esplicitamente e in maniera assoluta l'estradizione del cittadino<sup>46</sup>. In queste condizioni un'interpretazione diversa da quella adottata avrebbe potuto costituire un'ipotesi di *interpretatio contra legem* che nemmeno la Corte di giustizia ammette<sup>47</sup>.

La Corte polacca d'altra parte pone un rimedio almeno parziale all'impossibilità di praticare l'interpretazione conforme nei confronti dell'art. 55, par. 1, applicandola di fatto all'art. 190, par. 3, della Costituzione polacca e giustificando la decisione di posticipare l'efficacia della dichiarazione d'incostituzionalità della legge d'attuazione proprio in ragione dell'esigenza di non violare gli obblighi dello Stato derivanti dai trattati e in particolare dalla decisione quadro.

L'atteggiamento di chiusura della Corte cipriota appare invece meno convincente. Come si è visto, l'art. 11, par. 2, lett. f), della Costituzione cipriota non prevedeva espressamente un divieto di estradizione per il cittadino. Anche

<sup>46</sup> Così A. NUSSBERGER, *op. cit.*, p. 165. Di diverso avviso D. LECZYKIEWICZ, *op. cit.*, p. 1186. Peraltro la Corte polacca applica implicitamente l'obbligo d'interpretazione conforme all'art. 190, par. 3, della Costituzione, ritenendo che il suo potere di posticipare l'effetto nel tempo delle sue decisioni di incostituzionalità possa essere esercitato quando vi è l'esigenza di evitare che la Polonia violi i suoi obblighi internazionali e, in particolare, quelli derivanti dalla decisione quadro. Sul punto A. NUSSBERGER, *op. cit.*, p. 167.

<sup>47</sup> Più dubbio è l'argomento riguardante l'aggravamento della responsabilità penale che sarebbe causato dalla consegna di un cittadino in esecuzione di un MAE. Cfr. la sentenza *Advocaten voor de Wereld* e la sentenza della Corte costituzionale ceca, in cui, come si è visto, si nega che la decisione quadro contenga essa stessa norme incriminatrici: *supra*, par. 5. Nel senso che l'esecuzione di un MAE non può essere considerata come comportante un aggravamento della responsabilità penale della persona ricercata v. A. HINAJEROS PARGA, *op. cit.*, p. 593.

ammesso che un'interpretazione diversa di tale norma non fosse praticabile, restava pur sempre la possibilità di far ricadere l'esecuzione di un MAE a carico di un cittadino nel campo d'applicazione dell'art. 12, lett. c), come pure era stato proposto dall'Attorney-General. Si trattava pur sempre di norme risalenti ad un'epoca (1960) in cui Cipro non apparteneva all'Unione europea e la decisione quadro non era stata nemmeno immaginata. In queste condizioni il mero richiamo alla giurisprudenza precedente e l'insistenza sulla mancata previsione espressa del MAE da parte del testo vigente dell'art. 12 dimostrano un atteggiamento non particolarmente sollecito nel rispettare l'obbligo di interpretazione conforme.

L'estensione alle norme costituzionali dell'obbligo di interpretazione conforme è espressamente affermata dalla Corte ceca. Nella sentenza esaminata, l'interpretazione dell'art. 14, par. 4, della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali nel senso di non escludere l'esecuzione di un MAE a carico di un cittadino è giustificata proprio in ragione dell'obbligo che impone alla Corte di preferire un'interpretazione delle norme costituzionali che permetta l'adempimento degli obblighi dello Stato verso l'Unione europea.

La seconda prospettiva è stata esplorata, seppure senza successo, dalla Corte costituzionale italiana. Come si è visto, la Corte si è domandata se non fosse possibile interpretare l'art. 18, 1° comma, lett. f), della l. n. 69/2005 in senso conforme alla decisione quadro e perciò considerare tale disposizione come applicabile anche nei confronti di una persona ricercata che non abbia la cittadinanza italiana. Una conclusione del genere avrebbe reso la questione di costituzionalità infondata (o forse addirittura inammissibile), assicurando allo stesso tempo un'attuazione corretta della decisione quadro.

La conclusione che invece una tale interpretazione conforme non era possibile per i motivi già indicati può apparire non del tutto soddisfacente soprattutto se confrontata alla sollecitudine mostrata dalle Sezioni unite penali della Corte di cassazione a proposito del grave problema posto dall'art. 18, 1° comma, lett. e), della l. 69/2005<sup>48</sup>. Va tuttavia osservato che, dal punto di vista delle esigenze di attuazione della decisione quadro, il risultato non cambia, avendo proceduto

---

<sup>48</sup> Cassazione penale, SS.UU., sentenza del 30 gennaio 2007, n. 4614, in *RDI*, 2007, p. 896. Si ricorderà come l'art. 18, 1° comma, lett. e), prescrive come motivo obbligatorio di rifiuto di eseguire un MAE la mancata previsione da parte della legislazione dello Stato di emissione di "limiti massimi della carcerazione preventiva". La nozione richiamata è stata interpretata, in ossequio all'obbligo di interpretazione conforme, come limitata all'esigenza di verificare che "nella legislazione dello Stato membro di emissione sia espressamente fissato un termine di durata della custodia cautelare fino alla sentenza di condanna di primo grado o, in mancanza, se un limite temporaneo implicito sia comunque desumibile da altri meccanismi processuali che instaurino, obbligatoriamente e con cadenze predeterminare, un controllo giurisdizionale funzionale alla legittima prosecuzione della custodia cautelare o, in alternativa, alla estinzione della stessa". La soluzione interpretativa adottata dalle Sezioni Unite ha consentito alla Corte costituzionale di dichiarare inammissibili le eccezioni di costituzionalità dell'art. 18, 1° comma, lett. e), sollevate da alcuni giudici per violazione degli articoli 11 e 117, 1° comma, Cost. e, indirettamente, della decisione quadro: v., ad esempio, l'ordinanza n. 109 del 14 aprile 2008.

la Corte costituzionale ad una dichiarazione di incostituzionalità soltanto parziale dell'art. 18, 1° comma, lett. f), con l'effetto di mantenere in vigore la norma privata degli aspetti discriminatori<sup>49</sup>.

Secondo alcuni, la terza prospettiva avrebbe invece potuto essere seguita dal Bundesverfassungsgericht. Nella sua opinione dissenziente, il giudice Gerhardt sostiene che la Corte avrebbe ben potuto interpretare la legge d'attuazione e la stessa decisione quadro come se non imponessero alle autorità tedesche di autorizzare l'esecuzione di un MAE emesso a carico di un cittadino tedesco in condizioni tali da violare il principio costituzionale di proporzionalità<sup>50</sup>. La dichiarazione d'incostituzionalità avrebbe pertanto potuto essere evitata adottando un'interpretazione meno rigida della legge d'attuazione e della decisione quadro.

In una prospettiva simile si pone la Corte ceca nella parte della sentenza in cui, come si è visto, concentra la sua attenzione sulle norme d'attuazione della decisione quadro che richiedono l'assenso del cittadino perché possa essere consegnato allo Stato di emissione del MAE. La Corte sembra ricostruire la disciplina interna in termini molto garantistici nei confronti del cittadino in maniera da fugare ogni dubbio circa la sua compatibilità con l'art. 14, par. 4, della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali.

Colpisce in proposito il fatto che nella decisione non ci si interroghi affatto sul se la disciplina interna sia compatibile o meno con la decisione quadro. Sembra pertanto che la Corte costituzionale ceca, pur ammettendo che l'art. 14, par. 6, della Carta dei diritti e delle libertà fondamentali debba essere interpretato conformemente alla decisione quadro, si faciliti il compito assumendo come parametro per effettuare tale interpretazione conforme non la decisione quadro in quanto tale ma la maniera particolarmente favorevole al cittadino con la quale la stessa è stata attuata dal legislatore ceco. In altri termini la Corte conclude che l'art. 14, par. 6 va interpretato nel senso di non vietare l'esecuzione di un MAE emesso nei confronti di un cittadino ma soltanto *alle condizioni previste dalla legislazione ceca d'attuazione*. Non è dato sapere come la Corte avrebbe deciso qualora il legislatore ceco si fosse mantenuto sul punto più fedele alla decisione quadro.

<sup>49</sup> Anche il Bundesverfassungsgericht avrebbe dovuto procedere ad una dichiarazione parziale d'incostituzionalità, lasciando sopravvivere la legge d'attuazione nelle parti che non contrastavano con la Legge fondamentale, in particolare con riferimento all'esecuzione di un MAE emesso nei confronti di un non cittadino: in questo senso l'opinione dissenziente del giudice Lübke-Wolff. V. anche A. HINAJEROS PARGA, *op. cit.*, p. 594.

<sup>50</sup> Sul punto v. A. HINAJEROS PARGA, *op. cit.*, p. 588. Secondo N. NOHLEN, *op. cit.*, p. 155, inoltre, l'esecuzione di un MAE emesso nei confronti di un cittadino tedesco per reati commessi nel territorio nazionale, giudicata come non permessa dall'art. 16 della Legge fondamentale, è in realtà un'ipotesi puramente teorica e improbabile. Considerato che nell'ordinamento tedesco l'esercizio dell'azione penale è obbligatorio, in casi del genere, la stessa comunicazione del MAE alle autorità tedesche avrebbe loro imposto di avviare l'azione penale, facendo così scattare il motivo di rifiuto previsto dall'art. 4, par. 1, della decisione quadro.



**10.** Un terzo ed ultimo tratto che accomuna le decisioni esaminate è che in nessuna di esse le Corti costituzionali o supreme, pur essendo chiamate a risolvere questioni che presupponevano l'interpretazione di norme dell'Unione e in particolare della decisione quadro, hanno operato un rinvio pregiudiziale d'interpretazione o anche di validità alla Corte di giustizia ai sensi dell'art. 35, par. 1, TUE (nella versione pre-Lisbona)<sup>51</sup>.

Non che l'eventualità di un rinvio pregiudiziale non sia stata mai evocata. Nel giudizio di costituzionalità dinanzi al Bundesverfassungsgericht la difesa del Governo federale aveva espressamente formulato una richiesta in tal senso<sup>52</sup>. La Corte ceca aveva essa stessa esaminato la possibilità di adire pregiudizialmente la Corte di giustizia o almeno di sospendere il giudizio in attesa della imminente sentenza sul caso *Advocaten voor de Wereld*, soluzione poi scartata perché giudicata non necessaria<sup>53</sup>.

Questo atteggiamento desta meraviglia<sup>54</sup> soprattutto dal momento che le Corti si mostrano ben al corrente della pertinente giurisprudenza della Corte di giustizia e ne riconoscono a volte esplicitamente il carattere vincolante anche nei loro confronti<sup>55</sup>.

Diverse motivazioni possono spiegare questo atteggiamento. Da un lato può aver giocato la ritrosia che, in via generale, tutte le Corti costituzionali o supreme degli Stati membri manifestano nel fare uso del rinvio pregiudiziale. Dall'altro la scelta di non chiedere la collaborazione della Corte di giustizia, riservando a sé la decisione su come interpretare non soltanto le disposizioni costituzionali e quelle delle leggi d'attuazione ma anche, più o meno direttamente, la stessa decisione quadro, può essere stata dettata dalla volontà di evitare il rischio che un'interpretazione particolarmente rigida della decisione quadro da parte della Corte di giustizia rendesse impossibile quella difficile opera di conciliazione che talune Corti hanno svolto per evitare la dichiarazione di incostituzionalità.

La posizione della Corte costituzionale italiana in proposito richiede qualche riflessione ulteriore. Come è noto, la Corte, pur avendo recentemente accettato di operare essa stessa un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia nell'ambito

---

<sup>51</sup> Sul punto va segnalato che, anche se lo avesse voluto, la Corte costituzionale polacca non avrebbe potuto operare un rinvio pregiudiziale, non avendo la Repubblica di Polonia depositato la dichiarazione di accettazione della competenza della Corte di giustizia ai sensi dell'art. 35, par. 2. Vedi D. LECZYKIEWICZ, *op. cit.*, p. 1187.

<sup>52</sup> Punto 41.

<sup>53</sup> Punto 60. La superfluità della sospensione in attesa della sentenza della Corte di giustizia è motivata col rilievo che comunque la Corte ceca ritiene possibile un'interpretazione della legge d'attuazione conforme alla Costituzione.

<sup>54</sup> Non può omettersi di citare in proposito il diverso atteggiamento della Corte costituzionale belga (che ha sostituito il Tribunale arbitrale autore del rinvio pregiudiziale nel caso *Advocaten voor de Wereld*). Tale organo ha operato di recente un ulteriore rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia sull'interpretazione della decisione quadro. Il rinvio ha dato luogo alla sentenza del 21 ottobre 2010, causa C-306/09, *I. B.*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

<sup>55</sup> Corte costituzionale, sentenza n. 227/10, punto 8 della parte in diritto.



del giudizio di costituzionalità in via principale<sup>56</sup>, non ha ancora esteso una tale eventualità al giudizio di costituzionalità in via incidentale. In generale, tuttavia, applicando il complesso meccanismo della c.d. doppia pregiudizialità, la Corte richiede al giudice ordinario di adire la Corte di giustizia per ottenere l'interpretazione "autentica" delle disposizioni dell'Unione in causa e di rivolgersi alla Corte costituzionale soltanto in seguito, qualora non possa egli stesso risolvere il conflitto con la norma interna.

Nella sentenza esaminata la Corte, pur facendo ampi riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia in materia, non ha nemmeno evocato la possibilità di operare essa stessa un nuovo rinvio d'interpretazione o di rinviare gli atti ai giudici *a quo* perché vi provvedessero. La Corte ha invece proceduto essa stessa ad interpretare le norme dell'Unione. Questa soluzione "autarchica" potrebbe spiegarsi con l'implicita convinzione da parte della Corte di trovarsi di fronte ad una questione chiara ovvero ad una questione la cui soluzione si imponeva in base ai precedenti delle più volte citate sentenze *Kozłowski* e soprattutto *Wolzenburg*. In casi del genere, secondo la celebre sentenza *CILFIT*<sup>57</sup>, nemmeno un giudice di ultima istanza sarebbe tenuto al rinvio.

E tuttavia, anche se letto da questa angolatura, il mancato coinvolgimento della Corte di giustizia appare motivato in maniera insoddisfacente almeno per quanto riguarda l'incidenza dell'art. 18 TFUE, norma di cui la Corte costituzionale sembra inopinatamente negare la diretta efficacia<sup>58</sup>. Tale conclusione infatti viene fatta propria dalla Corte senza citare precisi precedenti della Corte di giustizia e si spiega, con tutta probabilità, soltanto in funzione della volontà della Corte costituzionale di riservare a se stessa la soluzione della questione interpretativa anziché riferirla al giudice ordinario, come invece sarebbe stato necessario affermando l'efficacia diretta dell'art. 18.

**11.** È possibile, in conclusione, avvertire nelle pronunce esaminate nei paragrafi precedenti la presenza di un "dialogo tra Corti"?

Come si è visto, pur nella loro diversità intrinseca e di metodo, le pronunce rivelano in effetti alcuni promettenti elementi comuni. In particolare quasi tutte dimostrano di conoscere la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di obbligo di interpretazione conforme e di essere sensibili a ciò che tale giurisprudenza richiede, anche se non tutte le Corti mostrano la stessa duttilità nell'interpretare le norme interne, soprattutto quelle di rango costituzionale.

<sup>56</sup> Ordinanza del 15 aprile 2008, n. 103.

<sup>57</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 6 ottobre 1982, causa 283/81, *CILFIT*, *Raccolta*, p. 3415.

<sup>58</sup> Punto 7.1 della parte in diritto. L'orientamento della Corte sembra clamorosamente contraddetto da quanto sostenuto dalla Corte di giustizia nella più volte richiamata sentenza *Wolzenburg*, dove si legge che "un cittadino di uno Stato membro che risiede legittimamente in un altro Stato membro ha diritto di avvalersi dell'art. 12, 1° comma, CE [ora art. 18 TFUE] nei confronti di una normativa nazionale, quale l'OLW, che stabilisce le condizioni secondo le quali l'autorità giudiziaria competente può rifiutare di eseguire un mandato di arresto europeo emesso ai fini dell'esecuzione di una pena detentiva" (punto 47).

Ciò che lascia perplessi è invece la tendenza a interpretare in chiave nazionale la stessa decisione quadro o più esattamente la portata degli spazi di discrezionalità che tale atto lascia all'autonoma scelta degli Stati membri. Come si è visto ciò vale in particolare per quanto riguarda l'ipotesi di MAE emesso a carico di un cittadino e la possibilità che in questi casi l'esecuzione venga rifiutata o subordinata a condizioni non previste dalla decisione quadro.

In quest'ottica, la mancata utilizzazione del rinvio pregiudiziale rappresenta un'occasione mancata per coinvolgere la Corte di giustizia nella risoluzione di questioni interpretative del genere e indurla a confrontarsi direttamente con le Corti costituzionali e supreme su profili di loro specifica competenza.

In conclusione, anche se in nessuna delle decisioni esaminate si assiste ad una aperta "ribellione" nei confronti della giurisprudenza della Corte di giustizia, resta il dubbio che il dialogo diretto tra Corti sia stato evitato proprio per non costringere le Corti costituzionali ad un passo così drammatico.

## Abstract

### The Dialogue between the European Court of Justice and the Supreme Courts of the Member States: The Case of the European Arrest Warrant

Does a dialogue between the Constitutional and Supreme Courts of the Member States, on one hand, and the Court of Justice of the European Union, on the other hand, really exist or is it no more than a "myth", of which a lot is talked about only to disguise the intention of each of the stake-holders not to waive their own competence? The present article aims at testing whether such a dialogue exists and what its scope is by confronting the numerous rulings issued during a relatively short stretch of time by the Constitutional and Supreme Courts of a number of Member States on the framework decision on the European Arrest Warrant and the case-law which the Court of Justice has produced in the same period.



Carlo Curti Gialdino

# Osservazioni sul contenuto e sul valore giuridico del preambolo del Trattato sull'Unione europea\*

SOMMARIO: 1. Osservazioni preliminari. Il contenuto e la funzione del preambolo negli accordi internazionali. – 2. Il contenuto del preambolo del Trattato sull'Unione europea quale risulta dalla stratificazione del Trattato di Maastricht e successive modificazioni. – 3. Il mantenimento del riferimento ai dodici Stati contraenti il Trattato di Maastricht. – 4. L'assenza del riferimento ai popoli dell'Unione come *incipit* del preambolo. – 5. La continuità del processo d'integrazione europea e i riflessi sulla natura giuridica dell'UE: il concetto di Federazione di Stati-Nazione. – 6. I fondamenti ideali dell'UE: le eredità culturali, religiose e umanistiche dell'Europa e l'assenza di un riferimento esplicito alle radici cristiane. – 7. L'ancoraggio ai diritti fondamentali quale elemento qualificante della costruzione europea. – 8. Il valore giuridico del preambolo. Gli orientamenti desumibili dalla dottrina e dalla giurisprudenza internazionale. Le indicazioni che si ricavano dalla giurisprudenza e dalla prassi CE/UE.

1. Risale all'antichità la prassi di far precedere i trattati da un preambolo<sup>1</sup>. Infatti, troviamo un preambolo già nel trattato di pace del 1278 a.C. tra il Faraone d'Egitto Ramsesse II ed Hauttusilli II, Re degli Ittiti, che è il più antico accordo internazionale che ci sia pervenuto. Fin da allora, allorché previsto, il preambolo costituisce la parte iniziale del trattato e precede la parte c.d. dispositiva. Di regola, il preambolo inizia con l'enumerare le Parti contraenti, attraverso la menzione dei nomi dei Capi di Stato contraenti o dei loro governi oppure menzionando i nomi delle persone che hanno firmato l'atto, con l'indicazione degli Stati in nome dei quali esse hanno agito. Contiene poi l'indica-

\* Il presente scritto è destinato anche al *Liber Amicorum Claudio Zanghì*.

<sup>1</sup> Sul preambolo degli accordi internazionali v. specialmente P. YOU, *Le préambule des traités internationaux*, Fribourg, 1941; ID., *L'interprétation des traités et le rôle du préambule dans cette interprétation*, in *Revue de droit international et de science diplomatiques et politiques*, 1942, p. 22 ss.; L. DISCHLER, *Präambel*, in H. J. SCHLOCHAUER (Hrsg.), *Wörterbuch des Völkerrechts*, Berlin, 1961, p. 790 s.; J. A. CORRIENTE CORDOBA, *Valoración jurídica de los preámbulos de los tratados internacionales*, Pamplona, 1973; H. D. TREVIRANUS, *Preamble*, in *EPIL*, III, 1997, p. 1097 s.; E. SUY, *Le préambule*, in E. YAKPO, T. BOUMEDRA (eds.), *Liber amicorum Judge Mohammed Bedjaoui*, La Haye-London-Boston, 1999, p. 253 ss.; M. MOÏSE MBENGUE, *Preamble*, in *The Max Planck Encyclopedia of Public International Law*, 2006 (www.mpepil.com, reperibile on line).

zione, più o meno elaborata, dell'oggetto o delle finalità dell'accordo e termina fornendo l'indicazione nominativa dei plenipotenziari<sup>2</sup>.

Se, generalmente, il preambolo degli accordi bilaterali è "breve"<sup>3</sup> e non presenta grande interesse, il discorso è notevolmente diverso per gli accordi multilaterali, che spesso contengono preamboli "lunghi". Ciò avviene, ad esempio, per quanto riguarda gli accordi di codificazione<sup>4</sup> e, soprattutto, con riferimento agli accordi istitutivi di enti internazionali<sup>5</sup>. Rispetto a questi ultimi, il preambolo svolge una ulteriore, particolare, funzione: quella di costituire una fonte di legittimità dell'ente, nella misura in cui fornisce la giustificazione della creazione dell'organizzazione internazionale, che, di regola, concretamente risulta istituita alla fine del preambolo. Nella medesima parte finale del preambolo è indicata sovente la stessa denominazione dell'ente. Tale denominazione, a sua volta, riveste una finalità simbolica, oltreché informativa, la cui scelta dipende, per un verso, dalla specificità dell'oggetto dell'ente e, per l'altro, dal suo ambito geografico di attività<sup>6</sup>. Talvolta, le enunciazioni contenute nel preambolo indicano la volontà delle Parti contraenti di segnare una sorta di "rottura" con il recente passato<sup>7</sup> creando una forte solidarietà fra gli Stati membri. Talaltra, come avviene, segnatamente, quando si è in presenza di una successione tra organizzazioni internazionali o di un approfondimento della cooperazione organizzata tra gli Stati membri per il tramite di un ente internazionale, il preambolo fornisce la motivazione delle dette vicende. In ogni caso, il preambolo inquadra e orienta l'attività specifica dell'ente internazionale, cosicché il riferimento agli obiettivi iscritti nel preambolo costituisce elemento privilegiato d'interpretazione ai fini, soprattutto, della delimitazione *ratione materiae* delle competenze dell'organizzazione e *ratione loci* della sfera spaziale d'azione dell'ente.

2. Conformemente alla prassi degli accordi istitutivi di enti internazionali, anche il Trattato sull'Unione europea (di seguito TUE) si apre con un preambolo

<sup>2</sup> Per gli aspetti definitori, v. soprattutto J. BASDEVANT (dir.), *Dictionnaire de la terminologie du droit international*, Paris, 1960, p. 465 s.; A. MARESCA, *Dizionario giuridico diplomatico*, Milano, 1991, p. 453; J. SALMON (dir.), *Dictionnaire de droit international public*, Bruxelles, 2001, p. 864 s.

<sup>3</sup> Così, ad esempio, negli accordi di carattere commerciale e tecnico, il preambolo si limita a menzionare il comune intento di sviluppare la collaborazione economica; nei trattati di carattere politico, invece, il preambolo è impiegato per porre in rilievo e rinsaldare i legami di pace e di amicizia tra i Paesi.

<sup>4</sup> V., al riguardo, E. SUY, *op. cit.*, p. 258 ss.

<sup>5</sup> In generale, sui preamboli degli accordi istitutivi di organizzazioni internazionali v. B. MIRANDA METOU, *Le préambule des actes constitutifs des organisations internationales*, in *RHDI*, 2010, p. 635 ss.

<sup>6</sup> *Ibidem*, p. 647.

<sup>7</sup> V., ad esempio, il 1° cpv. della Carta delle Nazioni Unite, nel quale i popoli delle Nazioni Unite si dichiarano risolti "[à] préserver les générations futures du fléau de la guerre qui deux fois en l'espace d'une vie humaine a infligé à l'humanité d'indicibles souffrances" ed il 3° cpv. preambolo del Trattato sull'Unione europea, in cui gli Stati membri rammentano "l'importanza storica della fine della divisione del continente europeo".

nel quale sono enumerate le Parti contraenti, enunciate le motivazioni che hanno determinato la conclusione del Trattato, indicate le finalità, l'oggetto, gli orientamenti perseguiti dagli Stati firmatari, la funzione che l'ente è chiamato ad assolvere nell'interesse degli Stati fondatori e di quelli che successivamente aderiscono, nonché la menzione dei nomi dei plenipotenziari e l'attestazione dell'avvenuto reciproco scambio dei poteri e della loro verifica.

Nel preambolo del TUE<sup>8</sup>, che comprende quattordici capoversi, sono in particolare enunciati i principi di natura politica, economica e sociale posti a fondamento dell'Unione europea (di seguito UE), i motivi ispiratori posti a base della creazione dell'UE, il contesto storico, l'inquadramento valoriale etico e giuridico del processo di integrazione in un'ottica di politica costituzionale, il tutto con lo scopo di dare – per adoperare le parole utilizzate da Alberto Trabucchi in relazione al preambolo del Trattato istitutivo della Comunità economica europea (di seguito Trattato CEE) – “un senso e un'anima all'iniziativa”<sup>9</sup>.

Sotto il profilo redazionale, vale la pena di ricordare che il preambolo del TUE è sostanzialmente basato sul testo contenuto nel Trattato di Maastricht del 1992, come modificato dal Trattato di Amsterdam del 1997. Quest'ultimo ha aggiunto, in particolare, un capoverso (il 5°), contenente un riferimento alla tutela dei diritti sociali fondamentali e agli strumenti relativi (le Carte sociali del 1961 e del 1989<sup>10</sup>), ha menzionato il principio dello sviluppo sostenibile (al 9° cpv.) ed ha modificato un capoverso (il 12°) dedicato alla libertà di circolazione

---

<sup>8</sup> La letteratura sul preambolo del TUE, dopo la modifiche apportate dal Trattato di Lisbona, è ancora scarsa. V., tuttavia, L. MILIOPOULOS, *Le préambule du traité de Lisbonne*, in C. DEMESMAY, A. MARCHETTI (dirs.), *Le Traité de Lisbonne en discussion: quels fondements pour l'Europe?*, Paris, 2009, p. 29 ss.; H. WIDDER, *Die Präambeldiskussion auf europäischer und nationaler Ebene*, in A. MALICKA (Hrsg.), *Der Einfluss des Gemeinschaftsrechts auf das Recht der Mitgliedstaaten der EU: Tagungsband zum wissenschaftlichen Symposium in Klingenthal-Elsass 2005*, Wrocław, 2009, p. 45 ss.; C. PINELLI, *Il preambolo, i valori, gli obiettivi*, in F. BASSANINI, G. TIBERI (a cura di), *Le nuove istituzioni europee. Commento al Trattato di Lisbona*, Bologna, 2010, II ed., p. 67 ss.; I. PINGEL, *Préambule*, in I. PINGEL (dir.), *Da Rome à Lisbonne. Commentaire article par article des Traités UE et CE*, Bâle-Paris-Bruxelles, 2010, II ed., p. 3 ss. Sulle precedenti versioni del TUE v. D. SIMON, *Préambule*, in V. CONSTANTINESCO, R. KOVAR, D. SIMON (dirs.), *Traité de l'Union européenne (signé à Maastricht le 7 février 1992). Commentaire article par article*, Paris, 1995, p. 51 ss.; M. ZULEEG, *Präambel*, in H. VON DER GROEBEN, J. THIESING, C. D. EHLERMANN (Hrsg.), *Kommentar zum EU/EG Vertrag*, Baden-Baden, 1997, V ed., pp. 1/46-1/56; C. O. LENZ, *Die Präambel*, in C. O. LENZ (Hrsg.), *EU-Verträge. Kommentar*, Köln-Wien, 1999, II ed., p. 83 s.; L. FUMAGALLI, *Preambolo TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea e della Comunità europea*, Milano, 2004, p. 29 ss.; M. HILF, E. PACHE, *Präambel*, in E. GRABITZ, M. HILF (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, München, 2004, p. 1 ss.

<sup>9</sup> A. TRABUCCHI, *Preambolo*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (diretto da), *Trattato istitutivo della Comunità economica europea. Commentario*, I, Milano, 1965, p. 17 ss., spec. p. 19.

<sup>10</sup> Si tratta, come noto, della Carta sociale europea, negoziata nell'ambito del Consiglio d'Europa e firmata a Torino il 18 ottobre 1961 (una versione riveduta, aperta alla firma il 3 aprile 1996, è entrata in vigore il 1° luglio 1999 e, al 31 maggio 2011, risulta ratificata da 30 Stati, tra cui l'Italia) e della Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori, adottata dal Consiglio europeo di Strasburgo del 9 dicembre 1989 dagli allora dodici Stati membri delle Comunità europee, ad eccezione del Regno Unito.

delle persone, aggiornando la terminologia, che sostituisce l'espressione "giustizia ed affari interni", con la formula "spazio di libertà, sicurezza e giustizia". Mentre il Trattato di Nizza del 2001 non aveva apportato modifiche al preambolo del TUE, il Trattato di Lisbona, ponendosi nel solco della continuità, si è limitato ad aggiungere un capoverso (il 2°), che menziona i riferimenti storici ideali (le "eredità") dell'Europa da cui si sono sviluppati i valori universali dei diritti fondamentali, ripreso testualmente dal 1° cpv. del Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa (di seguito Trattato costituzionale).

Il preambolo, pertanto, proclama le solenni motivazioni perseguite con l'istituzione dell'Unione europea e le contestualizza, tenendo conto delle modifiche subite dal Trattato di Maastricht, senza dimenticare l'apporto ideale del Trattato costituzionale. Quest'ultimo presentava la particolarità di contenere due preamboli, di cui un primo preambolo<sup>11</sup>, che poteva essere definito generale, era posto all'apertura del Trattato costituzionale ed un secondo preambolo<sup>12</sup>, inserito in apertura della parte II, che riproduceva, con talune modifiche, quello della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea nella versione di Nizza (2000).

<sup>11</sup> Sul preambolo del progetto di Trattato che istituisce una Costituzione per l'Europa, v., A. VON BOGDANDY, *Preamble*, in B. DE WITTE (ed.), *Ten Reflections on the Constitutional Treaty*, Firenze, 2003, p. 3 ss.; J. SCHWIND, *The Preamble of the Treaty Establishing a Constitution for Europe: A Comment on the Work of the European Convention*, in *GYIL*, 2003, p. 353 ss.; G. AMATO, *Costituzione europea: ma a che serve il Preambolo?*, in *Sant'Anna News*, 2004, n. 23, pp. 1 e 9; A. VON BOGDANDY, *The European Constitution and European Identity: A Critical Analysis of the Convention's Draft Preamble*, in J. H. H. WEILER, C. EISGRUBER (eds.), *Altneuland: The EU Constitution in a Contextual Perspective*, Jean Monnet Working Paper 5/04, 2004, ([www.jeanmonnetprogram.org](http://www.jeanmonnetprogram.org), reperibile *on line*). Sul preambolo del Trattato costituzionale v. P. GROSSI, *A proposito del preambolo nella Costituzione dell'Unione europea*, in A. D'ATENA, P. GROSSI (a cura di), *Tutela dei diritti fondamentali e costituzionalismo multilivello*, Milano, 2004, p. 37 ss.; F. BRIGUGLIO, *Il preambolo della "Costituzione europea"*, in A. ZANOBETTI PAGNETTI (a cura di), *La Costituzione europea. Una riflessione interdisciplinare*, Torino, 2005, p. 87 ss.; A. CANTARO, C. MAGNANI, *L'ambiguo Preambolo: atto formalmente internazionale, dichiarazione sostanzialmente costituzionale*, in *Rass. DPE*, 2005, p. 51 ss.; C. CURTI GIALDINO, *La Costituzione europea. Genesi-Natura-Struttura-Contenuto*, Roma, 2005, p. 61 ss.; A. LEVADE, *Préambule*, in L. BOURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD, (dirs.), *Traité établissant une Constitution pour l'Europe*, I, *Partie I et IV, "Architecture constitutionnelle"*, Bruxelles, 2005, p. 1 ss.; C. PINELLI, *op. cit.*, p. 35 ss.; G. SOULIER, *Les mots du préambule*, in *Les mots de la Constitution européenne*, Paris, 2005, p. 63 ss.

<sup>12</sup> Sul preambolo della Carta dei diritti fondamentali, v. J. SCHÖNLAU, *New Values for Europe?: Deliberation, Compromise, and Coercion in Drafting the Preamble to the EU Charter of Fundamental Rights*, in E. ODDVAR ERIKSEN, J. E. FOSSUM, A. J. MENÉNDEZ (eds.), *The Chartering of Europe: The European Charter of Fundamental Rights and Its Constitutional Implications*, Baden-Baden, 2003, p. 112 ss.; A. LEVADE, *Préambule*, in L. BOURGORGUE-LARSEN, A. LEVADE, F. PICOD, (dir.), *op. cit.*, II, *Partie II, "La Charte des droits fondamentaux de l'Union européenne"*, p. 1 ss.; J. M. SOBRINO HEREDIA, *Préambulo*, in A. MANGAS MARTÍN (dir.), *Carta de los Derechos Fundamentales de la Unión Europea: comentario artículo por artículo*, Bilbao, 2008, p. 77 ss. Sull'utilizzazione del preambolo della Carta di Nizza ai fini dell'interpretazione delle disposizioni della medesima v. la sentenza della Corte di giustizia del 27 giugno 2006, causa C-540/03, *Parlamento c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-5769, punto 38; v. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Tizzano dell'8 febbraio 2001, causa C-173/99, *BECTU*, *ivi*, p. I-4881, punti 27 e 28.



Consequente alla scelta di rinunciare a un trattato unico (quale era il Trattato costituzionale) e di apportare invece, conformemente alla tradizione dei precedenti esercizi di revisione, modifiche puntuali al TUE ed al Trattato della Comunità europea (TCE) – dal Trattato di Lisbona ridenominato Trattato sul funzionamento dell’Unione europea (TFUE) – nonché di effettuare un mero rinvio alla Carta nella versione di Strasburgo (2007) – conferendole, ai sensi dell’art. 6 TUE, lo stesso valore giuridico dei Trattati – il Trattato di Lisbona riproduce, con qualche modifica, il preambolo del TUE, mentre riprende senza cambiamenti il preambolo del TCE<sup>13</sup>. Quanto alla Carta – che figura in uno strumento distinto da TUE e TFUE, che assume, come detto, pari rango e forza giuridica dei Trattati – essa mantiene un proprio preambolo.

La continuità cui si è fatto cenno fra i diversi Trattati, frutto delle successive revisioni dei Trattati originari, si ritrova pure nel breve preambolo dello stesso Trattato di Lisbona, in cui gli Stati membri danno atto che le modifiche al TUE (ed al TCE) trovano motivazione nel desiderio “di completare il processo avviato dal Trattato di Amsterdam e dal Trattato di Nizza al fine di rafforzare l’efficienza e la legittimità democratica dell’Unione nonché di migliorare la coerenza della sua azione”<sup>14</sup>.

L’unica nota dissonante rispetto alla detta continuità è il rischio che si innesci un processo di “regressione” dell’integrazione. Viene esplicitata infatti, per la prima volta, la possibilità di una revisione ordinaria volta a “ridurre le competenze attribuite all’Unione dai trattati” (art. 48, par. 2, TUE) e, soprattutto, viene espunto dal Trattato di Lisbona il principio del mantenimento integrale dell’*acquis*, che figurava nell’*ex art.* 2, 5° trattino, TUE<sup>15</sup>. Di conseguenza, non

---

<sup>13</sup> Sul preambolo dei Trattati istitutivi delle Comunità, oltre alla monografia di A.-C. KULOW, *Inhalte und Funktionen der Präambel des EG-Vertrages*, Bayreuth, 1997, v., sul preambolo del Trattato CEE/CE, in particolare, A. TRABUCCHI, *op. cit.*; S. SCHEPERS, *The Legal Force of the Preamble to the EEC Treaty*, in *ELR*, 1981, p. 356 ss.; P. REUTER, *Préambule e Première partie. Les principes*, in V. CONSTANTINESCO, J. P. JACQUÉ, R. KOVAR, D. SIMON (dirs.), *Traité instituant la CEE: commentaire article par article*, Paris, 1992, p. 3 ss.; L. FUMAGALLI, *op. cit.*, p. 183 s.; I. PINGEL, *op. cit.*, p. 254 s.; C. CURTI GIALDINO, *Preambolo TFUE*, in ID. (a cura di), *Codice dell’Unione europea operativo. TUE e TFUE commentati articolo per articolo*, Napoli, 2011 (in corso di pubblicazione); sul preambolo al Trattato CECA, R. MONACO, *Preambolo*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (diretto da), *op. cit.*, p. 29 ss.

<sup>14</sup> I preamboli dei Trattati di modifica dei Trattati istitutivi della Comunità e dell’Unione sono, di regola, molto brevi, essendo costituiti da pochi paragrafi, nei quali è indicata succintamente la finalità precipua dell’esercizio di revisione. Fa eccezione, per un verso, il preambolo dell’Atto unico europeo, nel quale, oltre al richiamo della volontà di proseguire l’opera intrapresa con il Trattato che istituisce la Comunità nell’ottica di trasformare le relazioni fra gli Stati membri in una Unione ed alla indicazione che questa Unione (che peraltro risulterà istituita solo con il Trattato di Maastricht) si fonda sulle norme della Comunità e sulle regole della cooperazione politica europea in materia di politica estera, dedica un noto capoverso all’affermazione della volontà di promuovere la democrazia attraverso la tutela dei diritti fondamentali, assumendo come riferimenti le leggi degli Stati membri, la Convenzione europea dei diritti dell’uomo e la Carta sociale europea. Per altro verso, costituisce eccezione il Trattato di Amsterdam, che non è dotato di preambolo.

<sup>15</sup> Sulla nozione e sul contenuto del c.d. *acquis* comunitario ci permettiamo di rinviare a C. CURTI GIALDINO, *Some Reflections on the *acquis communautaire**, in *CML Rev.*, 1995, p. 1089 ss.;

è stato ripreso dal preambolo del Trattato costituzionale l'enunciato in cui gli Stati membri dichiaravano di essere "risolti a proseguire l'opera compiuta nel quadro" del TCE e del TUE "assicurando la continuità dell'acquis comunitario" (5° cpv.)<sup>16</sup>.

Due parole, peraltro, ricorrono nel preambolo del TUE con insistenza: "rafforzare" e "rafforzamento". Furono introdotte dal Trattato di Maastricht per indicare i due assi portanti della costruzione europea: quello politico – rafforzare ulteriormente il funzionamento democratico ed efficiente delle istituzioni, in modo da consentire alle stesse di adempiere in modo più efficace ai compiti loro affidati (7° cpv.) – e quello economico – rafforzamento e convergenza delle economie, unicità e stabilità della moneta (8° cpv.). Queste parole sono adoperate anche per ribadire le novità e insieme i risultati introdotti dall'Atto unico europeo (AUE) del 1986 e cioè il mercato interno, la coesione territoriale, la protezione dell'ambiente e le politiche a contenuto non strettamente economico, volte a "promuovere il progresso economico e sociale dei loro popoli" secondo il principio dello sviluppo sostenibile (9° cpv.).

Il 3° cpv. del preambolo menziona l'importanza storica della fine della divisione del continente europeo, che fu tra gli elementi determinanti del processo negoziale conclusosi con il Trattato di Maastricht. Al riguardo, vale la pena di sottolineare che l'espressione "divisione del continente europeo" (che è ripresa dal 1° cpv. del Trattato di Nizza) non presenta alcuna utilità ai fini dell'interpretazione del diverso concetto di "divisione della Germania", che figura all'art. 107, par. 2, lett. c), TFUE<sup>17</sup>.

Il preambolo, come una sorta di indice del TUE, menziona come acquisizioni qualificanti del processo d'integrazione l'istituzione della cittadinanza comune (10° cpv.), il ruolo della Politica estera e di sicurezza comune (PESC) e, a termine, anche della Politica estera di sicurezza e difesa (PESD), come strumento utile al rafforzamento dell'identità dell'Europa nel mondo ed alla promozione della pace e della sicurezza internazionale<sup>18</sup> (11° cpv.), nonché lo

Id., *Acquis communautaire*, in *DUE*, 1996, p. 643 ss. ed a C. AMALFITANO, *L'acquis comunitario: da esperienza giuridica a fattore d'integrazione*, in *DUE*, 2009, p. 789 ss.

<sup>16</sup> C. DELCOURT, *The acquis communautaire: Has the Concept had Its Day?*, in *CML Rev.*, 2001, p. 829 ss.; Id., *Traité de Lisbonne et acquis communautaire*, in *RMCUE*, 2008, p. 296 s.

<sup>17</sup> V. conclusioni dell'Avvocato generale Mischo del 28 maggio 2002, cause riunite C-57 e 61/00 P, *Freistaat Sachsen e Volkswagen AG e Volkswagen Sachsen GmbH c. Commissione*, *Raccolta*, p. I-9975, punto 22.

<sup>18</sup> Obiettivi che sono propri al TUE e non anche al Trattato CEE (ed ora al TFUE): v. in proposito, le conclusioni dell'Avvocato generale Mengozzi del 19 settembre 2007, causa C-91/05, *Commissione c. Consiglio* (più nota come *ECOWAS*), *Raccolta*, p. I-3651, punto 159, e, precedentemente, le sentenze del Tribunale di primo grado del 21 settembre 2005, causa T-315/01, *Kadi c. Consiglio e Commissione*, *Raccolta*, p. II-3649, punti 117-118, e causa T-306/01, *Yusuf e Al Barakat International Foundation c. Consiglio e Commissione*, *Raccolta*, p. II-3533, punti 153-154. Nelle due sentenze, invero, il Tribunale non accoglie la tesi della Commissione volta a desumere dal preambolo del TCE un "obiettivo generale per la Comunità di difendere la pace e la sicurezza". Secondo il Tribunale, infatti, "dal preambolo del TCE non emerge affatto che quest'ultimo persegue un obiettivo più vasto di difesa della pace e della sicurezza internazionale. Sebbene il detto

spazio di libertà, sicurezza e giustizia in cui è assicurata la libera circolazione delle persone (12° cpv.). Inoltre, il richiamo nel 6° cpv. del desiderio di “intensificare la solidarietà tra i popoli rispettandone la storia, la cultura e le tradizioni”, che già figurava nell’originario preambolo del TUE, va ora letto in combinato disposto con il 3° cpv. del preambolo della Carta dei diritti fondamentali in cui si precisa che la salvaguardia e lo sviluppo dei valori comuni dell’UE vanno coordinati con “il rispetto della diversità delle culture e delle tradizioni dei popoli d’Europa nonché dell’identità nazionale degli Stati membri e dell’ordinamento dei loro pubblici poteri a livello nazionale, regionale e locale”, oltre che, ovviamente, con la tutela dell’identità nazionale degli Stati membri, di cui all’art. 4, par. 2, TUE.

3. La tecnica dell’intervento emendativo del TUE realizzato dal Trattato di Lisbona non ha consentito – come nei precedenti esercizi di revisione non lo avevano potuto fare il Trattato di Amsterdam e il Trattato di Nizza – di aggiornare il riferimento contenuto ai dodici Stati contraenti il Trattato di Maastricht, che oggi, alla luce delle quindici adesioni nel frattempo intervenute, appare alquanto anacronistico. È questa la conseguenza, tuttavia, della soluzione “blindata”, iscritta nel “mandato” per la Conferenza intergovernativa (CIG) del 2007, approvato dal Consiglio europeo del 21-22 giugno 2007 allo scopo precipuo di evitare qualsiasi riferimento al Trattato costituzionale e di “travestire” il 90% delle innovazioni contenute nel detto Trattato (salvo la terminologia costituzionalistica e i riferimenti simbolici) a tutto beneficio dei parlamenti euroscettici chiamati a ratificare il Trattato Lisbona, ma con grave pregiudizio per la leggibilità dei Trattati istitutivi e con sprezzo per le esigenze di semplificazione proclamate dalla Dichiarazione di Laeken del 2001<sup>19</sup>.

L’indicazione delle Parti contraenti del TUE è effettuata mediante l’usuale enumerazione, in apertura del preambolo, dei rispettivi Capi di Stato, con la menzione puntuale del titolo spettante agli stessi a seconda che la forma di Stato sia monarchica o repubblicana<sup>20</sup>, e in chiusura dei plenipotenziari dagli stessi indicati<sup>21</sup>.

---

Trattato abbia incontestabilmente lo scopo principale di porre fine ai conflitti del passato tra i popoli europei, mediante la costituzione di una ‘unione sempre più stretta’ fra loro, non vi è alcun riferimento alla realizzazione di una politica estera e di sicurezza comune. Quest’ultima attiene esclusivamente agli obiettivi del Trattato UE che, come rileva il suo preambolo, mira a segnare una ‘nuova tappa nel processo di integrazione europea intrapreso con l’istituzione delle Comunità europee’”.

<sup>19</sup> Sul punto, per ulteriori sviluppi si consenta il rinvio a C. CURTI GIALDINO, *Verso la riforma dell’Unione europea. Osservazioni sul “mandato” della conferenza intergovernativa del 2007*, in C. ZANGHÌ, L. PANELLA (a cura di), *50 anni di integrazione europea. Riflessioni e prospettive*, Torino, 2010, p. 27 ss.

<sup>20</sup> Salvo che per la Romania, indicata solo con il nome di Stato senza la specificazione della forma repubblicana.

<sup>21</sup> Per l’Italia il Ministro degli Affari esteri Gianni De Michelis e il Ministro del Tesoro Guido Carli, che firmarono il Trattato di Maastricht.

4. Il preambolo del TUE – come d'altra parte i preamboli dei Trattati istitutivi delle Comunità europee (CECA, CEE, Euratom) e quello dello stesso Trattato costituzionale – indica come Parti contraenti i Capi di Stato degli Stati membri, conformemente ad una maggioritaria prassi internazionale<sup>22</sup> e al fatto che i popoli (o, meglio, i governati) non sono soggetti di diritto internazionale.

Al riguardo, vale la pena di segnalare che, durante la Convenzione sul futuro dell'Europa, i richiamati precedenti indussero taluni convenzionali francesi (Duhamel, Badinter, Berès) a proporre di introdurre all'inizio del progetto di Trattato costituzionale la frase "Noi, rappresentanti dei popoli e degli Stati europei, eredi di una lunga e dolorosa storia (...)". La proposta, tuttavia, non ebbe alcun seguito. Né miglior sorte ebbe la proposta avanzata dal convenzionale britannico Duff, in cui i soggetti del preambolo erano "I popoli e i governi", o la formula "I rappresentanti degli Stati membri e dei popoli riuniti (...)" che apriva il preambolo del progetto preliminare di Costituzione dell'Unione europea elaborato da un gruppo di lavoro su richiesta del presidente Prodi, di concerto con i commissari Barnier e Vitorino (c.d. progetto *Penelope*)<sup>23</sup>.

Inoltre, la scelta della tecnica emendativa del TUE e del TCE adottata dal Consiglio europeo del giugno 2007, unitamente al "mandato" alla Conferenza intergovernativa del 2007 di eliminare qualsiasi terminologia di carattere costituzionale, per la preoccupazione, sulla scia dei *referendum* negativi in Francia e nei Paesi Bassi, di escludere, pure sotto il profilo lessicale, che l'Unione europea potesse essere caratterizzata come una entità statuale o, peggio, come un "super-Stato", all'evidenza, non poteva che riporre nell'oblio il riferimento ai popoli dell'Unione nell'*incipit* del preambolo. Tuttavia, rammentando la perspicua

<sup>22</sup> La medesima prassi internazionale conosce, tuttavia, qualche eccezione significativa. Si pensi, soprattutto, alla Carta delle Nazioni Unite del 26 giugno 1945, che si apre con la formula "[n]oi, popoli delle Nazioni Unite (...) abbiamo deciso di unire i nostri sforzi (...)". In conseguenza, i nostri rispettivi Governi, per mezzo dei loro rappresentanti (...), hanno concordato la presente Carta delle Nazioni Unite", frutto di una proposta e dell'insistenza di Sol Bloom della delegazione statunitense, che riecheggia, all'evidenza, le prime parole della Costituzione degli Stati Uniti "[w]e, the Peoples of the United States (...)". Sul preambolo della Carta delle Nazioni Unite v., soprattutto, A. SALOMON, *Le préambule de la Charte, base idéologique de l'ONU*, Genève-Paris, 1946; S. HOBE (Hrsg.), *Die Präambel der UN-Charta im Lichte der Aktuellen Völkerrechtsentwicklung*, Berlin, 1997, p. 25 ss.; R. WOLFRUM, *Preamble*, in B. SIMMA (ed.), *The Charter of the United Nations. A Commentary*, I, Oxford, 2002, II ed., p. 33 ss. Si ricordi, altresì, la Costituzione dell'Organizzazione delle Nazioni Unite per l'educazione, la scienza e la cultura (UNESCO) del 16 novembre 1945, il cui preambolo si apre con le parole "[i] Governi degli Stati parte alla presente Costituzione, in nome dei loro popoli, dichiarano", o le parole "in nome dei loro popoli, gli Stati rappresentanti", che aprono la Carta dell'Organizzazione degli Stati Americani (OSA) del 30 aprile 1948. Non si dimentichi, infine, nello specifico ambito dell'integrazione europea, che nel progetto di trattato relativo allo Statuto della Comunità politica europea del 10 marzo 1953, il preambolo si apriva con la formula "[n]oi, i Popoli della Repubblica federale di Germania, del Regno del Belgio, della Repubblica francese, della Repubblica italiana, del Granducato di Lussemburgo e del Regno dei Paesi Bassi".

<sup>23</sup> Commissione europea, *Studio di fattibilità. Contributo a un progetto preliminare di Costituzione dell'Unione europea. Documento di lavoro*, 4 dicembre 2002.

osservazione formulata con riguardo al preambolo del Trattato CEE<sup>24</sup> occorre riconoscere che il preambolo del TUE (6°, 9°, 11°, 12° e 13° cpv.), come pure il preambolo del TFUE (1° e 3° cpv.) pongono i popoli come “oggetto stesso” dei Trattati. Ed, invero, l’indicazione dei “popoli europei” come destinatari dell’azione dell’Unione attribuisce una particolare pregnanza alle affermazioni ideali e di principio contenute nel preambolo. Queste affermazioni, infatti, non essendo funzionali alle “singole pattuizioni dei trattati” finiscono per trascenderle<sup>25</sup>, cosicché sono le singole pattuizioni che devono adattarsi nell’interpretazione e nell’applicazione alle dichiarazioni contenute nel preambolo<sup>26</sup>. Una prova illuminante è data dalla sentenza *Van Gend & Loos*<sup>27</sup> – sicuramente una delle sentenze “fondative”, più che fondamentali – in cui la Corte fa leva proprio sulla menzione dei “popoli” nel preambolo del Trattato CEE per affermare l’effetto diretto del divieto di dazi doganali stabilito dall’allora art. 12 Trattato CEE (poi art. 25 TCE ed ora art. 30 TFUE).

5. L’apertura del preambolo del TUE è nel segno della continuità del processo d’integrazione. L’istituzione dell’UE è vista come “una nuova tappa” nel cammino dell’integrazione fra gli Stati europei, iniziata con le Comunità europee (CECA, 1951, CEE e CEEA/EURATOM, 1957). Si tratta dunque di un “processo”, sufficientemente consolidato, ma di cui non è prefigurata la destinazione finale, dato che, in sede di redazione del Trattato di Maastricht, venne espunto *in extremis* il riferimento alla “vocazione federale”, su insistenza delle delegazioni britannica e danese (e in minor misura portoghese e greca) preoccupate che l’espressione, cara alla delegazione tedesca, potesse essere interpretata come un impegno a configurare l’Unione come uno Stato federale. Il compromesso raggiunto con il Trattato di Maastricht – frutto dell’idea del Ministro degli Esteri danese Elleman-Jensen di riprendere il 1° cpv. del Trattato CEE, ove ci si riferisce a una “unione sempre più stretta fra i popoli europei”, aggiungendovi soltanto l’indicazione della loro volontà di “portare avanti” il relativo processo insieme al richiamo del principio di sussidiarietà, subito fatta propria dalla presidenza olandese<sup>28</sup> – ha resistito immutato a ben tre esercizi di revisione (Trattati di Amsterdam, di Nizza e di Lisbona) ed è iscritto nel 13° cpv. (che è poi ripetuto, quasi testualmente salvo il richiamo al principio di trasparenza delle decisioni in luogo di quello di sussidiarietà, nell’art. 1, 2° comma, TUE).

Ora, com’è noto, la formula “un’unione sempre più stretta” è ricorrente negli atti fondamentali del processo d’integrazione europea e, anzi, è presente negli atti

---

<sup>24</sup> P. REUTER, *op. cit.*, p. 15.

<sup>25</sup> A. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 22 s.

<sup>26</sup> A. CANTARO, C. MAGNANI, *op. cit.*, p. 51 ss.

<sup>27</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *Van Gend & Loos*, *Raccolta*, p. 3.

<sup>28</sup> Si veda C. CURTI GIALDINO, *Il Trattato di Maastricht sull’Unione europea. Genesi-Struttura-Contenuto-Processo di ratifica*, Roma, 1993, p. 25 s.

fondativi di altre forme regionali di integrazione<sup>29</sup>. La detta formula, sostanzialmente ripresa dal preambolo e dall'art. I dello Statuto del Consiglio d'Europa del 1949<sup>30</sup>, infatti, figura, come finalità dell'integrazione europea, sia nel 1° cpv. del preambolo del Trattato CEE, sia nel punto 1.1 della Dichiarazione solenne di Stoccarda del 1983, sia nel 1° cpv. del preambolo della Carta dei diritti fondamentali, nonché, implicitamente, nel 1° cpv. del preambolo dell'AUE, mentre nel 3° cpv. del preambolo del Trattato costituzionale era stata sostituita dalla constatazione che "i popoli d'Europa (...) sono decisi a superare le antiche divisioni e, uniti in modo sempre più stretto, a forgiare il loro comune destino", formula che, all'evidenza, costituisce una affermazione e non un obiettivo. Ora, il concetto di "unione sempre più stretta" costituisce una guida essenziale soprattutto ai fini dell'interpretazione dei principi fondamentali del Trattato. Così, occupandosi del principio di non discriminazione, l'Avvocato generale Jacobs ne sottolineò la grande importanza simbolica rilevando come "la Comunità non sia semplicemente un accordo commerciale tra i governi degli Stati membri, bensì un'impresa comune alla quale tutti i cittadini sono in grado di partecipare in quanto individui. (...) Nessun altro aspetto del diritto comunitario riguarda più direttamente l'individuo e sviluppa in misura maggiore il senso di comune identità e di comune destino senza il quale 'un'unione sempre più stretta fra i popoli europei', proclamata nel preambolo del Trattato, resterebbe uno slogan privo di contenuto"<sup>31</sup>.

Il processo d'integrazione europea è tuttora in divenire, è una *Verfassung im Wandel*, una costituzione in trasformazione, con buona pace delle tesi di sapore euroscettico/nazionalista che costellano il *Lissabon Urteil* del *Bundesverfassungsgericht* del 30 giugno 2009<sup>32</sup>, dato che anche il riferimento agli "ulteriori passi da compiere ai fini dello sviluppo dell'integrazione europea" (14° cpv.) ha resistito alla "pulizia" effettuata, anche sul piano meramente semantico, dal Trattato di Lisbona. Si tratta di un processo che certamente non è ancora compiuto e che, allo stato attuale, sposa al giusto la dimensione ideale del federalismo di Spinelli, con la logica della sovranazionalità a piccoli passi (o per effetto dello *spill-over* secondo un metodo incrementale) cara alla coppia Schuman-Monnet, non dimenticando tuttavia, realisticamente, che l'Unione europea è un'unione di Stati, oltre che di popoli, nella quale le decisioni fonda-

<sup>29</sup> Ad es., nell'ultimo cpv. del preambolo del Trattato di Asunción del 1991 tra Brasile, Argentina, Uruguay e Paraguay istitutivo del mercato comune del sud (dell'America meridionale), più noto con l'acronimo spagnolo MERCOSUR o con quello portoghese MERCOSUL.

<sup>30</sup> Vi si legge, rispettivamente, "organisation groupant les États européens dans une association plus étroite" (preambolo) e "le but du Conseil de l'Europe est de réaliser une union plus étroite entre ses membres" (art. I).

<sup>31</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Jacobs del 30 giugno 1993, cause riunite C-92 e 326/92, *Phil Collins c. Imtrat Handelsgesellschaft mbH e Patricia Im-und Export Verwaltungsgesellschaft mbH e Leif Emanuel Kraul c. EMI Electrola GmbH e a.*, *Raccolta*, p. I-5145, punto. 11; richiamate nelle conclusioni dell'Avvocato generale Sharpston del 25 giugno 2009, causa C-73/08, *Nicolas Bressol e a. e Céline Chaverot e a. c. Gouvernement de la Communauté française*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, punto 130.

<sup>32</sup> 2 BvE 2/2008.



mentali (com'è tipicamente quella di revisione dei Trattati) sono prese all'unanimità e secondo un metodo di chiara impronta intergovernativa.

Non è questa certamente la sede per affrontare, se pure succintamente, la tematica della natura giuridica dell'Unione. Si tratta, comunque, di una questione per nulla teorica, dato che la soluzione accolta (organizzazione internazionale classica o *sui generis*, organizzazione sopranazionale, ente con elementi confederali o federali, senza dimenticare le più risalenti prospettazioni, quali unione reale, unione funzionale, consorzio, autorità specializzata, ecc.) condiziona, all'evidenza, l'interpretazione delle norme del TUE e del TFUE. Basti osservare che l'Unione europea che esce dalla riforma di Lisbona è ancora un ente di transizione, un ente a formazione progressiva, in cui risultano mescolati e intrecciati elementi confederali ed elementi federali, in una proporzione difficile da stabilire, dato che essa varia secondo i settori di competenza.

All'odierna Unione europea ben si attaglia la nota formula "Federazione di Stati-Nazione"<sup>33</sup> coniata da Delors<sup>34</sup>, che precedentemente l'aveva definita "un oggetto politico non identificato". È un federalismo visto come processo<sup>35</sup>, ovvero un processo di federalizzazione, che concilia ciò che appare a molti inconciliabile: l'emergere di un'Europa riunita, la storica fine della divisione del continente europeo e l'allargamento dell'UE che ne è derivato e che non è ancora completato (3° cpv.) con la perdurante realtà degli Stati nazionali, nonostante i progressivi necessari trasferimenti di sovranità (nel senso dell'art. 11 della Costituzione italiana) alle istituzioni comuni. Un ente, comunque, che – anche per rispondere ai moniti contenuti nel *Lissabon Urteil* – ha bisogno di un "approfondimento democratico", troppo a lungo rinviato e non più procrastinabile, che metta in primo piano, come insegna Habermas, la sfera pubblica europea<sup>36</sup>.

6. Si è detto sopra che il 2° cpv. del preambolo, con la menzione delle "eredità culturali, religiose ed umanistiche dell'Europa" (l'utilizzazione della forma plurale esclude all'evidenza una radice unica) ed i connessi valori universali dei diritti fondamentali (della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto), costituisce riproduzione testuale dell'*incipit* del preambolo del Trattato costituzionale<sup>37</sup> frutto di un compromesso particolar-

---

<sup>33</sup> Per una valutazione giuridica del concetto si veda, soprattutto, V. CONSTANTINESCO, *Europe fédérale ou fédérations d'Etats-nations?*, in R. DEHOUSSE (dir.), *Une Constitution pour l'Europe*, Paris, 2002, p. 115 ss. V. anche C. LEBEN, *Fédération d'Etats-nations ou Etat fédéral?*, 2000 (centers.law.nyu.edu, reperibile *on line*); J. L. QUERMONNE, *La "Fédération d'Etats-Nations": concept ou contradiction?*, in *Revue française de droit constitutionnel*, 2010, p. 677 ss.

<sup>34</sup> Si veda il *Discorso davanti al Parlamento europeo*, Strasburgo, 15 gennaio 1995, in occasione del passaggio di consegne a J. Santer (in J. DELORS, *Combats pour l'Europe*, Paris, 1996, p. 33 ss.).

<sup>35</sup> C. J. FRIEDRICH, *Trends of Federalism in Theory and Practice*, London, 1968, p. 68.

<sup>36</sup> J. HABERMAS, *The Structural Transformation of the Public Sphere*, Cambridge, 1989, *passim*; ID., *Citizenship and National Identity*, in B. VAN STEENBERGEN (ed.), *The Condition of Citizenship*, London, 1994, p. 20 ss.

<sup>37</sup> Già 2° cpv. del progetto di Trattato costituzionale, originato dal contributo CONV 429/02 dell'on. Haenel.



mente complesso raggiunto prima in sede di Convenzione sulla Carta (2000), poi in quella sul futuro dell'Europa e, infine, in sede di Conferenza intergovernativa del 2003-2004.

Per quanto riguarda le “eredità culturali e umanistiche dell'Europa”, il preambolo del TUE non contiene – al pari del Trattato costituzionale – alcuna menzione né dell'eredità greca e romana, né dell'illuminismo. Diversamente, il progetto di Trattato costituzionale elaborato dalla Convenzione sul futuro dell'Europa si apriva con una citazione (in lingua greca e traduzione nelle diverse lingue ufficiali) di Tucidide (*Storia della guerra nel Peloponneso*, II, 37), nella quale Pericle ricorda agli ateniesi che “la nostra Costituzione (...) si chiama democrazia perché il potere non è nelle mani di pochi, ma dei più”. La versione accolta nel progetto era diversa da quella che originariamente compariva nello schema di preambolo illustrato da Giscard d'Estaing il 28 maggio 2003<sup>38</sup> e che era redatta nei termini seguenti: “La nostra Costituzione (...) si chiama democrazia perché il potere non è nelle mani della minoranza ma del popolo tutto intero”. La modifica del passaggio di Tucidide era stata il frutto dell'emendamento del sen. Dini che, più correttamente sul piano filologico<sup>39</sup>, comprese la traduzione dell'Epitaffio di Pericle nel senso della Costituzione democratica come “potere dei più” e non “del popolo tutto intero”. In tal modo veniva effettuata una significativa inversione di prospettiva, che investiva la portata stessa del principio democratico. La democrazia quale regime di tutto il popolo è, infatti, esemplare di una forma di Stato, mentre la democrazia come regime della maggioranza è, piuttosto, forma di governo. Si era giustamente evidenziato, inoltre, che la democrazia, come la intendiamo oggi, nel sistema ateniese era lungi dall'essere perfetta<sup>40</sup>. Inoltre, durante la Conferenza intergovernativa del 2003-2004 numerosi Stati membri avevano rilevato che la citazione mal interpretava il significato autentico dell'Unione europea, in quanto faceva esclusivo riferimento a un criterio demografico, mentre la costruzione europea si basa, in ugual modo, su un'unione di Stati pari tra loro. Ciò spiega pure che, anche se in settori “sensibili” sempre più circoscritti, il metodo decisionale riposi sull'unanimità. Coticché, a partire dal doc. CIG 85/04, la citazione venne espunta, nonostante l'insistenza della Grecia e di Cipro per il suo mantenimento. Correlativamente venne eliminato anche il riferimento, figurante in una prima versione del progetto di preambolo proposto dal *Praesidium* della Convenzione, alle “civiltà elleniche e romane” e alla “corrente filosofica dei

<sup>38</sup> CONV 722/03.

<sup>39</sup> Per la corretta ricostruzione del pensiero di Tucidide, v. L. CANFORA, *La democrazia. Storia di un'ideologia*, Roma-Bari, 2004, p. 11. Sul punto v. anche le osservazioni di F. BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 87 ss., spec. pp. 88-94.

<sup>40</sup> Sempre sulla scorta del menzionato saggio di L. Canfora, v. F. BRIGUGLIO, *op. cit.*, p. 93 s., il quale rileva che “la lettura offerta dai Costituenti al testo di Tucidide, quindi, sembra intrisa di malafede dialettica, di imbroglio politicante. Ciò che in quel testo si tendeva a mettere in risalto, dunque, non era certo la democrazia, nel senso modernistico e affatto distorto dato dai Costituenti, ma il valore universale e irrinunciabile della libertà”.

Lumi”. È chiaro, comunque, che il capoverso del preambolo del Trattato costituzionale, poi ripreso dal Trattato di Lisbona, che contiene il riferimento alle eredità “culturali” e “umanistiche” dell’Europa ovviamente ricomprende, seppure implicitamente, le tradizioni greco-romana e quelle moderne.

Quanto al dibattito sul “fondamento spirituale e religioso dell’UE” esso non è assolutamente nuovo<sup>41</sup> e vale la pena di riferirlo, ancorché per grandi linee.

Già nel corso della Convenzione incaricata di elaborare il preambolo della versione originaria della Carta di Nizza dei diritti fondamentali dell’UE (2000) i convenzionali francesi e svedesi si erano fermamente opposti all’inserimento di qualsiasi riferimento ad una base religiosa dell’Unione. In particolare, la formula “ispirandosi al suo retaggio culturale, umanistico e religioso, l’Unione europea si fonda”, che figurava nel progetto di Carta, fu ritenuta contraria al principio di laicità, quale iscritto nella Costituzione francese. In quella sede il compromesso fu raggiunto – riecheggiando la formula “valeurs spirituelles” figurante nel 2° cpv. del preambolo dello Statuto del Consiglio d’Europa del 5 maggio 1949 – sostituendo la locuzione “retaggio religioso” con “patrimonio spirituale” (ma il termine “gestig-religiösen”, cioè “spirituale-religioso” continuò a figurare nella versione tedesca).

Le discussioni ripresero durante la Convenzione sul futuro dell’Europa. Molti convenzionali (i rappresentanti di Germania, Italia, Spagna, Irlanda e Grecia, fra gli Stati membri, e di Polonia, Lituania e Repubblica ceca, fra gli Stati al tempo candidati all’adesione), sostennero l’opportunità di fare riferimento esplicito ai valori religiosi (sotto forma di una *invocatio a Deo*, o di una evocazione di Dio, eventualmente associata al richiamo dell’eredità cristiana dell’Europa). In particolare, emendamenti in tal senso furono presentati, tra i convenzionali italiani, dagli on. Fini, Muscardini, Speroni e Tajani; il Partito popolare europeo, allora come oggi principale gruppo politico del Parlamento europeo, propose di inserire nel preambolo un riferimento a Dio e al retaggio religioso dell’Unione ed il suo presidente, l’on. Brok, sottolineò che l’importanza del cristianesimo nella storia d’Europa corrisponde “ad un fatto e non ad un’opinione”. Diversamente, numerosi convenzionali (in specie i socialisti, i francofoni sostenitori del principio di laicità, i liberali e i libertari di sinistra,

---

<sup>41</sup> Su questo profilo, tra l’ampia letteratura, si segnalano, J. H. H. WEILER, *Un’Europa cristiana. Un saggio esplorativo*, Milano, 2003; G. BOSSUAT, *Histoire d’une controverse. La référence aux héritages spirituels dans la Constitution européenne*, in *Matériaux pour l’histoire de notre temps*, 2005, n. 78, p. 68 ss.; O. FUMAGALLI CARULLI, *Costituzione europea, radici cristiane e Chiesa*, in *Osservatorio sulle Libertà e le istituzioni religiose*, 2005 ([www.olir.it](http://www.olir.it), reperibile on line); J. PETEREK, *Zur Frage des Gottesbezugs (invocatio dei) in der Präambel des Europäischen Verfassungsvertrags-Entwurfs*, in D. BLUMENWITZ, G. WEHNER (Hrsg.), *Die Ordnungsfunktion des Rechts im Wandel*, München, 2005, p. 71 ss.; J. B. D’ONORIO, *Religions et Constitutions en Europe: A propos d’un préambule contesté*, in *Revue de droit public et de la science politique en France et à l’étranger*, 2006, p. 715 ss.; C. MIRABELLI, *The Religious element in the Constitution for Europe*, in H. J. BLANKE, S. MANGIAMELI (eds.), *Governing Europe under a Constitution*, Heidelberg, 2006, p. 133 ss.; P. B. CLITEUR, *God and Religion in the Preamble of Constitution*, in A. KINNEGING (ed.), *Rethinking Europe’s Constitution*, Nijmegen, 2007, p. 7 ss.

come i Verdi, i fautori di un “Islam europeo”, i rappresentanti di Paesi nei quali è presente una Chiesa nazionale, come nel Regno Unito, in Danimarca e in Svezia, e i conservatori sostenitori dell’adesione all’Unione europea della Turchia) intervennero per sostenere il principio di laicità<sup>42</sup>; altri emendamenti, invece, optarono per una soluzione analoga a quella adottata nella Carta dei diritti fondamentali (2000), ovvero la menzione di un “retaggio spirituale”, in luogo di “retaggio religioso”. In una prima versione del progetto di Trattato costituzionale il preambolo si accontentava di un’allusione alla religione, più in particolare, al cristianesimo, con l’evocazione di uno “slancio spirituale” che ha attraversato l’Europa. La soluzione di compromesso figurante nel testo adottato dalla Convenzione conteneva il riferimento alle “eredità culturali, religiose ed umanistiche dell’Europa”, senza riferimento ad una specifica religione, ma con un forte richiamo alla persona umana ed al rispetto della sua dignità, di per sé concetto eminentemente cristiano<sup>43</sup>.

Questo compromesso<sup>44</sup> ha retto nel corso della Conferenza intergovernativa del 2003-2004, nonostante l’insistenza da parte di alcuni governi<sup>45</sup> affinché il testo del preambolo richiamasse i valori cristiani, quale matrice comune dei popoli dell’Unione europea e nonostante che lo stesso Pontefice Giovanni Paolo II si fosse rivolto ancora una volta “ai redattori del futuro Trattato costituzionale europeo, affinché in esso figurino un riferimento al patrimonio religioso e specialmente cristiano dell’Europa”<sup>46</sup> e le altre Chiese europee avessero con forza segnalato l’opportunità che il preambolo facesse espresso riferimento alle radici cristiane, o almeno giudaico-cristiane, dell’Europa, quale riconoscimento pubblico dell’influenza di quel patrimonio religioso nella storia e nella cultura del continente. La presidenza irlandese constatò l’assenza di un consenso sulla questione a motivo del mutato atteggiamento della Spagna di Zapatero rispetto alle posizioni difese da Aznar e della ferma difesa del principio di laicità da parte di Belgio, Francia e Svezia, che portò alla bocciatura di un emendamento, presentato in chiusura della Conferenza intergovernativa, che mirava ad inserire, dopo

<sup>42</sup> Difeso in particolare in una risoluzione firmata da 163 parlamentari europei e consegnata alla Convenzione.

<sup>43</sup> G. AMATO, *op. cit.*, p. 9, si interroga al riguardo su “cosa avrebbe aggiunto la menzione delle radici cristiane, quando la loro migliore proiezione nel presente e nel futuro è già manifestata da quegli inviolabili e inalienabili diritti della persona umana, indicati come eredità di cui oggi l’Europa è custode e beneficiaria e di quel dialogo con tutte le religioni, di cui proprio la cristianità si è resa in questi anni antesignana e protagonista”.

<sup>44</sup> Che per J. H. H. WEILER, *op. cit.*, p. 51, è piuttosto da considerare “una capitolazione su tutti i fronti”.

<sup>45</sup> Lettera comune di sette Paesi (Italia, Lituania, Malta, Polonia, Portogallo, Repubblica ceca, Slovacchia).

<sup>46</sup> Esortazione apostolica post-sinodale *Ecclesia in Europa* del 29 giugno 2003. V. anche *Europa nella crisi delle culture*, testo della conferenza tenuta il 1° aprile 2005 a Subiaco, Monastero di S. Scolastica, in occasione della consegna all’autore del Premio San Benedetto “per la promozione e della famiglia in Europa”, ora in J. RATZINGER, *L’Europa di Benedetto nella crisi delle culture*, Siena, 2005; il 19 aprile il Card. Ratzinger venne eletto Papa.

il richiamo all'eredità "religiosa", l'espressione "specialmente cristiana". Né ebbe miglior sorte un ultimo tentativo del primo ministro polacco Kaczyński, che suggerì di ispirarsi al preambolo della Costituzione della Polonia del 1997, che accomuna tutti i cittadini della Repubblica "sia quelli che credono in Dio come sorgente di verità, giustizia, bene e bellezza, sia quelli che non condividono tale fede, ma rispettano quei valori universali che vengono da altre fonti"<sup>47</sup>.

La soluzione accolta in sede di Trattato costituzionale è transitata *tel quel* nel Trattato di Lisbona (conformemente al punto 6 del mandato per la Conferenza intergovernativa del 2007, approvato dal Consiglio europeo del 21-22 giugno 2007), non avendo avuto successo il tentativo di alcune delegazioni (tedesca e polacca in particolare) di riprendere questo tema durante la Conferenza intergovernativa del 2007. Attraverso questo percorso, comunque, va rilevato che l'identità culturale dell'Europa e dei suoi popoli risulta sia dall'elemento spirituale (se non si vuole usare il termine "religioso") che da quello umanistico, segnando in profondità i fondamenti e i valori dell'ordinamento giuridico europeo<sup>48</sup>.

Il compromesso raggiunto – che prevede l'introduzione nel testo del TFUE di un "articolo sulle Chiese" (art. 17 TFUE, già art. II-52 Trattato costituzionale) – è politicamente comprensibile, ma giuridicamente inaccettabile, dato che, com'è stato icasticamente osservato, l'esclusione del riferimento al cristianesimo "è un silenzio tuonante, questo sì ideologicamente ispirato"<sup>49</sup> che si risolve in un vero e proprio atto di "cristofobia"<sup>50</sup>. Infatti, il riferimento al cristianesimo non avrebbe introdotto nella costruzione europea alcun criterio confessionale, collidente con i canoni del costituzionalismo secolare, quali presenti nella tradizione costituzionale europea (*Grundgesetz* germanica, Costituzione irlandese, Costituzione greca, Costituzione polacca), ma avrebbe semplicemente richiamato il comune retaggio europeo e non avrebbe reciso – per usare la formula di Giovanni Paolo II – "le radici da cui si è cresciuti". Al riguardo, è opportuno rammentare che già alla metà degli anni Cinquanta uno dei Padri dell'Europa comunitaria, affermando che all'origine della civiltà europea si trova il cristianesimo, fece riferimento a "quella morale unitaria che esalta la figura e la responsabilità della persona umana, col suo fermento di fraternità evangelica, col suo culto del diritto, ereditato dagli antichi, col suo culto della bellezza affi-

---

<sup>47</sup> Sui riferimenti a Dio o alla religione nei preamboli costituzionali v. S. FERRARI, *Dio, religione e Costituzione*, in *Osservatorio sulle Libertà e le istituzioni religiose*, aprile 1994, p. 1 ss. ([www.olir.it](http://www.olir.it), reperibile *on line*).

<sup>48</sup> C. MIRABELLI, *op. cit.* Anche A. BARBERA, *Prefazione* a J. H. H. WEILER, *op. cit.*, p. 23, rileva che "le radici cristiane non riguardano, peraltro, solo i valori spirituali dell'Europa ma anche, ad esempio, la concreta esperienza giuridica del 'diritto comune', i cui principi alimentati dal diritto romano e dal diritto canonico, a Salamanca come a Bologna, a Montpellier come ad Oxford, hanno lasciato tracce in tanta parte degli ordinamenti europei e sono parte integrante delle tradizioni comuni dell'Europa".

<sup>49</sup> J. H. H. WEILER, *op. cit.*, p. 74.

<sup>50</sup> *Ibidem*, p. 97, impiega il termine "cristofobia" per indicare una forma di resistenza derivante non da ragioni costituzionali di principio, bensì da motivi di tipo sociologico, psicologico, emotivo.

natosi attraverso i secoli, con la sua volontà di verità e di giustizia acuita da un'esperienza millenaria"<sup>51</sup>.

Ancora, vale la pena di ricordare che l'abbandono della terminologia costituzionalistica e simbolica nel passaggio dal Trattato costituzionale al Trattato di Lisbona ha comportato, fra l'altro, l'eliminazione nel preambolo del motto dell'Unione europea "unita nella diversità"<sup>52</sup>.

Infine, nel preambolo del TUE non sono state riprese le affermazioni solenni contenute nel preambolo del Trattato costituzionale, volte a sostituire gli obiettivi prevalentemente economici del preambolo originario del TUE con concetti di ordine generale evocati con i termini di "civiltà", "progresso", "prosperità". Come pure sono state eliminate le professioni di fede universalistica, quali l'obiettivo di "operare a favore della pace, della giustizia e della solidarietà nel mondo" o di creare "nel rispetto dei diritti di ciascuno e nella consapevolezza delle loro responsabilità nei confronti delle generazioni future e della Terra la grande avventura che fa di essa [l'Europa] uno spazio privilegiato della speranza umana". Concetti analoghi figurano, tuttavia, nell'art. 3, par. 5, TUE.

7. Il preambolo del TUE contiene riferimenti ripetuti alla tutela e allo sviluppo dei diritti fondamentali. Un primo riferimento, ripreso dal Trattato costituzionale, figura nel nuovo 2° cpv. in cui il richiamo è alle "eredità" dell'Europa, dalle quali si sono sviluppati i valori universali dei diritti inviolabili e inalienabili della persona, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza e dello Stato di diritto (solo a partire dal 6 agosto 2004 in seno alla Conferenza intergovernativa la libertà fu anteposta all'uguaglianza). Un secondo riferimento, tratto dall'originario TUE risultante dal Trattato di Maastricht – sulla scia del preambolo dell'AUE – conferma l'attaccamento dei Capi di Stato degli originari dodici Stati membri dell'Unione europea ai principi della libertà, della democrazia e del rispetto dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, nonché dello Stato di diritto. Si può notare, al riguardo, che nel nuovo 2° cpv. i principi sono divenuti valori (così come nel nuovo art. 2 TUE riformato dal Trattato di Lisbona) e che l'ordine proposto pone in prima posizione i diritti della persona, così come il titolo I della Carta dei diritti fondamentali è intitolato alla dignità e si apre con l'art. 1 che proclama l'invulnerabilità della dignità umana. Infine, il terzo riferimento, di carattere più specifico, conferma l'attaccamento ai diritti sociali fondamentali, quali definiti nella Carta sociale europea firmata a Torino

<sup>51</sup> Vedi il *Discorso* di A. De Gasperi *alla Conferenza parlamentare europea*, Parigi, 21 aprile 1954.

<sup>52</sup> Si veda C. CURTI GIALDINO, *Unita nella diversità. Brevi considerazioni sul motto dell'Unione europea*, in *DUE*, 2004, p. 653 ss.; ID., *I simboli dell'Unione europea. Bandiera, Inno, Motto, Moneta, Giornata*, Roma, 2005, p. 129 ss. La mancanza di una disposizione sui simboli nella riforma di Lisbona ha rinnovato l'interesse della dottrina per la tematica. V., in particolare, D. SIMON, *Les fondations: l'Europe modeste? Symboles, valeurs et objectifs*, in *Europe*, 2008, n. 7, p. 32 ss.; R. BIEBER, *Le droit et le symboles de l'Europe*, in *Chemins de l'Europe. Mélanges en l'honneur de Jean Paul Jacqué*, Paris, 2010, p. 103 ss.; C. PHILIP, *Les symboles de l'Europe*, in *L'Union européenne. Mélanges en l'honneur du professeur Philippe Manin*, Paris, 2010, p. 173 ss.

il 18 ottobre 1961 e nella Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori del 1989.

I ripetuti riferimenti ai diritti fondamentali da rispettare e tutelare connotano l'Unione europea come una "Unione di diritto", aggiornando la nota formula "Comunità di diritto", coniata dalla Corte di giustizia nella celebre sentenza *Les Verts*<sup>53</sup> in cui l'effettività dei rimedi giurisdizionali è presidio non solo della tutela dei diritti individuali ma anche del funzionamento democratico delle istituzioni. La formula "Comunità di diritto", dopo il Trattato di Lisbona, è stata adattata dalla Corte alla nuova terminologia, divenendo "Unione di diritto"<sup>54</sup>.

8. Circa il valore dei preamboli degli accordi internazionali, la dottrina<sup>55</sup> è divisa fra chi ritiene che essi possiedano la stessa forza vincolante della parte dispositiva del Trattato di cui costituiscono parte integrante e chi, al contrario, esclude che essi abbiano qualsiasi portata obbligatoria, contenendo, in genere, affermazioni di principio di carattere generale, che esprimono soprattutto dichiarazioni di intenzione, consegnate a formule redatte con un linguaggio più solenne e descrittivo di quello utilizzato per il testo dell'articolo<sup>56</sup>. Alla luce dell'art. 31, par. 2, della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, si ammette tuttavia, anche da parte di chi esclude la portata obbligatoria, la possibilità che il preambolo, considerato nel contesto dell'accordo di cui fa incontestabilmente parte, possa essere utilizzato quale elemento d'interpretazione della fonte pattizia, nonché come parametro di legalità della stessa<sup>57</sup>.

Né più chiara è la giurisprudenza internazionale, nonostante che sia la Corte permanente di giustizia internazionale<sup>58</sup>, sia la Corte internazionale di giustizia<sup>59</sup>, sia

---

<sup>53</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 1986, causa 294/83, *Parti ecologiste "Les Verts" c. Parlamento europeo*, *Raccolta*, p. 1339, punto 23.

<sup>54</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 25 giugno 2010, causa C-550/09, *Procedimento penale a carico di E. F.*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 44.

<sup>55</sup> V. gli scritti citati *supra*, alle note 1, 2 e 4, e la letteratura ivi richiamata.

<sup>56</sup> Cfr. R. GENET, *Traité de Diplomatie et de Droit Diplomatique*, III, Paris, 1932, p. 383.

<sup>57</sup> Cfr. G. SCELLE, *Précis de Droit des Gens, principes et systématique*, II, Paris, 1984, p. 464, e, recentemente, P. DAILLIER, M. FORTEAU, A. PELLET, *Droit international public*, Paris, 2009, VIII ed., p. 146.

<sup>58</sup> V., in specie, i pareri consultivi del 12 agosto 1922 sulla *Competenza della Organizzazione internazionale del lavoro in materia di regolamentazione del lavoro in agricoltura* (Série B, n. 2/3, p. 24), del 10 settembre 1923 nel caso dei *Coloni tedeschi in Polonia* (Série B, n. 6, p. 19), del 15 settembre 1923 sull'*Acquisto della cittadinanza polacca* (Série B, n. 7), del 13 luglio 1926 sulla *Competenza dell'Organizzazione internazionale del lavoro in materia di lavoro padronale* (Série A/B, n. 50, pp. 375 e 380), del 15 novembre 1932 sull'*Interpretazione della convenzione di Washington sul lavoro di notte delle donne* (Série B, n. 13, p. 14), nonché le sentenze del 7 settembre 1927 nel caso *Lotus* (Série A, n. 1, pp. 16-17), del 7 giugno 1932, nel caso delle *Zone franche dell'Alta Savoia e del Paese di Gex* (Série A/B, n. 46, p. 152) e del 17 marzo 1934 nel caso francoellenico dei *Fari* (Série A/B, n. 62, pp. 13-14).

<sup>59</sup> In particolare, v. le sentenze della Corte internazionale di giustizia nel caso del *Diritto d'asilo* (20 novembre 1950, *CIJ Rec.*, 1950, p. 282), nel caso dei *Cittadini degli Stati Uniti d'America in Marocco* nel quale la Corte afferma che l'interpretazione deve tener conto degli scopi del trattato enumerati nel preambolo ma che non può essere adottata un'interpretazione che supera la



la giurisprudenza arbitrale<sup>60</sup>, sia le decisioni dell'Organo di appello per la soluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio<sup>61</sup> abbiano spesso fatto riferimento al preambolo dei trattati internazionali, soprattutto quelli multilaterali, ma anche quelli bilaterali<sup>62</sup>, al fine di determinare il senso e la portata dell'accordo<sup>63</sup>. Così, la Corte internazionale di giustizia nel caso del *Sud-ovest africano* (eccezioni preliminari)<sup>64</sup> si è basata sul preambolo del mandato per il Sud-ovest africano per affermare, contrariamente a quanto fatto valere dal Sudafrica, che il mandato stesso non poteva essere considerato “un trattato o una convenzione in vigore” ai sensi dell'art. 37 dello Statuto della Corte. Tuttavia, la medesima Corte, nella sentenza di merito nel caso del *Sud-ovest africano* (seconda fase)<sup>65</sup>, ha rilevato che “delle considerazioni umanitarie possono ispirare delle regole giuridiche; così il preambolo della Carta delle Nazioni Unite costituisce la base morale e politica delle disposizioni giuridiche che sono enunciate di seguito” affermando tuttavia che “tali considerazioni non possono costituire di per se stesse delle regole giuridiche”.

portata dei detti obiettivi e finalità (27 agosto 1952, *ivi*, 1952, p. 197), nel caso dell'*Applicazione della convenzione del 1902 sulla tutela dei minori* (28 novembre 1958, *ivi*, 1958, p. 67), nel caso del *Sud-ovest africano* (eccezioni preliminari, 21 dicembre 1962, *ivi*, 1962, p. 331), nel caso delle *Attività militari e paramilitari nel e contro il Nicaragua* (competenza e ammissibilità, 26 novembre 1984, *ivi*, 1984, p. 428), nel caso delle *Piattaforme petrolifere* (eccezioni preliminari, 12 dicembre 1996, *ivi*, 1996, p. 813), nel caso *Gabčikovo-Nagymaros* (25 settembre 1997, *ivi*, 1997, p. 81) e nel caso della *Sovranità su Pulau Ligitan e Pulau Sipadan* (17 dicembre 2002, *ivi*, 2002, p. 652). V. anche i pareri consultivi del 28 maggio 1951 sulle *Riserve alla convenzione sul genocidio* (*ivi*, 1951, p. 496), del 20 dicembre 1980 sull'*Interpretazione dell'accordo del 25 marzo 1951 tra l'Organizzazione mondiale della sanità e l'Egitto* (*ivi*, 1980, p. 84), dell'8 luglio 1996 sulla *Legalità della minaccia o dell'uso da parte di uno Stato delle armi nucleari in un conflitto armato* (*ivi*, 1996, p. 76).

<sup>60</sup> V. la sentenza resa dall'arbitro E. Borel il 18 luglio 1923 nel caso del battello *Kropins Gustav Adolf*, nonché le decisioni della Commissione di conciliazione franco-italiana del 1° luglio 1954 relativa all'*interpretazione ed all'applicazione al territorio etiopico dell'art. 78, co. 7, del trattato di pace*, e della Commissione di conciliazione italo-americana del 21 dicembre 1959 nel caso *Fubini* (rispettivamente, *Recueil des sentences arbitrales*, II, p. 1256, XIII, p. 635 e XIV p. 427) e la sentenza del 22 aprile 1977 nel caso *Beagle Channel* (in *ILM*, 1978, p. 364).

<sup>61</sup> V., soprattutto, *US-Shrimp*, WT/DS58/AB/R, par. 153, in cui si rileva che il preambolo fornisce “colour, texture and shading” all'interpretazione degli accordi dell'Organizzazione mondiale del commercio; *EC-Tariff Preferences*, WT/DS246/AB/R, par. 107; *US-Gambling*, WT/DS285, AB/R, par. 188-189. Al riguardo v. H. HESTERMEYER, *Preamble*, in R. WOLFRUM, P. T. STOLL, C. FEINÄUGLE (eds.), *WTO-Trade in Services*, Leiden, 2008, p. 17 ss.

<sup>62</sup> Si veda, ad esempio, il Trattato del 16 settembre 1977 tra Ungheria e Cecoslovacchia relativo alla costruzione ed al funzionamento delle chiuse di Gabčikovo-Nagymaros, oggetto della relativa sentenza del 25 settembre 1997 della Corte internazionale di giustizia, cit., p. 81.

<sup>63</sup> Il giudice Weeramantry, nella sua opinione dissenziente nel caso relativo alla *sentenza arbitrale del 31 luglio 1989 tra Guinea-Bissau e Senegal*, ha rilevato che “le préambule d'un traité constitue à l'évidence une source de référence intrinsèque. De cette source principale et naturelle on peut tirer des indications quant à l'objet et au but du traité même si le préambule ne contient pas des dispositions de fond” (op. diss. Weeramantry, *CIJ Rec.*, 1991, p. 142).

<sup>64</sup> Sentenza della Corte internazionale di giustizia del 21 dicembre 1962, cit., p. 330.

<sup>65</sup> Sentenza della Corte internazionale di giustizia del 18 luglio 1966, *Sud-ovest africano*, seconda fase, *CIJ Rec.*, 1966, p. 39.



Alla luce dei richiamati orientamenti dottrinali e giurisprudenziali è lecito concludere che non sono proponibili affermazioni di carattere generale<sup>66</sup>. In effetti, il valore obbligatorio o meno di un disposto non dipende esclusivamente dalla sua forma o dalla sua posizione nella struttura della fonte pattizia, ma piuttosto dal suo contenuto. Perché si abbia un obbligo giuridico occorre, dunque, una formulazione inequivoca, la cui inosservanza possa essere oggetto di sanzione<sup>67</sup>. Inoltre, è opportuno ricordare che anche le disposizioni degli accordi internazionali possono avere una mera portata programmatica. Non bisogna dimenticare, comunque, che il preambolo fa corpo con il trattato, e che la firma apposta in calce al trattato è valida per tutto lo strumento internazionale, compreso il preambolo. Pertanto il problema del valore obbligatorio dipende piuttosto dal carattere meramente programmatico o meno delle affermazioni contenute nel preambolo<sup>68</sup>. Non mancano, infatti, nella prassi convenzionale internazionale, enunciazioni contenute nei preamboli che pongono una chiara regola giuridica, che inquadri o completi le stipulazioni contenute nella c.d. parte dispositiva<sup>69</sup> o che effettui un riconoscimento dell'esistenza di norme consuetudinarie<sup>70</sup> o una rinuncia di diritti<sup>71</sup>.

Tanto precisato si può anzitutto rilevare che le enunciazioni contenute nel preambolo del TUE (ma il medesimo ragionamento, all'evidenza, vale per il preambolo del TFUE), data la genericità della loro formulazione ed il fatto che spesso la terminologia in cui esse sono redatte appare imprecisa<sup>72</sup>, non sono suscettibili di effetto diretto in quanto – come tra i primi chiarì magistralmente Alberto Trabucchi rispetto al Trattato CEE – “il contenuto del preambolo, preso in se stesso, pur vincolante là dove riconosce degli obblighi agli Stati contraenti, in quanto tali obblighi siano giuridicamente concreti ed attuabili, non può essere

---

<sup>66</sup> E. JIMÉNEZ DE ARÉCHAGA, *Derecho constitucional de las Naciones Unidas, Comentario teórico-práctico de la Carta*, Madrid, 1958, p. 32; J. A. CORRIENTE CORDOBA, *op. cit.*, p. 17.

<sup>67</sup> H. KELSEN, *The Law of the United Nations. A Critical Analysis of Its Fundamental Problems*, London, 1951, p. 9.

<sup>68</sup> Interpretando il preambolo dell'AUE in relazione al principio democratico, G. RESS, *Sulla necessità di legittimazione parlamentare del potere normativo delle Comunità europee. Riflessioni sul diritto comunitario europeo e sul diritto costituzionale tedesco*, in G. RESS, *Parlamentarismo e democrazia in Europa*, Napoli, 1999, p. 35, rileva che “il valore giuridico di un preambolo di un trattato internazionale (come l'AUE) non si esaurisce necessariamente nella sua funzione di regola interpretativa. Al contrario, in esso possono essere stati rivolti alle parti anche autonomi principi giuridici e possono essere stati assunti obblighi giuridici”.

<sup>69</sup> V., ad es., i preamboli della Convenzione dell'Aja del 29 luglio 1899 e della IV Convenzione dell'Aja del 18 ottobre 1907 relative alle leggi e agli usi della guerra terrestre. In presenza di questa prassi si è ritenuto che il preambolo contenga una norma da qualificare come “directiva de una interpretación auténtica” rispetto alla disposizione dell'accordo cui si riferisce (così J. A. CORRIENTE CORDOBA, *op. cit.*, p. 16).

<sup>70</sup> V., ad es., il preambolo della Convenzione di Ginevra del 29 marzo 1958 sull'alto mare.

<sup>71</sup> V., ad es., il preambolo dell'*arrangement* di Nyon del 14 settembre 1937, che esclude l'applicazione dei diritti del belligerante nella guerra al commercio marittimo alle due parti della guerra civile spagnola.

<sup>72</sup> P. REUTER, *op. cit.*, p. 3 s.

invocato, isolatamente, nei riguardi di altri soggetti comunque interessati: perché le sue affermazioni, se hanno il significato di indicazione del fine che si intende perseguire, non sono rivolte a creare impegni concreti oltre la diretta cerchia dei contraenti<sup>73</sup>. La tesi appena riferita risulta confermata dalla giurisprudenza<sup>74</sup>.

Ciò, peraltro, non significa che i preamboli degli accordi internazionali vadano intesi soltanto come mere dichiarazioni di intenzione sfinite di qualsiasi valore giuridico<sup>75</sup>. Occorre, anzitutto, non perdere di vista che siamo in presenza di accordi istitutivi di enti internazionali, cioè – per usare l’espressione della citata sentenza *Les Verts* – della “carta costituzionale” delle CE prima e ora dell’UE, enti giustamente qualificati come “sopranazionali” (il termine, com’è noto, era espressamente impiegato nel Trattato CECA con riferimento all’Alta Autorità) per connotarne gli elementi distintivi rispetto alle classiche organizzazioni internazionali. In un ente come l’UE, in cui porzioni sempre più rilevanti di sovranità nazionale sono trasferite alle istituzioni dell’ente, per essere esercitate nell’interesse comune ed in cui molteplici disposizioni dei Trattati istitutivi e degli atti obbligatori hanno il carattere della diretta ed immediata applicabilità e hanno come destinatari di diritti ed obblighi, oltre agli Stati membri ed alle istituzioni, anche i singoli, persone fisiche e giuridiche, che possono esercitarli in giudizio davanti ai giudici nazionali<sup>76</sup>, l’interpretazione e l’applicazione (giudiziaria e da parte delle istituzioni dell’UE e nazionali) della carta costituzionale risulta certamente arricchita dal richiamo delle finalità ideali<sup>77</sup> dei Padri fondatori quali risultano iscritte nel preambolo<sup>78</sup>.

<sup>73</sup> A. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 26.

<sup>74</sup> V., con riferimento all’inciso che concerne “il miglioramento costante delle condizioni di vita e di lavoro”, di cui al 3° cpv. del preambolo del Trattato CEE (ed ora del TFUE), che pur costituendo uno degli obiettivi fondamentali del Trattato, per la discrezionalità di cui gli Stati membri dispongono, ha natura programmatica (al pari degli articoli 2 e 117 Trattato CEE), il che esclude la possibilità che ne scaturiscano in capo ai singoli diritti tutelabili davanti ai giudici nazionali, la sentenza della Corte di giustizia del 17 marzo 1993, cause C-72 e 73/91, *Sloman Neptun Schiffahrts AG c. Seebetriebsrat Bodo Ziesemer der Sloman Neptun Schiffahrts AG*, Raccolta, p. I-887, punto 28; v. anche, per l’impossibilità di utilizzare il medesimo 3° cpv. del preambolo del Trattato CEE ai fini della valutazione di un monopolio statale e dei correlati obblighi degli Stati membri, le conclusioni dell’Avvocato generale Lenz del 23 gennaio 1991, causa C-260/89, *Elliniki Radiophonia Tiléorassi AE c. Dimotiki Etairia Pliroforissis e Sotirios Kouvelas (ERT)*, Raccolta, p. I-2925, par. 46.

<sup>75</sup> In senso contrario a quanto da noi sostenuto v. M. FALLON, *Les préambule et principes d’une constitution européenne*, in P. MAGNETTE (dir.), *La constitution de l’Europe*, Bruxelles, 2003, p. 103.

<sup>76</sup> V. il parere 1/91 della Corte di giustizia del 14 dicembre 1991, *Progetto di accordo tra la Comunità ed i paesi dell’Associazione europea di libero scambio relativo alla creazione dello Spazio economico europeo* (più noto come *Spazio economico europeo I*), Raccolta, p. I-6079, punto 21.

<sup>77</sup> G. TESAURO, *I fondamenti ideali dell’Europa*, in L. LEUZZI, C. MIRABELLI (a cura di), *Verso una Costituzione europea*, I, Lungo di Cosenza, 2003, p. 153 ss.

<sup>78</sup> Dal carattere costituzionale dei Trattati (v. al riguardo R. MONACO, *Le caractère constitutionnel des actes institutifs d’organisations internationales*, in *Mélanges offerts à Charles Rousseau*, Paris, 1974, p. 153 ss.), peraltro, non discende, automaticamente, l’applicabilità ad essi delle

In secondo luogo, è opportuno distinguere tra le enunciazioni aventi chiaro carattere politico (come quelle che figurano nel preambolo dell'estinto Trattato CECA<sup>79</sup>), che sono sfornite di rilevanza giuridica, anche sotto il limitato profilo interpretativo, e le enunciazioni del TUE (e del TFUE, come precedentemente del Trattato CEE), le quali sono redatte in termini tali che, nonostante il carattere genericamente programmatico di talune di esse, il loro contenuto fornisce precise indicazioni quanto agli scopi e agli obiettivi dei Trattati istitutivi, così da conferire ad alcuni almeno dei relativi capoversi una forza giuridica non inferiore a quella della parte dispositiva del Trattato, mentre gli altri valgono quale "clausola di constatazione più che materia diretta d'obbligo"<sup>80</sup>.

Certo, tanto più le disposizioni dei Trattati sono puntuali e riprendono, precisandole, le affermazioni contenute nel preambolo, tanto meno è opportuno basarsi soltanto su quest'ultimo in sede di interpretazione dei Trattati secondo il metodo teleologico. Nella specie, il TUE contiene nelle disposizioni comuni (segnatamente gli articoli 1, 2° comma, 2, 3, 6 e da 9 a 12) una chiara esplicitazione in termini giuridicamente operativi degli obiettivi e dei valori dell'UE. Cosicché, nella misura in cui i principi e i valori enunciati nel preambolo si ritrovano nella parte dispositiva, l'interprete potrà appoggiarsi su di essa evitando qualsiasi discussione sulla natura obbligatoria o meno dell'enunciato preambolare.

Considerato che taluni enunciati del preambolo del TUE riecheggiano quelli contenuti nei preamboli dei Trattati istitutivi originari e, in particolare, del Trattato CEE, pare opportuno nutrire la riflessione sul valore giuridico con la giurisprudenza della Corte e la prassi delle istituzioni relative ai detti Trattati. Invero, nel vigore del Trattato CEE, la Corte di giustizia ha fatto riferimento a più riprese al preambolo del Trattato, come base e strumento privilegiato dell'interpretazione teleologica<sup>81</sup>. Così, nella sentenza del 5 febbraio 1963, *Van Gend & Loos*, per affermare l'effetto diretto del divieto di dazi doganali stabilito dall'allora art. 12 Trattato CEE, la Corte ha indagato sullo scopo del Trattato e si è basata segnatamente sul preambolo sottolineando che esso, nell'allora 1° cpv., oltre a menzionare i governi conteneva un riferimento ai "popoli"; nella sentenza *Defrenne*<sup>82</sup>, per stabilire l'effetto diretto del principio di parità retributiva tra donne ed uomini di cui all'art. 119 Trattato CEE (poi art. 141 TCE ed ora art. 157 TFUE), ha osservato, fra l'altro, che nel preambolo del Trattato si

---

concezioni teoriche avanzate a proposito dei preamboli delle Costituzioni nazionali (v. J. TAJADURA TEJADA, *Funzione e valore dei preamboli costituzionali*, in *Q. cost.*, 2003, p. 509 ss.).

<sup>79</sup> Cfr. R. MONACO, *Preambolo*, cit., p. 29 ss.

<sup>80</sup> A. TRABUCCHI, *op. cit.*, p. 25.

<sup>81</sup> V., oltre alla giurisprudenza di seguito richiamata, le sentenze della Corte di giustizia del 13 luglio 1966, causa 32/65, *Italia c. Consiglio e Commissione*, *Raccolta*, p. 296, e cause 56 e 58/64, *Consten e Grundig c. Commissione*, *ivi*, p. 458, nonché del 7 giugno 1983, cause riunite da 100 a 103/80, *SA Musique Diffusion française e a. c. Commissione* (più nota come *Pioneer*), *ivi*, p. 1825, punto 107.

<sup>82</sup> Sentenza della Corte di giustizia dell'8 aprile 1976, causa 43/75, *G. Defrenne c. Société anonyme belge de navigation aérienne Sabena*, *Raccolta*, p. 455, punti 7-11.

precisa che la Comunità “non si limita all’unione economica, ma deve garantire al tempo stesso, mediante un’azione comune, il progresso sociale e promuovere il costante miglioramento delle condizioni di vita e dei popoli europei”; nella sentenza *Trinon*<sup>83</sup>, la Corte – per conciliare obiettivi a prima vista contraddittori di un regolamento in materia di trasporti – ha richiamato il 4° cpv. del preambolo del Trattato CEE per affermare che la Comunità ha il compito “di garantire l’equilibrio negli scambi e la lealtà nella concorrenza e che il conseguimento di questi scopi può comportare obblighi o vincoli per le imprese di trasporto della Comunità” e che questo obiettivo va coordinato con la liberalizzazione degli scambi e l’instaurazione di un’economia di concorrenza nel settore dei trasporti; nella sentenza *Angelidaki*<sup>84</sup> ha fatto leva anche sul 3° cpv. del preambolo per affermare che una clausola dell’accordo quadro fra CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato figurante nell’allegato alla direttiva del Consiglio 1999/70/CE persegue uno scopo che rientra negli obiettivi fondamentali del Trattato e che sono connessi al miglioramento delle condizioni di vita e di lavoro, alla parificazione nel progresso, nonché all’esistenza di una protezione sociale adeguata, il che ne giustifica una interpretazione non restrittiva.

Ancora, nel parere 1/76<sup>85</sup>, la Corte ha reputato incompatibile con il Trattato CEE il detto progetto di accordo in quanto, nella struttura organica del Fondo, si prevedeva la sostituzione degli Stati membri alla Comunità e alle sue istituzioni, in contrasto con “l’esigenza enunciata fin dal 2° cpv. del preambolo del trattato ai sensi del quale gli obiettivi della Comunità devono essere raggiunti mediante un’azione comune” e dando della formula “azione comune” un’interpretazione eminentemente dinamica.

La Corte, altresì, ha richiamato il preambolo del Trattato EURATOM ai fini dell’interpretazione di questa fonte primaria<sup>86</sup>.

<sup>83</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 30 novembre 1982, causa 12/82, *Procedimento penale a carico di J. Trinon*, *Raccolta*, p. 4089, punto 7.

<sup>84</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 23 aprile 2009, cause riunite C-378 a 380/07, *Kiriaki Angelidaki e a. c. Organismos Nomarchiakis Autodioikisis Rethymnis, Charikleia Giannoudi c. Dimos Geropotamou e Georgios Karabousanos e Sofoklis Michopoulos c. Dimos Geropotamou*, *Raccolta*, p. I-3071, punto 112. V. anche, in senso conforme, le conclusioni dell’Avvocato generale Kokott del 4 dicembre 2008 nelle medesime cause, punto 63 e note 44 e 45, nonché la sentenza della Corte di giustizia del 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact c. Minister for Agriculture and Food e a.*, *ivi*, p. I-2483, punto 112.

<sup>85</sup> Parere 1/76 della Corte di giustizia del 26 aprile 1977, *Accordo relativo all’istituzione di un Fondo europeo d’immobilizzazione della navigazione interna*, *Raccolta*, p. 741, punto 11.

<sup>86</sup> V. le sentenze della Corte di giustizia del 27 ottobre 2009, causa C-115/08, *Land Oberösterreich c. ČEZ as*, *Raccolta*, p. I-10265, punto 111; del 12 aprile 2005, causa C-61/03, *Commissione c. Regno Unito*, *ivi*, p. I-2477, punto 2; del 10 dicembre 2002, causa C-29/99, *Commissione c. Consiglio*, *ivi*, p. I-11221, punto 75. Sull’interpretazione del Trattato EURATOM alla luce del relativo preambolo v. anche le conclusioni dell’Avvocato generale Poirares Maduro del 6 aprile 2006, cause riunite C-123 e 124/04, *Industrias Nucleares do Brasil SA e Siemens AG c. UBS AG e Texas Utilities Electric Corporation*, *ivi*, p. I-7861, punto 15, nonché la sentenza della Corte di giustizia del 10 dicembre 2002, causa C-29/99, *Commissione c. Consiglio* (nota come *Adesione alla convenzione di sicurezza nucleare*), *ivi*, p. I-11221, punto 75.

Inoltre, il 4° cpv. del preambolo del TUE, in cui è menzionata la Carta sociale europea, è stato richiamato dal Tribunale della funzione pubblica dell'UE a sostegno dell'applicazione della medesima, pur se la Comunità non ha aderito a tale Accordo, a titolo di strumento internazionale che deve guidare le istituzioni nell'applicazione e nell'interpretazione delle disposizioni dello Statuto e del regime degli altri agenti, in particolare quelle che tendono a privare il lavoratore di una protezione sociale fondamentale, a causa dell'esercizio di una semplice facoltà lasciata alla discrezionalità delle amministrazioni<sup>87</sup>.

Ancora, la menzione del “progresso economico sociale” e del “miglioramento costante delle condizioni di vita e di occupazione” nel 2° e 3° cpv. del preambolo del TCE nonché nell'8° cpv. del preambolo del TUE valgono per tutte le attività della Comunità e il rinvio espresso alla Carta comunitaria dei diritti sociali fondamentali dei lavoratori da parte del 4° cpv. del preambolo del TUE, impone di utilizzare la Carta quale ausilio interpretativo in quanto intende dare attuazione agli obiettivi enunciati nei preamboli<sup>88</sup>.

Quanto alla prassi delle istituzioni vale la pena di ricordare che, prima che il Trattato CEE prevedesse delle apposite basi giuridiche per la politica ambientale o per quella dei consumatori, il Consiglio ha fatto riferimento all'enunciato del 3° cpv. del preambolo del detto trattato, ove si menziona l'esigenza del miglioramento costante delle condizioni di vita dei popoli, a conforto di misure fondate sull'allora art. 235 (poi art. 308 TCE e ora art. 352 TFUE) nei detti settori<sup>89</sup>. Questa utilizzazione del preambolo ci pare, allo stato, difficilmente riproponibile alla luce sia della precisazione delle competenze dell'Unione che il Trattato di Lisbona ha introdotto nei Trattati istitutivi (v. articoli 3, 4, 5, 13 TUE, e articoli 2, 3, 4, 5, 6, 7 TFUE), sia della nuova formulazione della c.d. clausola di flessibilità (v. la diversa formulazione dell'art. 352 TFUE rispetto al precedente art. 308 TCE) e della indicazione circa l'ambito di applicazione dell'art. 352 TFUE che risulta dalla dichiarazione n. 42 allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona<sup>90</sup>, sia, infine, delle ulte-

---

<sup>87</sup> Sentenza del Tribunale della funzione pubblica del 29 settembre 2009, cause riunite F-69/07 e 60/08, *O c. Commissione*, non ancora pubblicata in *Raccolta FP*, punto 134; in proposito va notato che il Tribunale richiama il preambolo del TUE, nonostante che, al tempo, il preambolo non rientrasse fra le disposizioni menzionate all'art. 46 TUE (abrogato dal Trattato di Lisbona), in relazione alle quali la Corte di giustizia poteva esercitare la propria competenza.

<sup>88</sup> V. le conclusioni dell'Avvocato generale Kokott del 18 maggio 2004, causa C-313/02, *N. Wippel c. Peek & Cloppenburg GmbH & Co. KG*, *Raccolta*, p. I-9483, punto 40 (al tempo della decisione la Carta era sfornita di valore vincolante).

<sup>89</sup> V. la direttiva 76/160/CEE del Consiglio, dell'8 dicembre 1975, sulla qualità delle acque di balneazione, *GUCE* L 31, 5 febbraio 1976, p. 1 ss., e la direttiva 79/581 CEE del Consiglio del 19 giugno 1979, per la tutela dei consumatori in materia di indicazione dei prezzi delle derrate alimentari, *ivi* L 158, 26 giugno 1979, p. 19 ss.

<sup>90</sup> Secondo la detta dichiarazione la clausola di flessibilità di cui all'art. 352 TFUE “costituendo parte integrante di un ordinamento istituzionale basato sul principio dei poteri attribuiti, non può costituire il fondamento per ampliare la sfera delle competenze dell'Unione al di là dell'ambito generale risultante dal complesso delle disposizioni dei trattati, ed in particolare di quelle che definiscono i compiti e le azioni dell'Unione. Detto articolo non può essere in ogni caso utilizzato

riori basi giuridiche specifiche che i successivi esercizi di revisione hanno previsto e dalle quali risulta un effettivo ampliamento delle politiche dell'Unione europea.

Ancora, il preambolo TCEE fu richiamato in occasione del rinnovo della convenzione di applicazione relativa all'associazione dei Paesi e territori d'oltremare alla Comunità, allegata al Trattato CEE e venuta a scadenza il 31 dicembre 1962. In effetti, a seguito dell'accesso all'indipendenza di alcuni fra questi Paesi, taluni Stati membri sostennero che la parte IV del Trattato CEE (articoli 131-136) contenente le regole di base dell'associazione dovesse considerarsi caducata. Tale associazione, infatti, era stata concepita alla luce delle "relazioni particolari" esistenti fra questi Paesi e alcuni Stati membri al momento della firma del Trattato CEE e queste relazioni nel frattempo avevano perso qualsiasi significato. Sul fronte opposto, altri Stati membri, e in specie la Francia, fecero valere che il 7° cpv. del preambolo del Trattato CEE nel rammentare la solidarietà che lega l'Europa ai Paesi d'oltremare non menziona le dette "relazioni particolari", cosicché l'associazione dei detti Paesi, prefigurata senza alcun riferimento alla situazione di dipendenza da alcuni Stati membri, quale in essere al momento della conclusione del Trattato CEE, non era venuta meno con l'indipendenza dei Paesi africani. Questa tesi alla fine prevalse in seno al Consiglio e ciò consentì la firma della Convenzione di Yaoundé del 20 luglio 1963. È significativo, al riguardo, che a sostegno della continuità delle regole in materia di associazione sancite nella parte IV del Trattato sia stato invocato anche il 7° cpv. del preambolo del Trattato CEE nel quale non figura alcun riferimento alle dette "relazioni particolari", ma conferma "la solidarietà che lega l'Europa ai paesi d'oltremare"<sup>91</sup>.

Infine, vale la pena di ricordare che la Commissione europea si fondò sul preambolo dell'AUE allorché nel 1990 propose al Consiglio l'adesione alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali<sup>92</sup>.

Alla luce della giurisprudenza e della prassi delle istituzioni CE/UE risulta pertanto confermato che il preambolo del TUE (ed un discorso analogo vale, *a fortiori*, per il preambolo del TFUE) – al pari di quanto si può affermare rispetto

---

quale base per l'adozione di disposizioni che condurrebbero sostanzialmente, con riguardo alle loro conseguenze, a una modifica dei trattati che sfugga alla procedura all'uopo prevista nei trattati medesimi". Come rammentato dalla stessa dichiarazione, questa lettura della clausola di flessibilità è conforme alla giurisprudenza costante della Corte. Ed invero, com'è noto, il passaggio richiamato della dichiarazione è redatto in termini identici al punto 30 del parere 2/94 del 28 marzo 1996, *Adesione della Comunità alla Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*, Raccolta, p. I-1759, che era riferito, peraltro, all'art. 235 Trattato CEE.

<sup>91</sup> L'opinione della "continuità ideale" fra il regime d'associazione stabilito originariamente dal Trattato CEE e la Convenzione di Yaoundé è stata sostenuta anche dall'Avvocato generale Trabucchi nelle conclusioni del 14 gennaio 1976, causa 87/75, *Conceria D. Bresciani c. Amministrazione italiana delle finanze*, Raccolta, p. 129 ss., spec. p. 148.

<sup>92</sup> V. la comunicazione della Commissione del 19 novembre 1990 riguardante l'adesione della Comunità alla CEDU, SEC(90)2087 def.



ai preamboli degli accordi internazionali, in specie di quelli istitutivi di enti internazionali – non è affatto privo di rilevanza giuridica. Ne viene che le enunciazioni che esso contiene costituiscono principi d'interpretazione di cui le istituzioni, gli organi e gli organismi dell'Unione devono tener conto nello svolgimento dei compiti loro assegnati, principi che sono chiamati a guidare altresì tutti gli operatori giuridici (*in primis* i giudici nazionali) nell'interpretazione ed applicazione del diritto dell'Unione.

## Abstract

### Observations on the Content and the Legal Value of the Preamble to the Treaty on the European Union

The use of the preamble as a forward to international treaties dates back to ancient times, but its importance has incremented in reference to modern multilateral treaties, particularly those establishing international organizations. Following preliminary observations regarding the content and function of preambles in general, the Paper focuses on the contents of the preamble to the Treaty on European Union, which is presently the result of a stratification of the Maastricht Treaty and its subsequent amendments. An analysis of the Preamble shows that this amendment technique allows for the continued reference to the twelve States Parties to the Treaty and the absence of a reference to the “peoples” of the Union. Another key element contained in the Preamble is the continuity of the European integration process, which is reflected in the very nature of the EU (described as a “federation of nation-states”), and is based on the cultural, religious and humanistic heritage of Europe, as well as on the underlying necessity to protect fundamental human rights. Furthermore, attention is reserved for the juridical value of the Preamble, according to the guidelines deduced from international doctrine and jurisprudence, as well as from indications derived from case law and from the praxis of the EC/EU.





# L'applicazione del diritto *antitrust* da parte dei giudici nazionali: l'influenza dell'“armonizzazione negativa” della Corte di giustizia e l'esperienza italiana

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La nascita del problema del *private enforcement* nell'Unione europea, il fallimento di una normativa di armonizzazione positiva e il ruolo dell'“armonizzazione negativa” della giurisprudenza della Corte di giustizia. – 3. La nascita del problema del *private enforcement* in Italia e le influenze del diritto dell'Unione europea. – 4. Il ruolo del principio di effettività per il *private enforcement* italiano: una precisazione preliminare. – 5. L'influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia sul *private enforcement* italiano: i soggetti legittimati ad azionare i procedimenti *ex art. 33, 2° comma, l. 287/90*, gli “errati” riferimenti della Corte di cassazione alla giurisprudenza europea. – 6. *Segue*: l'illiceità dei contratti “a valle”. – 7. *Segue*: il nesso di causalità tra comportamento anticoncorrenziale e danno. – 8. *Segue*: la prescrizione del diritto al risarcimento dei danni. – 9. Altri aspetti del *private enforcement* influenzati dal diritto dell'Unione europea: la vincolatività per i giudici delle decisioni delle Autorità amministrative. – 10. Aspetti del sistema italiano che possono limitare l'effettività degli articoli 101, 1° comma, e 102 TFUE: la competenza dei giudici per le azioni di *private enforcement*.

1. L'applicazione delle norme *antitrust* da parte dei giudici nazionali è un fenomeno che in Italia ha acquisito importanza solo recentemente, cioè all'inizio degli anni 2000, a seguito della decisione dell'Autorità garante della concorrenza e del mercato (in seguito anche AGCM) relativa al “cartello r.c. Auto”<sup>1</sup>.

In modo interessante, tale fenomeno italiano si è “incrociato” (ed ha influenzato, tramite il rinvio pregiudiziale conclusosi con la sentenza *Manfredi*<sup>2</sup>) con il medesimo fenomeno a livello dell'Unione europea, cioè la problematica dell'applicazione degli articoli 81 e 82 TCE (ora articoli 101 e 102 TFUE) da parte dei giudici nazionali (c.d. *private enforcement* del diritto *antitrust*).

<sup>1</sup> Decisione dell'AGCM del 28 luglio 2000, Istruttoria I377 – r.c. auto.

<sup>2</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 13 luglio 2006, cause riunite C-295-298/04, *Vincenzo Manfredi c. Lloyd Adriatico Assicurazioni SpA (Manfredi)*, Raccolta, p. I-6619.

La trattazione dell'argomento del presente contributo da parte di un non privatista, come il sottoscritto, potrebbe apparire un controsenso. Infatti l'applicazione del diritto *antitrust* da parte dei giudici italiani è un aspetto che potrebbe sembrare rilevante esclusivamente per il diritto civile e processual-civile italiano. A ben vedere, il punto di vista dello studioso di diritto dell'Unione europea è ugualmente importante. Infatti, la sentenza *Manfredi* emanata dalla Corte di giustizia è conseguenza di un caso italiano, e tale sentenza ha avuto un profondo effetto nella definizione dei principi dell'applicazione del diritto *antitrust* (italiano ed europeo) da parte dei giudici italiani.

A tal fine, il presente contributo si pone quale obiettivo non solo quello di individuare le modalità con cui in Italia i giudici applicano il diritto *antitrust*, ma soprattutto quale sono state le influenze del diritto europeo a tal fine e quali gli istituti di diritto dell'UE che hanno permesso tale influenza.

2. Il problema del *private enforcement* del diritto *antitrust* europeo diviene un aspetto rilevante della politica di concorrenza della Commissione successivamente all'emanazione del regolamento 1/03<sup>3</sup>. Come noto, la finalità della riforma del regolamento 1/03 consisteva nel decentramento dell'applicazione degli articoli 81 e 82 TCE da parte delle Autorità e dei giudici nazionali al fine di deflazionare il carico di lavoro della Commissione divenuto non più sostenibile<sup>4</sup>. In particolare, l'eliminazione della competenza esclusiva della Commissione nel riconoscere l'esenzione di cui all'art. 81, 3° comma, TCE<sup>5</sup> (ora 101, 3° comma, TFUE) permetteva alle Autorità e (in modo illegittimo) ai giudici nazionali la competenza ad applicare tale norma<sup>6</sup>. In questo disegno, il *private enforcement* avrebbe dovuto costituire, accanto al *public enforcement* (cioè l'applicazione di tali norme in particolare da parte delle Autorità nazionali *antitrust*), un secondo "pilastro" dell'applicazione delle norme europee a tutela della concorrenza.

La competenza dei giudici nazionali ad applicare le norme europee *antitrust* (limitatamente agli articoli 101, 2° comma, e 102 TFUE) era stata riconosciuta già nel 1973 dalla sentenza *BRT Sabam*<sup>7</sup> in quanto norme aventi effetto diretto

<sup>3</sup> Regolamento (CE) n. 1/2003 del Consiglio del 16 dicembre 2002, concernente l'applicazione delle regole di concorrenza di cui agli articoli 81 e 82 del Trattato, *GUCE* L 1, 4 gennaio 2003, p. 1.

<sup>4</sup> V. diversamente M. TAVASSI, *Le azioni di danno antitrust nella giurisprudenza italiana*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *Il Private Enforcement del diritto comunitario della concorrenza: ruolo e competenze dei giudici nazionali. Atti del II Convegno (Trento, 8-9 maggio 2009)*, Padova, 2009, p. 81, la quale sostiene che il *private enforcement* sarebbe conseguenza del principio di sussidiarietà. Per una più estesa critica a tale impostazione, rinviamo a L. F. PACE, *I fondamenti del diritto antitrust europeo*, Milano, 2005, p. 145.

<sup>5</sup> Art. 9, 3° comma, regolamento n. 17 del Consiglio, Primo regolamento d'applicazione degli articoli 85 e 86 del trattato, *GUCE* 13, 21 febbraio 1962, p. 204 ss.

<sup>6</sup> In particolare illegittima era (ed è) la competenza attribuita ai giudici nazionali per applicare l'art. 101, 3° comma, TFUE, scelta contenuta nell'art. 6 regolamento 1/03 in aperto contrasto con la giurisprudenza, al momento non ancora *overruled*, della Corte di giustizia. Sul punto, v. L. F. PACE, *op. cit.*, p. 460.

<sup>7</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 30 gennaio 1974, causa 127/73, *Belgische Radio en Televisie c. SV SABAM e NV Fonior (BRT Sabam)*, *Raccolta*, p. 51, punto 16.

e, come tali, disposizioni che riconoscevano diritti in capo ai singoli che dovevano essere tutelati dai giudici nazionali.

Sebbene, quindi, la giurisprudenza comunitaria aveva chiarito la diretta efficacia degli articoli 101, 1° comma, e 102 TFUE, differente era il problema relativo ai procedimenti con i quali i giudici nazionali avrebbero dovuto applicare tali divieti. Infatti, in assenza di una normativa a livello comunitario, i diritti riconosciuti dai divieti *antitrust* europei dovevano essere tutelati secondo le norme di procedura dei singoli Stati membri, come poi affermato nella sentenza *Courage*<sup>8</sup>.

La Commissione, successivamente all'emanazione del regolamento 1/03 e al fine di favorire l'applicazione dei divieti *antitrust* da parte dei giudici nazionali e sul presupposto della necessità di una normativa di armonizzazione a livello europeo, aveva pubblicato nel 2005 un libro verde<sup>9</sup> e, nel 2008, un successivo libro bianco<sup>10</sup>. Tali documenti avevano la finalità di individuare il contenuto di una successiva direttiva in materia di *private enforcement*.

Nell'impostazione dell'Autorità comunitaria la necessità di una normativa di armonizzazione a livello europeo era stata dimostrata dai risultati di una ricerca compiuta nel 2004, su incarico della Commissione, da parte di uno studio legale internazionale (Ricerca Ashurst)<sup>11</sup>. Le conclusioni di tale ricerca affermavano che a livello europeo, in quaranta anni, erano state proposte dinnanzi a giudici nazionali, in applicazione del diritto *antitrust* europeo e nazionale, solo circa 60 azioni di risarcimento danni. Tale ricerca si è poi dimostrata inaffidabile, ad esempio con riferimento al numero di cause proposte a livello nazionale ai sensi della disciplina *antitrust* italiana, come accertate da una successiva ricerca del 2009 (Ricerca Pro.Ju.Comp.) sempre finanziata dalla Commissione<sup>12</sup>. La ricerca Ashurst sosteneva che dal 1958 al 2004 sarebbero state incardinate solo 60 cause di applicazione delle norme di concorrenza in 25 Stati membri, di cui 32 in applicazione della normativa *antitrust* nazionale, 12 in applicazione della normativa europea e 6 in applicazione di entrambe le normative. La Ricerca Pro. Ju.Comp. ha individuato, al contrario, che facendo riferimento alla sola esperienza italiana, al 2009 erano state decise complessivamente 565 cause in applicazione della normativa *antitrust*<sup>13</sup>.

---

<sup>8</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 20 settembre 2001, causa C-453/99, *Courage Ltd c. Bernard Crehan e Bernard Crehan c. Courage Ltd e altri (Courage)*, Raccolta, p. I-06297, punto 29.

<sup>9</sup> Libro verde della Commissione del 19 dicembre 2005, azioni di risarcimento del danno per violazione delle norme *antitrust* comunitarie, COM(2005)672 def.

<sup>10</sup> Libro bianco della Commissione del 2 aprile 2008, azioni di risarcimento del danno per violazione delle normative *antitrust* comunitarie, COM(2008)165 def., pubblicazione accompagnata dalla pubblicazione di un *Commission Staff Working Paper*, SEC(2008)404.

<sup>11</sup> D. WAELBROECK, D. SLATER, G. EVEN-SHOSHAN, *Ashurst Study on the conditions of claims for damages in case of infringement of EC competition rules*, 31 agosto 2004.

<sup>12</sup> Pro.Ju.Comp., progetto finanziato direttamente dalla Commissione Europea e che ha realizzato un *database* per la raccolta sistematica dei provvedimenti giudiziari in materia di *antitrust*.

<sup>13</sup> Comunque, la mancanza di certezza del numero di cause proposte in Italia ai sensi del diritto *antitrust*, europeo ed italiano, è stata sottolineata nella richiesta di informazioni via *email* diretta dall'AGCM agli operatori del diritto in data 14 dicembre 2010.

A seguito della pubblicazione del libro bianco, gli uffici della Commissione hanno fatto circolare informalmente nel 2009 un c.d. documento *non-paper* relativo ad una proposta di direttiva sulle azioni di risarcimento danni per violazione delle norme europee *antitrust*, documento informale che non ha avuto, ad oggi, alcun seguito.

La recente iniziativa proposta da varie direzioni generali della Commissione nel 2011, tra cui la DG Concorrenza, relativa ad una pubblica consultazione sul tema della tutela collettiva dei diritti<sup>14</sup>, sembra dimostrare il tramonto del progetto di emanare una direttiva europea di armonizzazione in materia di *private enforcement*, come si intuisce anche da una recente audizione del Commissario per la politica di concorrenza, Joaquín Almunia, presso il Parlamento europeo<sup>15</sup>. L'argomento generale di tale consultazione, le varie direzioni generali responsabili del progetto (DG concorrenza, DG Giustizia e DG salute e consumatori) sembrano indicare che il progetto sia finalizzato ad individuare all'interno di un ambito differente rispetto a quello del *private enforcement* (cioè le normative in materia di tutela collettiva dei diritti) gli eventuali aspetti che, limitando il funzionamento del mercato interno, giustifichino l'emanazione di una normativa di armonizzazione; normativa relativa alle azioni di tutela collettiva proposte per violazione non solo delle norme di concorrenza, ma anche relativa alle azioni a tutela dei consumatori (a ben vedere, campo di applicazione non molto differente da quello della normativa italiana in materia di azioni collettive)<sup>16</sup>.

Gli effetti della *debacle* della Commissione nel non riuscire a presentare una formale proposta di direttiva dal 2005 ad oggi relativamente al *private enforcement* (*debacle*, a nostro sommo avviso, in parte conseguenza della maggiore attenzione al principio di sussidiarietà nell'emanazione di normative a livello europeo<sup>17</sup>), sono stati in parte limitati dalla giurisprudenza della Corte di giusti-

<sup>14</sup> Commissione dell'Unione europea, *Verso un approccio europeo coerente in materia di ricorsi collettivi*, 4 febbraio 2011, SEC(2011)173 def.

<sup>15</sup> Audizione di Joaquín Almunia presso il Parlamento europeo, Commissione per gli affari economici e monetari, del 22 settembre 2011, sul tema *Public enforcement and private damages actions in antitrust*.

<sup>16</sup> L'azione di classe disciplinata a livello italiano è infatti finalizzata alla tutela tanto dei "diritti contrattuali di una pluralità di consumatori", quanto dei "diritti identici al ristoro del pregiudizio derivante agli stessi consumatori e utenti da pratiche commerciali scorrette o da comportamenti anticoncorrenziali", art. 104 *bis*, 2° comma, codice del consumo (d. lgs. 6 settembre 2005 n. 206, così come sostituito dall'art. 49, 1° comma, l. 23 luglio 2009, n. 99).

<sup>17</sup> La modalità di normazione a livello dell'Unione europea è cambiata notevolmente nel corso degli anni. Dopo un periodo della c.d. integrazione negativa si è passati ad un periodo della c.d. integrazione positiva, in cui la normazione europea procedeva sostanzialmente tramite emanazione di normative di armonizzazione (sul punto, v. G. TESAURO, *Diritto dell'Unione europea*, Padova, 2010, VI ed., p. 9). Tale tipo di modalità di normazione favoriva, in considerazione delle finalità dell'allora Comunità economica europea (in particolare la creazione del "mercato comune"), la sostituzione delle normative dei singoli Stati membri relative a singoli settori a favore di una normativa "uniforme" europea. Successivamente, terminata la creazione del "mercato interno" nel 1993, la modalità di normazione tramite "armonizzazione", preferita dalla Commissione, ha trovato una forte opposizione da parte degli Stati membri, come dimostrato, in via esemplificativa, con riferimento alla proposta della

zia. In mancanza di una normativa di armonizzazione (positiva) la Corte ha infatti definito, in particolare tramite le sentenze *Eco Swiss* (1999)<sup>18</sup>, *Courage* (2001) e *Manfredi* (2006), quello che potrebbe essere definito un quadro di “armonizzazione negativa”, cioè ha individuando, in negativo, i limiti alla legittimità comunitaria delle normative nazionali in materia di *private enforcement*.

La Corte di giustizia ha definito in tali sentenze, confermando ancora una volta l'importanza del “ruolo pretorio” del giudice europeo<sup>19</sup>, alcuni aspetti fondamentali: la natura degli articoli 101 e 102 TFUE quali “disposizioni di ordine pubblico che devono essere applicati d'ufficio dai giudici nazionali”<sup>20</sup>; il diritto al risarcimento del danno da parte dei soggetti pregiudicati da comportamenti in violazione del diritto *antitrust* europeo<sup>21</sup>; il chiarimento nella sentenza *Manfredi* di alcuni aspetti relativi alle normative nazionali di *private enforcement* (competenza dei giudici nazionali, periodo di prescrizione del diritto di risarcimento, nesso di causalità tra danno e violazione degli articoli 101 o 102 TFUE, risarcimento punitivo e voci del danno risarcibile).

3. La nascita del problema del *private enforcement* in Italia è temporalmente anteriore rispetto al fenomeno europeo, nonostante la normativa *antitrust* sia stata emanata solo nel 1990<sup>22</sup>, ma è stata poi la giurisprudenza della Corte di giustizia ad influenzare i principi del *private enforcement* italiano.

---

normativa a tutela del pluralismo dei media alla fine degli anni '90 (sul punto rinviamo al nostro *Unione europea e pluralismo nei media, con particolare riferimento alla stampa*, in R. ZACCARIA, G. DE MINICO (a cura di), *La disciplina delle varie forme della comunicazione: ordinamento comunitario e ordinamento interno. Il rapporto con la riservatezza*, Napoli, 2008, p. 351). Parallelamente, a livello dell'Unione europea vi è stato uno sviluppo dei controlli affinché il principio di sussidiarietà fosse rispettato, fino all'attuale procedimento previsto dal Protocollo n. 2 “sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità”. Sul punto v. U. VILLANI, *I principi di sussidiarietà e proporzionalità e i procedimenti di controllo*, in L. F. PACE (a cura di), *Le innovazioni del Trattato di Lisbona – Competenze normative, fonti di diritto, tutela giurisdizionale*, Milano, 2012 (in corso di stampa). A seguito di tali cambiamenti, la ricorrenza dei requisiti per l'emanazione di normative di armonizzazione a livello europeo è valutata in modo molto più severo. Tale modifica d'impostazione ha quale conseguenza la sostituzione del paradigma di normazione al livello europeo, cioè dall'“armonizzazione delle normative a livello europeo”, allo stimolo della “competizione tra sistemi giuridici”. L'applicazione del diritto *antitrust* europeo da parte dei giudici nazionali è un utile esempio di questa tendenza. La sensazione è che il problema del *private enforcement* a livello europeo (e la necessità individuata dalla Commissione di emanare una normativa di armonizzazione al fine di una efficace applicazione dei divieti degli articoli 101 e 102 TFUE da parte dei giudici nazionali), anche in considerazione dell'obiettivo di armonizzare anche alcuni aspetti delle procedure dei singoli Stati membri, sia stato rigettato. Tale fallimento sembra essere conseguenza della maggiore importanza ora attribuita al principio di sussidiarietà nella emanazione di normative a livello dell'Unione europea.

<sup>18</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 1° giugno 1999, causa C-126/97, *Eco Swiss China Time Ltd c. Benetton International NV (Eco Swiss)*, Raccolta, p. I-3055.

<sup>19</sup> Sul ruolo pretorio della Corte di giustizia, v. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, II ed., p. 256.

<sup>20</sup> Sentenza *Eco Swiss*, cit., punto 39 s.

<sup>21</sup> Sentenza *Courage*, cit., punto 25 ss.

<sup>22</sup> L. 10 ottobre 1990, n. 287, in *GURI* 240, 13 ottobre 1990. Con riferimento ai tentativi in

Il problema del *private enforcement* in Italia inizia infatti in modo svincolato dall'emanazione del regolamento 1/03 e, in particolare, con l'emanazione, già prima del 2000, di alcune sentenze di applicazione delle norme italiane *antitrust*<sup>23</sup>. Il *private enforcement* diviene un fenomeno quantitativamente rilevante, e non meramente occasionale, a seguito della decisione dell'AGCM del 28 luglio 2000. Tale decisione accertava e sanzionava l'accordo anticoncorrenziale concluso tra imprese assicurative relativamente ai contratti di assicurazione in materia di responsabilità civile per autoveicoli (c.d. cartello "r.c. auto"). Con tale decisione (poi confermata tanto dal TAR Lazio che dal Consiglio di Stato<sup>24</sup>) l'Autorità italiana accertava che per vari anni alcune società assicurative avevano posto in essere un accordo anticoncorrenziale in violazione dell'art. 2 l. 287/90 il cui effetto era stato l'aumento del 20% del costo di premi dei contratti di assicurazioni r.c. auto.

A seguito di tale decisione del 2000 (e quindi ben prima dell'entrata in vigore del regolamento 1/03) sono state proposte un elevatissimo numero di cause civili (stimate in oltre 100.000 dall'ANIA, associazione rappresentativa delle imprese assicuratrici). Tali cause si fondarono sulla decisione dell'AGCM (e sui relativi accertamenti) da parte di consumatori che avevano stipulato contratti di assicurazione con le compagnie parti del "cartello" al fine di ottenere il risarcimento del danno derivante dalla violazione dell'art. 2 l. 287/90.

Proprio a seguito di una di queste numerosissime cause è stato proposto dal Giudice di Pace di Bitonto un rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia conclusosi con la già citata sentenza *Manfredi*.

Ebbene, le numerosissime cause *follow up* alla decisione "r.c. auto" (cioè cause che si fondano sugli accertamenti effettuati in una decisione di un'autorità *antitrust*, tanto la Commissione europea quanto un'autorità nazionale) aventi ad oggetto la richiesta di risarcimento del danno subito dai consumatori dal distinto accordo (*rectius* cartello) anticoncorrenziale tra imprese assicurative, hanno fornito ai giudici italiani (ed in particolare alla Corte di cassazione) numerose occasioni per individuare i principi del sistema italiano di *private enforcement*, principi che, come si vedrà, sono stati in buona parte mutuati, anche in considerazione del principio di effettività, dalla giurisprudenza della Corte di giustizia.

**4.** Al fine di comprendere i cambiamenti e le modifiche della giurisprudenza italiana in materia di *private enforcement* è necessario prendere in considera-

---

oltre quarant'anni per emanare una normativa *antitrust* italiana V. DONATIVI, *Concorrenza e mercato nel prisma dell'ordinamento giuridico; appunti per una ricostruzione storica*, in *Riv. Dir. Ind.*, 1992, p. 302. Con riferimento alle persone "dietro" l'emanazione della legge italiana *antitrust*, v. A. PERA, *Vent'anni dopo: l'introduzione dell'Antitrust in Italia*, in *Concorrenza e Mercato*, 2010, p. 441.

<sup>23</sup> Sul punto v. P. FATTORI, M. TODINO, *La disciplina della concorrenza in Italia*, Padova, 2010, II ed., p. 481.

<sup>24</sup> Decisione poi confermata dalla sentenza del Consiglio di Stato, VI, del 27 febbraio 2002, n. 2199/2002, che, a sua volta, ha confermato la sentenza TAR Lazio, sez. I, del 5 luglio 2001, n. 6139.



zione preliminarmente il ruolo svolto dal principio di effettività: lo “strumento” attraverso il quale, di fatto, i principi europei in materia di *private enforcement*, individuati nella giurisprudenza della Corte di giustizia, sono stati recepiti nell’ordinamento italiano.

Come noto il principio di effettività (principio utilizzato dalla Corte sempre insieme al distinto principio di equivalenza<sup>25</sup>) costituisce un obbligo diretto in capo agli Stati membri in forza del quale, in assenza di una specifica disciplina a livello europeo, le procedure nazionali non “devono rendere praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario”<sup>26</sup>.

Il principio di effettività della tutela dei diritti riconosciuti dal diritto dell’Unione europea, secondo costante giurisprudenza risalente già agli anni ’70<sup>27</sup> e che ha avuto un rilevante sviluppo nello scorso decennio, è riconducibile al principio della “tutela giurisdizionale effettiva”<sup>28</sup> e, ora, alla previsione del Trattato di Lisbona relativa all’obbligo degli Stati membri di stabilire “i rimedi giurisdizionali necessari per assicurare una tutela giurisdizionale effettiva nei settori disciplinati dal diritto dell’Unione” (art. 19, par. 1, 1° comma, TUE)<sup>29</sup>.

Il principio di effettività è stato reso necessario dal c.d. “principio dell’autonomia procedurale degli Stati membri”, cioè dal fatto che il Trattato non ha “inteso creare mezzi d’impugnazione esperibili dinanzi ai giudici nazionali, onde salvaguardare il diritto comunitario, diversi da quelli già contemplati dal diritto nazionale”<sup>30</sup>. In altri termini, l’applicazione del principio di effettività (insieme a quello di equivalenza) permette di valutare se la procedura nazionale, funzionale alla tutela di un diritto riconosciuto dall’Unione europea, “impedisca

---

<sup>25</sup> Ai sensi del principio di equivalenza, “le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza del diritto comunitario non devono essere meno favorevoli di quelle che riguardano ricorsi analoghi di natura interna (principio di equivalenza)”. Sul punto e sulla concreta applicazione del principio v. sentenza della Corte di giustizia del 29 ottobre 2009, causa C-63/08, *Virginie Pontin c. T-Comalux SA*, *Raccolta*, p. I-10467, punto 43 ss.

<sup>26</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 15 aprile 2008, causa C-268/06, *Impact c. Minister for Agriculture and Food e altri (Impact)*, *Raccolta*, p. I-2483, punto 46. Il principio di effettività si è sviluppato, ad esempio nel settore degli aiuti di Stato, nei seguenti termini: “Conformemente a tale principio di effettività, come concretizzato in materia di aiuti di Stato da una giurisprudenza costante, uno Stato membro che, sulla base di una decisione della Commissione, sia obbligato a recuperare gli aiuti illegittimi, è libero di scegliere i mezzi con cui adempierà tale obbligo, a condizione che le misure scelte non siano in contrasto con la portata e con l’efficacia del diritto dell’Unione” Cfr. sentenza della Corte di giustizia del 20 maggio 2010, causa C-210/09, *Scott SA e Kimberly Clark SAS c. Ville d’Orléans*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punto 21.

<sup>27</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 16 dicembre 1976, causa 33-76, *Rewe-Zentralfinanz AG e Rewe-Zentral AG c. Landwirtschaftskammer für das Saarland*, *Raccolta*, p. 1989.

<sup>28</sup> Sentenza *Impact*, cit., punto 48.

<sup>29</sup> A ben vedere la pronuncia della Corte del 13 marzo 2007, causa C-432/05, *Unibet (London) Ltd e Unibet (International) Ltd c. Justitiekanslern (Unibet)*, *Raccolta*, p. I-2271, emanata solo pochi mesi prima della sentenza *Impact*, individuava la fonte di tale obbligo (richiamando risalente giurisprudenza ad iniziare dalla sentenza *Simmenthal*) nel principio di leale collaborazione *ex art.* 10 TCE.

<sup>30</sup> Sentenza *Unibet*, cit., punto 40.

o limiti l'esercizio" del relativo diritto. Sotto questo aspetto, il principio è stato applicato con riferimento a normative nazionali, tra l'altro, in materia di termini per proporre ricorso, di legittimazione attiva e di interesse ad agire, di principio della cosa giudicata.

Al fine del presente contributo è utile valutare come il principio di effettività sia stato applicato nelle sentenze *Courage* e *Manfredi*.

Nella sentenza *Courage*, come noto, la Corte ha riconosciuto il diritto in capo al singolo pregiudicato dalla violazione dell'art. 101, 1° comma, TFUE ad ottenere il risarcimento del danno dinnanzi al giudice nazionale. In questo modo tale sentenza ha sviluppato i principi espressi nelle sentenze *BRT Sabam* (che aveva già riconosciuto agli articoli 101, 1° comma, e 102 TFUE la natura di norma avente effetto diretto) e la sentenza *Eco Swiss* (che aveva riconosciuto a tali divieti la natura di disposizioni indispensabili per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità ai sensi dell'art. 3, lett. g, TCE)<sup>31</sup>.

Con riferimento al principio di effettività, nella sentenza *Courage*, paradossalmente tale principio è stato richiamato al fine di individuare un'ipotesi in cui la tutela dei diritti garantiti dall'ordinamento comunitario possa essere legittimamente limitata. In particolare la Corte ha sottolineato che la tutela giudiziale dell'art. 101, 1° comma, TFUE può essere limitata da una normativa nazionale, sempre garantendo il principio di uguaglianza ed effettività, al fine di escludere casi in cui tale tutela determini un arricchimento senza causa<sup>32</sup>. In particolare, la Corte ha sostenuto che il diritto dell'Unione europea "non osta ad una normativa che neghi il diritto al risarcimento *ex art.* [101, 1° comma, TFUE] per evitare che un singolo tragga beneficio dal proprio comportamento illecito"<sup>33</sup>.

Differentemente la Corte, al fine di valutare l'illegittimità comunitaria di una normativa nazionale che impedisca a chiunque di chiedere "il risarcimento del danno causatogli da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o falsare il gioco della concorrenza"<sup>34</sup>, ha applicato un differente principio, cioè il principio dell'"effetto utile"<sup>35</sup>. In altre parole, l'illegittimità di una normativa nazionale che operi una simile limitazione sarebbe conseguenza non tanto del principio di effettività, ma della natura stessa dell'art. 101, 1° comma, TFUE quale "disposizione fondamentale indispensabile per l'adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per il funzionamento del mercato

<sup>31</sup> Sentenza *Eco Swiss*, cit., punto. 36.

<sup>32</sup> Sentenza *Courage*, cit., punto 30.

<sup>33</sup> *Ibidem*, punto 31.

<sup>34</sup> *Ibidem*, punto 26. Tale è l'importanza di tale aspetto che la Corte lo richiama anche nella sentenza *Manfredi*, cit., punto 60.

<sup>35</sup> Sentenza *Courage*, cit., punto 26. Parte della dottrina confonde i due principi, tra loro sostanzialmente differenti. Ad esempio v. G. AFFERNI, *La traslazione del danno nel diritto antitrust nazionale e comunitario*, in *Concorrenza e mercato*, 2008, pp. 494 e 508, il quale erroneamente sostiene che: "La Corte di Giustizia ha però affermato, sia in *Courage*, che in *Manfredi*, che il principio di *effettività* impone che 'chiunque' abbia subito un danno a causa di una violazione del diritto *antitrust* comunitario deve poter agire in giudizio per pretendere il risarcimento di questo danno".

interno”<sup>36</sup>. Questo perché “le azioni di risarcimento danni dinanzi ai giudici nazionali [conseguenti alla violazione di tale diritto] possono contribuire sostanzialmente al mantenimento di un’effettiva concorrenza nella Comunità”<sup>37</sup>.

Passando alla sentenza *Manfredi*, questa rappresenta, diversamente dalla sentenza *Courage*, un chiaro esempio della forza che il principio di effettività svolge nei confronti dei giudici nazionali nell’interpretare le normative nazionali (come si vedrà concretamente *infra* con riferimento alla giurisprudenza della Corte di cassazione<sup>38</sup>).

A ben vedere, la Corte di giustizia coglie l’occasione fornita dall’ampio rinvio pregiudiziale del Giudice di pace di Bitonto per “scrivere” una vera e propria norma processuale relativa al risarcimento del danno per violazione delle norme europee *antitrust*. Tale “norma” trova la sua forza “persuasiva” (oltre, ovviamente, a quella vincolante) proprio nelle conseguenze della violazione del principio di effettività, cioè la disapplicazione della norma nazionale in contrasto con tale principio<sup>39</sup>.

In particolare, la Corte nella sentenza *Manfredi* chiarisce l’applicabilità del principio di equivalenza e di effettività (cioè il limite alla legittimità delle normative nazionali) relativamente alle normative processuali nazionali in materia di applicazione delle norme *antitrust* europee. Ed infatti la Corte inizia la motivazione di tale sentenza ricordando l’obbligo dei giudici nazionali di tutelare i diritti, come quelli degli articoli 101, 1° comma, e 102 TFUE, riconosciuti dall’ordinamento dell’Unione europea. La Corte ricorda inoltre che, in mancanza di una normativa comunitaria in materia, “spetta all’ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro designare i giudici competenti e stabilire le modalità procedurali dei ricorsi intesi a garantire la tutela dei diritti spettanti ai singoli in forza dell’effetto diretto del diritto comunitario, purché tali modalità non siano” in violazione del ‘principio di equivalenza e di effettività’<sup>40</sup>. Per quello che qui rileva, il principio di effettività obbliga che le norme nazionali (e quindi anche la relativa interpretazione fornite dai giudici) non “rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l’esercizio dei diritti conferiti dall’ordinamento giuridico comunitario”<sup>41</sup>.

---

<sup>36</sup> Sentenza *Courage*, cit., punto 20, richiamando la sentenza *Eco Swiss*. Con riferimento ad una simile motivazione, in cui la natura fondamentale di una disposizione riconosce in capo al giudice poteri non espressi nella disposizione comunitaria stessa, v. sentenza della Corte di giustizia del 26 ottobre 2006, causa C-186/05, *Elisa María Mostaza Claro c. Centro Móvil Milenium SL*, *Raccolta*, p. I-10421, punto 37, dove si legge: “D’altra parte la direttiva, che ha lo scopo di rafforzare la tutela dei consumatori, costituisce, ai sensi dell’art. 3, n. 1, lett. t), CE, un provvedimento indispensabile per l’adempimento dei compiti affidati alla Comunità e, in particolare, per l’innalzamento del livello e della qualità della vita al suo interno” (v., per analogia, a proposito dell’art. 81 CE, sentenza *Eco Swiss*, cit., punto 36).

<sup>37</sup> Sentenza *Courage*, cit., punto 27.

<sup>38</sup> V. *infra*, par. 6.

<sup>39</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 28 giugno 1978, causa 70/77, *Simmenthal SpA c. Amministrazione delle finanze*, *Raccolta*, p. 1453.

<sup>40</sup> Sentenza *Manfredi*, cit., punto 62.

<sup>41</sup> *Ibidem*.

La Corte partendo dal principio chiarito dalla sentenza *Courage*, secondo cui “chiunque ha il diritto di chiedere il risarcimento del danno subito quando esiste un nesso di causalità tra tale danno e un’ intesa o pratica vietata dall’ art. 81 TCE [ora 101 TFUE]”<sup>42</sup>, vincola al principio di effettività (ed equivalenza) l’ interpretazione delle normative processuali nazionali relative all’ applicazione degli articoli 101, 1° comma, e 102 TFUE. In particolare, in tale sentenza si legge che “in mancanza di una disciplina comunitaria in materia, spetta all’ ordinamento giuridico interno di ciascuno Stato membro stabilire le modalità di esercizio di tale diritto, comprese quelle relative all’ applicazione della nozione di ‘nesso di causalità’, purché i principi di equivalenza e di effettività siano rispettati”<sup>43</sup>.

Sulla base di questo principio generale la Corte chiarisce “in positivo” l’ ipotesi in cui una normativa nazionale in materia di prescrizione del diritto di risarcimento sia in violazione del principio di effettività (puntualizzazione che, come si vedrà, avrà un importante effetto sulla giurisprudenza della Corte di cassazione<sup>44</sup>). Parimenti la Corte chiarisce ulteriormente i limiti di legittimità comunitaria delle normative nazionali con riferimento alla determinazione dell’ entità del risarcimento, sia con riferimento alla liquidazione di danni puntivi<sup>45</sup>, sia con riferimento ai limiti dell’ “arricchimento senza giusta causa degli aventi diritto”<sup>46</sup>. In particolare la Corte afferma che “dal principio di effettività e dal diritto di chiunque a chiedere il risarcimento del danno causato da un contratto o da un comportamento idoneo a restringere o a falsare il gioco della concorrenza discende che le persone che hanno subito un danno devono poter chiedere il risarcimento non solo del danno reale (*damnum emergens*), ma anche del mancato guadagno (*lucrum cessans*), nonché il pagamento degli interessi”<sup>47</sup>.

5. Passando a prendere in considerazione l’ influenza del diritto dell’ Unione europea sulla disciplina italiana del *private enforcement*, l’ azione di risarcimento danni per violazione delle norme *antitrust* si configura, nell’ ordinamento italiano, come un’ azione di responsabilità aquiliana ai sensi dell’ art. 2043 c.c. La giurisprudenza della Corte di giustizia nella sentenza *Manfredi* ha fornito elementi di interpretazione di numerosi elementi di tale azione, tra cui: la legittimazione a proporre l’ azione di risarcimento danni; la prova del nesso causale tra illecito e danno e il relativo onere della prova; la liquidazione del danno; il

<sup>42</sup> *Ibidem*, punto 61.

<sup>43</sup> *Ibidem*, punto 64.

<sup>44</sup> V. *infra* par. 6. La Corte in modo certamente persuasivo scrive (*ibidem*, punto 78, corsivo aggiunto): “Una norma nazionale in virtù della quale il termine di prescrizione per la presentazione di un ricorso per risarcimento danni decorre dal giorno in cui l’ intesa o la pratica concordata è stata posta in essere *potrebbe rendere praticamente impossibile l’ esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da tale intesa o pratica vietata*, in particolare qualora tale norma nazionale preveda anche un termine di prescrizione breve e tale termine non possa essere sospeso”.

<sup>45</sup> *Ibidem*, punto 92.

<sup>46</sup> *Ibidem*, punto 94.

<sup>47</sup> *Ibidem*, punto 95.

momento di inizio del decorso del termine di prescrizione del diritto di risarcimento danni e la sua durata.

Riguardo al primo di tali elementi, cioè i soggetti legittimati a proporre l'azione di risarcimento danni ai sensi dell'art. 33, 2° comma, l. 287/90, l'iniziale giurisprudenza della Corte di cassazione interpretava l'art. 33, 2° comma, l. 287/90<sup>48</sup> limitandosi esclusivamente alle *imprese concorrenti* pregiudicate dalla violazione delle norme di concorrenza. Tale interpretazione era giustificata dall'impostazione secondo cui le norme *antitrust* sono norme dirette a regolamentare il mercato e quindi norme dirette esclusivamente alle imprese. In particolare, la Corte di cassazione aveva sostenuto che “le norme degli art. 85 [ora 101 TFUE] e 86 [ora 102 TFUE] del Trattato CEE sono rivolte alla tutela della libera concorrenza tra imprese (...), destinatari diretti di tali norme sono pertanto gli imprenditori commerciali, legittimati ad avvalersene per ottenere l'effettiva libertà di concorrenza: l'utente singolo potrebbe trarre vantaggio in fatto, solo in via riflessa ed indiretta dai generali benefici della libera concorrenza di mercato, ma non può ritenersi direttamente investito della legittimazione giuridica a dolersi di asserite violazioni poste in essere da un'impresa o da un gruppo di imprese”<sup>49</sup>. A fronte di ciò, i consumatori avrebbero potuto certamente richiedere un risarcimento dei pregiudizi ricevuti dal comportamento anticoncorrenziale, ma ai sensi di “un'ordinaria azione di responsabilità, assoggettata agli ordinari criteri di competenza”<sup>50</sup>.

Ha destato un certo stupore quanto affermato dalla suprema Corte di cassazione italiana in quanto richiamava erroneamente, ci permettiamo di sottolineare, dei noti principi del diritto dell'Unione europea. Infatti, diversamente da quanto sostenuto dalla Corte di cassazione, già nella citata sentenza *BRT Sabam* del 1974<sup>51</sup> la Corte di giustizia aveva riconosciuto che gli articoli 85, 1° comma, e 86 TCE erano norme aventi effetto diretto e, come tali, riconoscevano dei diritti in capo ai singoli. Quindi la Corte, in primo luogo, non aveva limitato il riconoscimento del diritto derivante da tali divieti esclusivamente agli “imprenditori commerciali”, come sostenuto nel 2002 della Corte di cassazione. In secondo luogo, che destinatari di tale diritto fossero tutti i soggetti pregiudicati dalla violazione di tale norma (quindi tutti i soggetti terzi *compresi i consumatori*) era una non dubitabile conseguenza della giurisprudenza della Corte di giustizia iniziata con la stessa sentenza *Van Gend En Loos* del 1962, come per

---

<sup>48</sup> L'art. 33, 2° comma, l. 287/90 recita: “Le azioni di nullità e di risarcimento del danno, nonché i ricorsi intesi ad ottenere provvedimenti di urgenza in relazione alla violazione delle disposizioni di cui ai titoli dal I al IV sono promossi davanti alla Corte d'appello competente per territorio”.

<sup>49</sup> Cassazione civile, sez. I, sentenza del 4 marzo 1999, n. 1811, *Montanari c. Cassa risp. Genova e Imperia*, in *Riv. dir. ind.*, 2000, II, 421, con nota di B. TASSONI.

<sup>50</sup> Cassazione civile, sez. I, sentenza del 9 dicembre 2002, n. 17475, *Soc. Axa assicur. c. Isvap*, in *Foro it.*, 2003, I, c. 1121 con commento di A. PALMIERI.

<sup>51</sup> Sentenza *BRT Sabam*, cit., punto 16, dove si legge: “Poiché, per loro natura, i divieti sanciti dagli articoli 85, n. 1, e 86 sono atti a produrre direttamente degli effetti nei rapporti fra i singoli, detti articoli attribuiscono direttamente a questi diritti che i giudici nazionali devono tutelare”.

altro chiarito dalla dottrina<sup>52</sup>. Gli articoli 85, 1° comma, e 86 TCE non rappresentavano quindi, come sostenuto dalla Corte di cassazione nel 2002, delle mere regole del mercato che disciplinavano il rapporto tra imprese concorrenti. Differentemente tali norme, se da una parte riconoscevano un divieto alle imprese, dall'altra fornivano un diritto in capo ai terzi, tanto imprese quanto consumatori.

Successivamente, nel 2005 la Corte di cassazione ha modificato radicalmente, con sentenza a Sezioni Unite, la propria impostazione citando la sentenza della Corte di giustizia *Courage* (2001) in ragione del “rilievo interpretativo dei principi dell’ordinamento comunitario nella materia”<sup>53</sup>. In particolar modo la suprema Corte italiana (sostenendo quanto la Corte di giustizia aveva già sostenuto nel 1973) ha chiarito che “la legge *antitrust* non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato, ovvero di chiunque abbia interesse (...), alla conservazione del suo carattere competitivo al punto da poter allegare uno specifico pregiudizio conseguente alla rottura o alla diminuzione di tale carattere”. In tale interpretazione, il mercato è inteso come “luogo nel quale si esplicita la pretesa di autoaffermazione economica della persona attraverso l’esercizio della impresa, è perciò stesso luogo della competizione”. A fronte di ciò una simile violazione ha in sé l’idoneità di pregiudicare “anche il patrimonio del singolo, concorrente o meno dell’autore o degli autori della intesa”.

Sommessamente ci permettiamo di sottolineare che la Corte di cassazione ha in questo caso nuovamente richiamato la giurisprudenza della Corte di giustizia in modo non corretto. Infatti, la suprema Corte ha sostenuto che “va detto pure, atteso il rilievo interpretativo dei principi dell’ordinamento comunitario nella

<sup>52</sup> V. E. J. MESTMÄCKER, *Die Wirtschaftsverfassung in der europäischen Union*, in *Vorträge und Berichte*, n. 28 – *Zentrum für europäisches Wirtschaftsrecht, Rheinische Friederich-Wilhelms Universität Bonn*, 1993, p. 1. V. anche le conclusioni dell’Avvocato generale Van Gerven del 27 ottobre 1993, causa C-128/92, *H. J. Banks & Comma Ltd c. British Coal Corporation*, *Raccolta* 1994, p. I-1209. Il riconoscimento di diritti soggettivi da parte dell’Unione europea è conseguenza dal principio esposto nella sentenza della Corte di giustizia del 5 febbraio 1963, causa 26/62, *NV Algemene Transport – en Expeditie Onderneming van Gend & Loos c. Amministrazione olandese delle imposte (Van Gend & Loos)*, *Raccolta*, p. 3. Sotto questo aspetto risulta contraddittoria quella dottrina che sostiene che dalla fine degli anni ’90 vi sarebbe “determinata nel tempo una svolta personalista” nel diritto dell’Unione europea, al fine di correggere l’obiettivo derivante dal “perseguimento di un obiettivo di tipo economicistico” (p. 1), quando poi tale dottrina sostiene che “il punto di partenza del processo evolutivo (...) è stato sicuramente costituito dalla sentenza pregiudiziale che la Corte di giustizia ha adottato nella causa *Van Gend & Loos*” (Pi. MENGOZZI, *Il principio personalista nel diritto dell’Unione Europea*, Padova, 2010, p. 3). Visto che tale sentenza è stata emanata, come noto, cinque anni dopo l’entrata in vigore del Trattato CEE, più che di una “svolta personalista”, sarebbe meglio sostenere che tale impostazione è “caratterizzante” e “connaturata” all’ordinamento della CEE (e ora dell’Unione europea). L’autore richiama, quale esempio di sentenza che determinerebbe tale svolta personalista, proprio la sentenza *Manfredi* del 2006, sentenza che trova fondamento in una sentenza ben precedente, cioè la sentenza *BRT Sabam* del 1973.

<sup>53</sup> Cassazione civile, Sez. Unite, sentenza del 4 febbraio 2005, n. 2207, *Unipol c. Mario Ricciardelli*, in *Foro it.*, 2005, I, c. 1014 ss.



materia, che la sentenza della Corte di Giustizia, *Courage*, (n. 453 del 1999) tende ad ampliare l'ambito dei soggetti tutelati dalla normativa sulla concorrenza, in una prospettiva, sembra al collegio, che valorizza proprio le azioni risarcitorie, quali mezzi capaci di mantenere effettività alla struttura competitiva del mercato". Ebbene, come *supra* sottolineato, il riconoscimento del diritto scaturente dagli articoli 101 e 102 TFUE anche ai consumatori (o comunque, a soggetti terzi rispetto alle imprese obbligate dai divieti *antitrust*) è avvenuto ben prima della sentenza *Courage*, e cioè nella già citata sentenza *BRT Sabam* del 1973. Tali riferimenti alla giurisprudenza della Corte di giustizia non puntuali (a parte la lettura "maliziosa" che si potrebbe effettuare dalla scelta della Corte di cassazione, scelta certamente lontana dalla volontà della Corte<sup>54</sup>) dimostrano più che una carenza di "dialogo tra le Corti", la "mancanza" di "ascolto" della Suprema Corte.

Comunque tale radicale modifica di impostazione della Corte di cassazione, nuovamente stimolata dalla giurisprudenza della Corte di giustizia, è stata poi confermata dalla suprema Corte in una sentenza del 2007 in cui è stato sostenuto che la normativa *antitrust* "non è la legge degli imprenditori soltanto, ma è la legge dei soggetti del mercato" e che "il consumatore, quale acquirente finale del prodotto offerto al mercato, chiude la filiera che inizia con la produzione del bene, sicché la funzione illecita di un'intesa si realizza per l'appunto con la sostituzione del suo diritto di scelta effettiva tra prodotti in concorrenza con una scelta apparente, quale che sia lo strumento che conclude tale percorso illecito"<sup>55</sup>.

Questo cambiamento della giurisprudenza della Corte di cassazione (e quindi il riconoscimento pieno dei consumatori quali destinatari della tutela della normativa *antitrust*) assume un ulteriore particolare rilievo tenendo presente la recente emanazione in Italia della norma sulle c.d. azioni di classe di cui all'art. 140 *bis* del codice del consumo. Infatti i consumatori, dalla (criticabile) impostazione della Corte di cassazione del 2002 (secondo cui essi erano tutelati dalla normativa *antitrust* solo in via indiretta) acquistano, con la normativa sulle azioni di classe del 2009, il ruolo di strumento di deterrenza della violazione delle norme *antitrust*. La possibilità che per il tramite di una sola causa civile un rilevante numero di soggetti (anche consumatori) possa richiedere il risarcimento dei danni causati dalla violazione delle norme di concorrenza aumenta il valore di deterrenza delle azioni di risarcimento danni (oltre alla deterrenza delle sanzioni pecuniarie che l'AGCM può comminare) nonostante la natura meramente compensativa dell'azione di classe. Infatti, la prospettiva per le imprese che siano intenzionate a violare le norme di concorrenza di dover non solo

---

<sup>54</sup> La Corte di giustizia riconoscendo che anche i consumatori sono soggetti tutelati dalla normativa *antitrust*, e quindi riconoscendo che anche loro sono legittimati attivi dell'azione di cui all'art. 33 l. 287/90, ha di fatto spostato la competenza di migliaia di cause proposte dinnanzi ai giudici di pace relative al "cartello r.c. auto" a quello della Corte di appello, con un evidente effetto dissuasivo alle parti attrici di continuare a coltivare cause per un valore di poche centinaia di euro.

<sup>55</sup> Cassazione civile, sez. III, sentenza del 2 febbraio 2007, n. 2305, *Soc. La Fondiaria Sai assicur. c. N.*, in *Foro it.*, 2007, I, c. 1097, con nota di R. PARDOLESI.



pagare una sanzione pecuniaria per un importo fino al 10% del proprio fatturato annuale, ma anche di dover risarcire, in ipotesi, buona parte dei vantaggi economici illecitamente conseguiti con il comportamento in violazione delle norme *antitrust*, costituisce certamente un elemento in più da valutare prima di violare le norme di concorrenza.

6. Il riconoscimento che il consumatore, così come l'impresa concorrente, è destinatario diretto della tutela della norme di concorrenza ha un'importante conseguenza con riferimento alla illiceità dei contratti stipulati "a valle" di un comportamento anticoncorrenziale, cioè contratti stipulati tra consumatore/terzo e un'impresa (che ha partecipato "a monte" ad un accordo anticoncorrenziale) l'oggetto del cui contratto coincide con l'oggetto del comportamento anticoncorrenziale "a monte".

Non bisogna dimenticare che la già citata sentenza della Corte di cassazione del 2007 riguardava una delle moltissime cause c.d. *follow on* (cioè azioni di risarcimento danni proposte a seguito di una decisione di un'Autorità *antitrust* e che si fondano sugli accertamenti compiuti da tale Autorità) della decisione dell'AGCM sul cartello "r.c. auto". E proprio il problema del cartello "r.c. auto" ha amplificato il problema della illiceità dei contratti "a valle".

Ebbene, la giurisprudenza della Corte di cassazione anteriore al 2005 escludeva l'esistenza di una conseguenza automatica tra comportamento illecito "a monte" ed effetti "a valle" (sui contratti "attuativi") del comportamento illecito. In particolare la Corte di cassazione sosteneva che "la legge ha previsto una tutela civilistica, autonoma e concorrente rispetto alle funzioni esercitate dall'Autorità, ad opera della Corte d'appello competente per territorio in relazione ad azioni di nullità, risarcimento danni e ricorsi diretti ad ottenere provvedimenti d'urgenza per violazione delle disposizioni *antitrust*; la qual cosa lascia dedurre che se l'accordo *antitrust* può essere dichiarato nullo, i contratti scaturiti in dipendenza di tale accordo o intesa mantengono la loro validità e possono dar luogo solo ad azione di risarcimento del danno nei confronti dei distributori da parte degli utenti"<sup>56</sup>. Tale interpretazione era conseguenza della precedente (criticabile) impostazione della Corte di cassazione che, come *supra* si ricordava, individuava come unici destinatari delle norme *antitrust* le imprese quali enti che svolgono attività sul mercato.

L'impostazione relativa alla liceità dei contratti "a valle" diveniva però contraddittoria nel momento in cui la medesima Corte, nel 2005, aveva riconosciuto anche i consumatori/terzi quali destinatari della tutela delle norme di concorrenza. Questo in quanto, essendo anche il singolo consumatore destinatario della tutela delle norme di concorrenza, sarebbe stato contraddittorio che il contratto attuativo "a valle" del "cartello" vietato dalle norme *antitrust* non subisse le conseguenze del "cartello" stesso con riferimento ai relativi profili di liceità.

<sup>56</sup> Cassazione civile, sez. III, sentenza dell'11 giugno 2003, n. 9384, *Soc. Liquigas c. Girelli*, in *Foro it.*, 2004, I, c. 466, con nota di R. PARDOLESI.

Infatti il contratto “a valle” non ha altra funzione se non quella di “trasferire” sul consumatore finale le conseguenze (pregiudiziali) di quanto deciso nel “cartello”.

Tale iniziale impostazione è stata infatti modificata dalla Corte di cassazione nella citata sentenza del 2007. La Corte, riconoscendo il consumatore/terzo destinatario della tutela della normativa *antitrust*, ha quindi sostenuto che “sarebbe meramente retorica se si dovesse ignorare, considerandolo circostanza negoziale distinta dalla ‘conspirazione anticompetitiva’ e come tale estranea al carattere illecito di questa, proprio lo strumento attraverso il quale i partecipi alla intesa realizzano il vantaggio che la legge intende inibire”. Il contratto concluso tra l'imprenditore ed il consumatore “costituisce il compimento stesso dell'intesa anticompetitiva tra imprenditori, la sua realizzazione finale, il suo senso pregnante” e deve essere dunque, ritenuto nullo<sup>57</sup>.

7. L'influenza della giurisprudenza della Corte di giustizia sulla giurisprudenza della Corte di cassazione si manifesta anche con riferimento alla prova del nesso di causalità tra comportamento anticoncorrenziale e danno. Le scelte della Cassazione nella sentenza del 2007 risentono infatti profondamente dei “vincoli” comunitari imposti dalla sentenza *Manfredi* affinché le normative nazionali non “rendano praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario (principio di effettività)”<sup>58</sup>.

Infatti la Corte di cassazione, nell'individuare concretamente l'onere della prova dell'attore al fine di provare l'esistenza del nesso di causalità tra violazione *antitrust* e danno, facilita grandemente l'onere della prova dell'assicurato a tal punto che, in applicazione di un principio di “alta probabilità logica”, “all'assicurato sarà sufficiente allegare l'accertamento dell'intesa concorrenziale da parte dell'Autorità garante (come condotta preparatoria) e la polizza contratta (come condotta finale)», fermo restando l'obbligo del giudice di dover «consentire all'assicuratore di provare contro le presunzioni o contro la sequenza probabilistica posta a base del ragionamento che fa derivare il danno dall'intesa illecita”<sup>59</sup>.

Che la Corte in tale scelta sia stata vincolata dall'obbligo di impedire che tale aspetto renda “praticamente impossibile o eccessivamente difficile l'esercizio dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico comunitario” è stato sottolineato dalla stessa dottrina civilista. Parte di questa ha ravvisato in tale impostazione (sottolineando la “peculiare costruzione dell'illecito proposta dalla Cassazione”) una novità nell'impostazione e che ha introdotto “una sorta di presunzione di colpevolezza nei confronti dell'assicuratore”<sup>60</sup>.

---

<sup>57</sup> Cassazione civile, sez. III, sentenza del 2 febbraio 2007, n. 2305, cit.

<sup>58</sup> Sentenza *Manfredi*, cit., punto. 63.

<sup>59</sup> Sentenza n. 2305/07, cit., par. 4.1.

<sup>60</sup> Così R. BIANCHI, *Tutela aquiliana antitrust: verso un nuovo sottosistema della responsabilità civile?*, in *Resp. civ. prev.*, 2007, p. 1616.

8. Un altro aspetto in cui appare rilevante l'effetto della giurisprudenza della Corte di giustizia (e in particolare della sentenza *Manfredi*) sulla giurisprudenza della Corte di cassazione riguarda l'aspetto relativo al momento in cui inizia a decorrere il termine di prescrizione del diritto al risarcimento. Questo in quanto la Corte di cassazione, quando nel 2007 decide sul punto, non può non prendere in considerazione quanto sostenuto in merito dalla Corte di giustizia nella sentenza *Manfredi* nel 2006.

La Corte di giustizia nella sentenza *Manfredi* prende posizione proprio sull'interpretazione della norma italiana che disciplina il *dies a quo* del termine della prescrizione, come richiesto dal Giudice di pace di Bitonto. In particolare con riferimento alla disciplina italiana applicabile alla fattispecie concreta, trattandosi di un diritto al risarcimento danni da fatto illecito, si applica la prescrizione breve di cinque anni (art. 2947 c.c.) e, come noto, la decorrenza della prescrizione "comincia a decorrere dal giorno in cui il diritto può essere fatto valere" (art. 2935 c.c.).

Il punto centrale della sentenza della Corte di giustizia, in cui rileva "il principio di effettività", è conseguenza del fatto che l'interpretazione fornita all'art. 2935 c.c. dalla costante giurisprudenza italiana è particolarmente rigida.

La Corte di giustizia, dopo aver ricordato i limiti della legittimità delle norme nazionali in assenza di una disciplina comunitaria in materia (cioè il principio di equivalenza ed effettività<sup>61</sup>), individua una interpretazione della norma italiana che sarebbe certamente illegittima con il diritto UE. La Corte scrive infatti che "una norma nazionale in virtù della quale il termine di prescrizione per la presentazione di un ricorso per risarcimento danni decorre dal giorno in cui l'intesa o la pratica concordata è stata posta in essere potrebbe rendere praticamente impossibile l'esercizio del diritto di chiedere il risarcimento del danno causato da tale intesa o pratica vietata, in particolare qualora tale norma nazionale preveda anche un termine di prescrizione breve e tale termine non possa essere sospeso"<sup>62</sup>.

Nel 2007 la Corte di cassazione, per evitare una interpretazione in contrasto con quanto indicato dalla Corte di giustizia (e quindi al fine di permettere l'esercizio del diritto riconosciuto dall'ordinamento *ex art. 102 TFUE*), perviene ad una interpretazione "dirompente rispetto alle regole codicistiche"<sup>63</sup>. Infatti la Corte di cassazione interpreta il momento in cui "il diritto può essere fatto valere" (art. 2935 c.c.) con il momento in cui il danneggiato ha avuto conoscenza del danno. La Corte, con un'impostazione la cui applicazione concreta è lasciata

<sup>61</sup> Sentenza *Manfredi*, cit., punto 77.

<sup>62</sup> La Corte di giustizia sostiene (*ibidem*, punto 79 s.): "Infatti, in una situazione del genere, nel caso di infrazioni continuate o ripetute, non è escluso che il termine di prescrizione si estingua addirittura prima che sia cessata l'infrazione e in tal caso chiunque abbia subito danni dopo la scadenza del termine di prescrizione si trova nell'impossibilità di presentare un ricorso. (...) È compito del giudice nazionale verificare se ciò avvenga nel caso della norma nazionale controversa nelle cause principali".

<sup>63</sup> R. BIANCHI, *op. cit.*, p. 1618.

al giudice di merito, sostiene che “l’assicurato ha avuto completa conoscenza del danno e della sua ingiustizia (con il corredo di tutte le circostanze e modalità del fatto) in un momento successivo [al momento in cui l’illecito è stato commesso]. Ossia, nel momento in cui si deve ritenere che egli è stato adeguatamente e ragionevolmente informato circa il fatto che quell’aumento era conseguenza di un’intesa vietata (e, quindi, nulla) tra imprese assicurative (...). Ed a tal riguardo non è indispensabile che la conoscenza della quale si tratta derivi dalla pubblicazione delle indagini dell’Autorità Garante o del provvedimento di questa che abbia accertato la caratteristica vietata delle intese, ai sensi del citato art. 2, 2° comma. (...) Insomma, la lungolatenza del danno (...) fa sì che il titolare del diritto possa dirsi in stato di inerzia, rispetto all’esercizio del diritto risarcitorio, solo nel momento in cui sia adeguatamente edotto delle circostanze di questo particolare fenomeno d’illecito prospettato dalla l. n. 287 del 1990”.

La Corte di cassazione bilancia questo principio ricordando che a tale caso si applica però “l’ordinario regime della prova, nel senso che compete a chi eccepisce la prescrizione l’onere di provare il momento in cui chi agisce abbia assunto l’adeguata e ragionevole percezione del danno subito e della sua ingiustizia. Così come, a sua volta, l’attore potrà addurre fatti tendenti a contrastare l’eccezione. (...). Il che comporta che il convenuto, che eccepisca la prescrizione, debba essere posto in condizione di provare l’avvento dell’oggettiva possibilità, per una persona di normale diligenza, di conoscere adeguatamente tutti gli elementi che la pongano in condizione di dismettere la sua inerzia e di esercitare il diritto al risarcimento”<sup>64</sup>.

9. Un ulteriore importante aspetto del *private enforcement* italiano influenzato dal diritto dell’Unione europea è costituito dalla vincolatività per i giudici nazionali delle decisioni dell’AGCM.

Come noto, ai fini del *private enforcement*, elemento centrale è la prova della violazione della normativa *antitrust*, prova molto difficile (se non impossibile) tramite l’utilizzo degli ordinari strumenti forniti dal codice di procedura civile<sup>65</sup>. Infatti, con riferimento agli accordi anticoncorrenziali, questi sono per loro natura tenuti nascosti dalle imprese che vi partecipano (rendendoli conseguentemente non conoscibili a terzi). Con riferimento agli abusi di posizione dominante, mentre il comportamento di cui si valuta la violazione della normativa *antitrust* è normalmente conosciuto (si pensi alle strategie sugli sconti), non conosciuti sono gli altri aspetti e dati che permettono di chiarire la natura abusiva del comportamento (dati e informazioni in possesso esclusivamente delle imprese che hanno posto in essere il comportamento asseritamente abusivo).

In considerazione della difficoltà di provare la violazione dei divieti *antitrust* in assenza di una precedente decisione di un’Autorità *antitrust* (c.d. azioni *stand alone*), grande importanza acquistano le c.d. azioni *follow on*.

---

<sup>64</sup> Sentenza n. 2305/07, cit., par. 6.5.

<sup>65</sup> Con riferimento agli istituti probatori disciplinati dal c.p.c. e applicabili al *private enforcement*, v. M. TAVASSI, *op. cit.*, p. 137.

Il problema che si pone nei casi c.d. *follow on* è quello di individuare la vincolatività della decisione dell’Autorità *antitrust* che accerti che un comportamento di un’impresa ha violato la norma di concorrenza nella (distinta) causa civile di risarcimento danni.

Al fine di comprendere i limiti della rilevanza della decisione amministrativa per il giudice civile è importante ricordare che, come noto, la l. 287/90 non richiede, al fine della presentazione di un’azione di risarcimento danni *ex art. 33 l. 287/90*, una preventiva decisione dell’AGCM di violazione, sebbene questa era stata l’impostazione prevista nella bozza della legge *antitrust* italiana e che ha individuato concretamente quale giudice competente *ex art. 33 l. 287/90* la Corte di appello e non il Tribunale ordinario<sup>66</sup>.

Al fine di valutare l’esistenza (e i limiti) della vincolatività delle decisioni dell’AGCM nei confronti dei giudici civili è necessario tenere presente che nel diritto italiano sussiste il principio di autonomia tra procedimento civile e amministrativo; cioè la decisione amministrativa non vincola la decisione del giudice ordinario<sup>67</sup>.

Nel settore del diritto della concorrenza tale autonomia però, anche in conseguenza delle norme del regolamento 1/03, si attenua.

In primo luogo, la vincolatività per i giudici civili delle decisioni dell’Autorità *antitrust* è certa con riferimento alle decisioni della Commissione. Infatti queste sono vincolanti per i giudici nazionali ai sensi dell’art. 16 regolamento 1/03, norma che concretizza un principio derivante dal ruolo che l’Autorità svolge all’interno del sistema dell’Unione europea (art. 105 TFUE)<sup>68</sup>.

In secondo luogo, con riferimento alla vincolatività delle decisioni dell’AGCM per il giudice, è necessario effettuare una distinzione se la decisione è emanata ai sensi del diritto *antitrust* europeo o italiano.

Nel caso di decisione emanata ai sensi della diritto *antitrust* europeo, anche la decisione dell’AGCM è vincolante per i giudici nazionali nei seguenti termini. I giudici nazionali non possono pervenire a conclusioni differenti da quelle della decisione dell’Autorità di settore, e ciò per due differenti ordini di motivi. Infatti la “corretta” applicazione degli articoli 101 e 102 TFUE è riservata, come *supra* sottolineato, alla Commissione *ex art. 105 TFUE* e, parimenti, la decisione dell’Autorità *antitrust* nazionale ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE è emanata seguendo le procedure di controllo della Commissione *ex regolamento 1/03*<sup>69</sup>. In altri termini, il risultato delle decisioni emanate dall’AGCM ai sensi degli articoli 101 e 102 TFUE (relative quindi all’accertamento della violazione o meno del diritto *antitrust* europeo) si deve presumere coincidano con le conclusioni che la Commissione avrebbe raggiunto se avesse deciso direttamente il caso,

<sup>66</sup> Sentenza n. 2305/07, cit., par. 6.2.

<sup>67</sup> V. ad esempio Cassazione civile, S.U., sentenza del 26 maggio 2004, n. 10180, *Querci c. Università degli studi di Bologna*, in *Giust. civ.*, 2005, I, p. 2137 ss.

<sup>68</sup> Sul punto ci permettiamo di rinviare L. F. PACE, *Diritto europeo della concorrenza*, Padova, 2007, p. 215.

<sup>69</sup> *Ibidem*, p. 321.

salvo prova contraria. Di talchè si ripropone, sebbene indirettamente, il rapporto tra vincolatività della decisione della Commissione per i giudici nazionali (art. 16 regolamento 1/03) sebbene per il tramite della decisione dell'AGCM. Da ciò consegue che il convenuto dell'azione di risarcimento, che volesse contestare tale "vincolatività indiretta", dovrebbe sostenere che la decisione dell'AGCM sia illegittima o perché emanata in violazione delle procedure del regolamento 1/03 o perché emanata in contrasto con la prassi della Commissione (o in contrasto con la giurisprudenza della Corte di giustizia), eccezioni che richiederebbero comunque il preventivo (e tempestivo) ricorso contro lo specifico provvedimento dell'AGCM.

A fronte di queste considerazioni, tale "vincolatività indiretta" è comunque valida anche con riferimento alle decisioni delle altre ventisei Autorità *antitrust* nazionali dei singoli Stati membri. Infatti, la *ratio* della "vincolatività indiretta" della decisione dell'AGCM (procedimenti di controllo della Commissione e contenuto dell'art. 16 regolamento 1/03) è estensibile anche alle altre Autorità *antitrust* nazionali. Non è un caso che la normativa tedesca (art. 33(4) GWB) preveda espressamente che i giudici sono vincolati anche dagli accertamenti delle Autorità *antitrust* di altri Stati membri.

Con riferimento alla differente ipotesi della vincolatività di decisioni dell'AGCM emanate ai sensi del diritto *antitrust* italiano (applicazione ormai quantitativamente limitata per via del campo di applicazione dell'art. 1, 1° comma, l. 287/90<sup>70</sup>), il "vincolo indiretto" delle decisioni dell'AGCM per i giudici, come *supra* individuato, non è applicabile. Come correttamente sostenuto dalla Corte di cassazione<sup>71</sup>, le decisioni dell'AGCM, quando emanate in applicazione del diritto *antitrust* italiano, costituiscono, anche in considerazione della natura specializzata dell'Autorità, esclusivamente una "prova privilegiata della sussistenza del comportamento accertato o della posizione rivestita sul mercato e del suo eventuale abuso", ferma restando la possibilità per le parti in giudizio di offrire prova contraria.

Proprio in considerazione della rilevanza delle decisioni dell'AGCM e, conseguentemente, delle sentenze dei giudici amministrativi, la normativa italiana in materia di azione di classe ha attribuito espressamente al giudice la facoltà di "sospendere il giudizio quando sui fatti rilevanti ai fini del decidere è in corso un'istruttoria davanti a un'autorità indipendente ovvero un giudizio davanti al giudice amministrativo"<sup>72</sup>. Il legislatore italiano, se non ha voluto riconoscere espressamente la vincolatività giuridica della decisione e delle sentenze amministrative nei confronti dei giudici civili (a differenza, ad esempio, del legislatore

---

<sup>70</sup> Sul punto rinviamo al nostro *The Italian Way of Tackling the Abuse of a Dominant Position and the Inconsistencies of the Commission's Guidance: Not a Notice/Bekanntmachung but a Communication/Mitteilung*, in L. F. PACE (ed.), *European Competition Law: The Impact of the Commission's Guidance on Article 102*, Cheltenham, 2011, p. 103.

<sup>71</sup> Cassazione civile, sez. I, sentenza del 13 febbraio 2009, n. 3640.

<sup>72</sup> Art. 140 *bis*, 6° comma, d.lgs. 6 settembre 2005, n. 206, così come sostituito dall'art. 49, 1° comma, l. 23 luglio 2009, n. 99.



tedesco), ha comunque voluto sottolineare in questo modo l'importanza di evitare decisioni contrastanti, tra giudice ordinario e AGCM, riconoscendo comunque una specifica rilevanza alle decisioni dell'AGCM.

**10.** Tale contributo non può non tenere presenti alcuni aspetti del sistema italiano che potrebbero limitare l'effettività degli articoli 101 e 102 TFUE.

Il primo è certamente quello della durata dei processi. Ad esempio, l'azione di risarcimento danni relativa alla sentenza *Manfredi* della Corte di giustizia è stata introdotta nel febbraio 2003 ed è stata decisa, in primo grado, nel maggio 2007. L'appello dinanzi al Tribunale di Bari non è ancora concluso. Il 14 marzo 2013 (*sic!*) è prevista l'udienza di precisazione delle conclusioni. La sentenza di appello (che certamente sarà oggetto di ricorso per Cassazione e quindi almeno ulteriori tre anni di processo) si attende quindi per il 2014, oltre dieci anni dall'introduzione della causa!

Il secondo aspetto della disciplina italiana di *private enforcement* che potrebbe limitare l'effettività degli articoli 101 e 102 TFUE è quello relativo alle norme per l'individuazione del giudice competente per le azioni di *private enforcement*. La disciplina italiana risulta infatti particolarmente farraginoso.

L'art. 33, 2° comma, l. 287/90 individua nella Corte di appello il giudice competente per le azioni di nullità e di risarcimento danni in applicazione della normativa nazionale *antitrust*. Il diritto *antitrust* italiano, e in particolare gli articoli 2 e 3, l. 287/90, si applicano però solo ai casi di esclusiva rilevanza nazionale, cioè, come prescrive l'art. 1, 1° comma, l. 287/90, per quei casi in cui non siano applicabili gli articoli 101 e 102 TFUE. Con riferimento al giudice competente, nulla è previsto per le azioni in applicazione degli articoli 101 e/o 102 TFUE<sup>73</sup>. Da ciò consegue che, nelle azioni in applicazione delle norme *antitrust* europee degli articoli 101 o 102 TFUE, non si applica l'art. 33, 2° comma, l. 287/90. In questa seconda ipotesi si applicheranno, quindi, le normali regole di competenza. Il giudice competente sarà, a seconda del valore della causa, il Giudice di pace o il Tribunale ordinario.

Tale situazione per cui cause relative a fattispecie di rilevanza comunitaria debbano essere presentate dinanzi ad un giudice mentre quelle di esclusiva rilevanza nazionale debbano essere presentate dinanzi ad un altro (situazione questa che è stata per altro stigmatizzata dalla stessa Commissione nella prima relazione relativa al funzionamento del regolamento 1/03<sup>74</sup>) crea delle difficoltà per l'attore dell'azione il quale può vedersi rigettare la propria domanda, per carenza di competenza del giudice, per un aspetto (cioè, il pregiudizio sul commercio tra Stati membri) di per sé non sempre facilmente definibile *a priori*.

<sup>73</sup> V. infatti l'art. 54, l. 6 febbraio 1996, n. 52 – Disposizioni per l'adempimento di obblighi derivanti dall'appartenenza dell'Italia alle Comunità europee – Legge comunitaria 1994, che nulla prevede in merito.

<sup>74</sup> Sul punto ci permettiamo di rinviare al nostro *Il ruolo della Commissione nel rapporto con i giudici nazionali ai sensi del regolamento 1/03: teoria e prassi*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *op. cit.*, p. 92.



L'individuazione del giudice competente per le cause in materia di *private enforcement* delle norme *antitrust* è ulteriormente complicata dall'art. 134 codice di proprietà intellettuale. Tale norma individua quale giudice competente un differente giudice, cioè le sezioni specializzate in materia di proprietà intellettuale<sup>75</sup>. Per le azioni in materia *antitrust* tale norma prevede infatti che sono competenti a conoscere le controversie “in materia di illeciti afferenti all'esercizio di diritti di proprietà industriale ai sensi della legge 10 ottobre 1990, n. 287 e degli articoli [101 e 102 TFUE]” le sezioni specializzate in materia di proprietà intellettuale.

Inoltre la recente normativa sull'azione di classe, che disciplina anche le azioni di classe conseguenti alla violazione delle norme di concorrenza, disciplina un'ulteriore norma di competenza. E cioè, ai sensi dell'art. 140 *bis* codice del consumo, è competente, con riferimento alle azioni di classe, il “Tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa”. Tale norma prevede però delle eccezioni con riferimento alle Regioni aventi una estensione territoriale più ridotta<sup>76</sup>.

La normativa relativa al giudice competente per le azioni in cui si applica il diritto *antitrust* è, come visto, quanto meno farragginosa. In particolare il caso *Conto TV*, in cui la competenza per il medesimo fatto è stata negata da ben due giudici con la conseguenza di rinviare la decisione del caso ad un terzo giudice<sup>77</sup>, dimostra i concreti rischi che l'attuale disciplina limita l'effettività della tutela dei diritti *ex* articoli 101, 1° comma, e 102 TFUE.

Al fine di risolvere tale problema sarebbe sufficiente abrogare l'art. 1, 1° comma, l. 287/90 (norma ormai antistorica, in quanto è venuto meno il motivo della sua stessa previsione<sup>78</sup>) così come l'art. 33, 2° comma, l. 287/90 (“moncherino” normativo di una impostazione individuata nelle bozze della legge *antitrust*, poi non recepita nel testo finale della legge) e prevedere la competenza delle sezioni specializzate in materia di proprietà intellettuale (così come individuato nell'esperienza spagnola del *private enforcement*) per le azioni di risarci-

---

<sup>75</sup> L'art. 16, l. 273/2002, e il d.lgs. n. 168/2003 istituiscono presso i Tribunali di dodici città una sezione specializzata in materia di proprietà intellettuale.

<sup>76</sup> L'art. 140 *bis* codice del consumo prevede: “La domanda è proposta al tribunale ordinario avente sede nel capoluogo della regione in cui ha sede l'impresa, ma per la Valle d'Aosta è competente il tribunale di Torino, per il Trentino-Alto Adige e il Friuli-Venezia Giulia è competente il tribunale di Venezia, per le Marche, l'Umbria, l'Abruzzo e il Molise è competente il tribunale di Roma e per la Basilicata e la Calabria è competente il tribunale di Napoli. Il tribunale tratta la causa in composizione collegiale”.

<sup>77</sup> Sulla concreta difficoltà di individuare il giudice competente in una causa civile in materia *antitrust*, in quello che è sembrato un vero e proprio “gioco delle tre carte” nell'individuazione del giudice competente, v. il caso *Conto TV* in particolare, le seguenti sentenze della Corte di appello di Milano, sez. I civ., del 4 novembre 2009, *Conto TV c. Lega Nazionale Professionisti*, del 12 febbraio 2010, *Lega Nazionale Professionisti c. Conto TV*, e del 24 febbraio 2010, *Lega Nazionale Professionisti c. Conto TV* con commento di V. FRANCESCHELLI, *Diritti televisivi del Campionato di Calcio e diritto antitrust. Con cenni alla comunicazione di una ordinanza ex art. 669-oc-ties c.p.c. e alle c.d. «forme equipollenti»*, in *Riv. dir. ind.*, 2010, p. 67.

<sup>78</sup> Sul punto in modo più esteso v. L. F. PACE, *Il ruolo della Commissione*, cit., p. 91.

mento danni per violazione delle norme *antitrust*<sup>79</sup>. In questo modo i giudici dinnanzi a cui proporre una causa di *private enforcement* sarebbero solamente due: le sezioni specializzate presso i Tribunali per le “generalì” azioni in applicazione della normativa *antitrust* italiana ed europea (in questo modo individuando un unico giudice specializzato per una materia, il diritto *antitrust*, che certamente richiede una specifica conoscenza dei relativi istituti) e il giudice per le azioni relative ad azioni di classe (competenza distinta e giustificata dalle varie normative – non solo *antitrust* – la cui violazione legittima la presentazione di un’azione di classe). In tale modo la competenza tra i giudici sarebbe distribuita in modo ragionevole e prevedibile eliminando quindi gli aspetti criticabili dell’attuale disciplina<sup>80</sup>.

## Abstract

### The Application of Antitrust Law by National Judges: The Influence of “Negative Harmonization Framework” of the Court of Justice and the Italian Experience

The present article deals with the evolution of private enforcement of European and Italian Antitrust Law. The article first explains how “private enforcement” became an issue in European Union and Italian Law. Secondly, the “legal means used” in European Union Law to influence the national case law in the subject matter are taken into consideration. Thirdly, it explains how the Italian case-law has influenced the European Union case-law (through the preliminary reference that led to the *Manfredi* Judgment) and how the case-law of the ECJ has influenced the Member States case-law (through the *Eco-Swiss*, *Courage* and *Manfredi* Judgments). Finally, it is underlined the substantive and procedural aspects of the Italian Law whose interpretation by the Corte di cassazione changed dramatically following the quoted ECJ case-law.

<sup>79</sup> Sulle tesi funzionali ad ampliare la competenza delle sezioni specializzate per attrarvi le cause in materia *antitrust* v. L. AGOSTINACCHIO, *La competenza antitrust delle sezioni specializzate*, in G. A. BENACCHIO, M. CARPAGNANO (a cura di), *op. cit.*, p. 55. Sull’esperienza spagnola dei “giudici di diritto commerciale” v. A. A. HERNANDEZ, *¿Es eficaz la aplicación privada del derecho de la competencia en España? El papel de los jueces de lo mercantil*, *ivi*, p. 181.

<sup>80</sup> La necessità di semplificare l’individuazione del giudice competente per le azioni di risarcimento danni da illecito *antitrust* è dimostrata, ad esempio, dal Tribunale di Milano presso il quale è stato previsto, tramite l’organizzazione interna degli uffici, la concentrazione delle cause aventi ad oggetto il diritto *antitrust* presso la sezione specializzata in materia di proprietà industriale.

# La politica comune della pesca nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea

SOMMARIO: 1. Nascita, evoluzione e consolidamento della politica comune della pesca nel regime previgente al Trattato di Lisbona. – 2. La codificazione dell'*acquis* nel titolo III del Trattato sul funzionamento dell'Unione europea. – 3. La nuova procedura di adozione degli atti in materia. La ripartizione delle possibilità di pesca. – 4. Prospettive di revisione del regime di conservazione e sfruttamento delle risorse. – 5. Considerazioni sull'attuazione in Italia della disciplina relativa al controllo sul rispetto della normativa sulla pesca.

1. È ben noto che, nel regime previgente al Trattato di Lisbona, la competenza delle istituzioni comunitarie nel settore della pesca si fondava sulle norme del Trattato istitutivo della Comunità che assoggettavano anche la pesca ad una politica comune<sup>1</sup>.

La competenza comunitaria in materia discendeva dalle norme del Trattato relative all'agricoltura, secondo la scelta già operata dai redattori del Trattato di Roma nel '57 di *assimilare* la pesca all'agricoltura<sup>2</sup>: ai sensi dell'(allora) art. 38, infatti, per i prodotti della pesca e per quelli di prima trasformazione – qua-

<sup>1</sup> L'art. 3, lett. d), TCEE prevedeva, nella sua originaria formulazione, l'instaurazione di una politica comune nel settore dell'agricoltura, senza alcuna menzione alla pesca, ma il successivo art. 38, nel definire i prodotti agricoli, aveva riguardo anche ai prodotti della pesca e a quelli di prima trasformazione in diretta connessione con tali prodotti. La specifica menzione della politica della pesca fra le azioni e politiche previste dall'art. 3 era stata successivamente disposta mediante l'inclusione nell'art. 3, lett. e), TCE della politica della pesca fra le azioni comuni e le altre politiche funzionali al raggiungimento degli obiettivi enunciati nell'art. 2. In dottrina v. S. VENTURA, *Principes de droit agraire communautaire*, Bruxelles, 1967; G. OLMI, *Agricoltura in diritto comunitario*, in *Dig. disc. pubbl.*, I, 1987, p. 118 ss., nonché ID., *Politique agricole commune*, Bruxelles, 1991, spec. p. 6 ss., e F. G. SNYDER, *Diritto agrario della Comunità europea. Principi e tendenze*, Milano, 1990, spec. p. 10 ss. Sugli sviluppi successivi cfr. C. FIORAVANTI, *Il diritto comunitario della pesca*, Padova, 2007, partic. cap. I.

<sup>2</sup> Si veda, sul punto, già la sentenza della Corte di giustizia del 16 febbraio 1978, causa 61/77, *Commissione c. Irlanda*, *Raccolta*, p. 417 ss.: "la pesca rientra, come tutte le altre attività economiche, nell'ambito del Trattato CEE ed è stata, in particolare, assimilata all'agricoltura per effetto dell'[allora] art. 38 del Trattato stesso e così inserita, tramite questa norma, nella previsione di una politica comune".

lificati come agricoli e inclusi nell'allegato I che contempla i pesci, i crostacei, i molluschi e i loro derivati – era stato disposto l'assoggettamento alle norme del titolo II del Trattato.

In effetti, l'assimilazione della pesca all'agricoltura nel Trattato istitutivo della Comunità si era fondata – sin dagli albori della Comunità – sia su considerazioni di natura merceologica e commerciale, sia di carattere sociale. È pur vero, infatti, che se si escludono i prodotti derivanti dall'esercizio dell'acquicoltura, quelli derivanti dalla pesca sono raccolti e non già coltivati<sup>3</sup>; ma essi soddisfano, al pari dei prodotti agricoli, esigenze alimentari<sup>4</sup> e, sotto il profilo dell'esercizio dell'attività peschereccia, molte sono le similitudini con il settore dell'agricoltura in considerazione della *variabilità* cui sono esposte le risorse ittiche<sup>5</sup>. Ancorché le risorse acquatiche marine risultino, d'altro canto, per loro natura esauribili se sottoposte ad uno sfruttamento superiore alla capacità naturale di riproduzione, e proprio tale caratteristica abbia via via inciso sul progressivo consolidarsi di una disciplina normativa improntata al perseguimento dell'obiettivo della loro conservazione<sup>6</sup>, la comunanza per i profili indicati con il settore agricolo ha, sin dall'inizio, intrecciato la politica della pesca alla politica agricola comune.

Orbene, l'inclusione fra i prodotti agricoli di quelli derivanti dall'esercizio della pesca – secondo la scelta operata dai redattori del Trattato originario – ha, per vari profili, influito sulla disciplina della materia. Da un lato, infatti, la produzione della pesca è risultata assoggettata alle regole imposte dalla necessità di elaborare una *politica comune* per la realizzazione, anche in tale settore, degli obiettivi fissati nell'art. 33 in relazione alle varie finalità della politica agricola comune. Dall'altro lato, poiché nell'elenco dell'allegato I, cap. 3, figuravano “i pesci, i crostacei e i molluschi nonché i loro derivati”, l'inclusione di tali prodotti

<sup>3</sup> In effetti, poiché il legame con il ciclo biologico è tratto comune nell'agricoltura come nella pesca, l'assimilazione dell'imprenditore ittico a quello agricolo trova giustificazione ove si consideri che il pescatore “raccolge alimenti (pesci, molluschi, crostacei), opera in un mercato sostanzialmente uguale a quello in cui agisce l'acquicoltore e analogo a quello in cui operano gli allevatori di animali da carne ed ha sociologicamente – ma solamente ove ci si riferisca al piccolo pescatore – aspetti assai vicini a quelli del coltivatore diretto”: così L. COSTATO, *Commento agli artt. 2 e 3 d.lgs. 18 maggio 2001, n. 226*, in *Riv. dir. agrario*, 2001, I, p. 527 ss., spec. p. 533.

<sup>4</sup> G. SGARBANTI, *Commento all'art. 32*, in F. POCAR (diretto da), *Commentario breve ai Trattati della Comunità e dell'Unione europea*, Padova, 2001, p. 187, e L. COSTATO, *Compendio di diritto alimentare*, Padova, 2002, p. 13 ss. Si veda, insieme, G. GALLIZIOLI, *Il settore della pesca nel trattato di Roma. Punti in comune e differenze sostanziali con la politica agricola comune*, in *I quarant'anni di diritto agrario comunitario. Atti del Convegno di Martina Franca (12-13 giugno 1998)*, Milano, 1999, p. 75 ss.

<sup>5</sup> Similmente all'attività agricola, anche la pesca è condizionata dai cicli biologici degli organismi acquatici e da fenomeni meteorologici e biologico-ambientali: sul punto v. M. GIROLAMI, *Commento all'art. 2 d. lgs. 18 maggio 2001, n. 226*, in L. COSTATO (a cura di), *I tre “decreti orientamento”: della pesca e acquicoltura, forestale e agricolo. Commentario sistematico*, in *Le nuove leggi civili commentate*, 2001, p. 677 ss., spec. p. 685. Si veda, da ultimo, F. BRUNO, *L'impresa ittica*, Milano, 2004, spec. p. 7 ss. e, insieme, p. 91 ss.

<sup>6</sup> Per tali profili v. C. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 11 ss. e cap. III.

nell'allegato I ha comportato l'estensione ai prodotti ittici delle speciali regole, previste dal diritto comunitario, per il mercato dei prodotti indicati nell'allegato. In tale contesto normativo non può allora sorprendere che l'avvio della politica comune nel settore della pesca ("PCP") si sia tradotta nell'adozione dei primi regolamenti in materia che, stante l'inquadramento normativo previsto dal Trattato, instauravano l'organizzazione comune del mercato per i prodotti della pesca, e disponevano il coordinamento delle politiche strutturali degli Stati membri finanziate, in questa prima fase, dal Fondo europeo agricolo di orientamento e di garanzia.

Il primo diritto derivato in materia di pesca risale, in particolare, al 1970 allorché – ben oltre la scadenza del periodo transitorio previsto dall'originario Trattato istitutivo della Comunità<sup>7</sup> – le istituzioni comunitarie adottarono i due regolamenti che segnano l'inizio della politica della pesca. Un avvio ancora parziale – certo – considerato che i due regolamenti del '70, pur costituendo i primi atti comunitari riconducibili alla *comunitarizzazione* della pesca, avevano in effetti riguardo, rispettivamente, all'attuazione di una politica comune delle *strutture* nel settore della pesca<sup>8</sup> e all'*organizzazione comune dei mercati* per i prodotti della pesca<sup>9</sup> e non ancora all'instaurazione di una politica di gestione delle risorse alieutiche<sup>10</sup>.

Ma, se è vero che, in quella prima fase, la Comunità si orientava all'adozione di una disciplina volta a promuovere l'incremento della produttività e a regolare la politica del mercato dei prodotti ittici<sup>11</sup>, non per questo le istituzioni manca-

---

<sup>7</sup> Si vedano, al riguardo, il par. 1 dell'originario art. 40 e i paragrafi 1 e 7 dell'art. 8 TCEE: "Gli Stati membri sviluppano gradualmente la politica agricola comune durante il periodo transitorio e la instaurano al più tardi alla fine di tale periodo"; periodo che l'art. 8, par. 1, fissava in dodici anni, *termine ultimo* "per l'entrata in vigore del complesso di norme previste e per l'attuazione dell'insieme delle realizzazioni richieste dall'istituzione del mercato comune". Sulla progressiva realizzazione della politica comune in materia v. Parlement européen, *Dossiers d'études et de documentation, Manuel de la politique commune de la pêche. La contribution de l'Europe Bleue, Série "Agriculture-Pêche-Forêts"*, E-2, Luxembourg, 1994, spec. pp. 18-33. Sul primo diritto derivato v. C. FIORAVANTI, *op. cit.*, cap. III.

<sup>8</sup> Si tratta del regolamento (CEE) n. 2141/70 del Consiglio, del 20 ottobre 1970, relativo all'attuazione di una politica comune delle strutture nel settore della pesca, *GUCE* L 236, 27 ottobre 1970, p. 1 ss.

<sup>9</sup> Regolamento (CEE) n. 2142/70 del Consiglio, del 20 ottobre 1970, relativo all'organizzazione comune dei mercati nel settore dei prodotti della pesca, *GUCE* L 236, 27 ottobre 1970, p. 5 ss.

<sup>10</sup> In dottrina si vedano, oltre a A. W. KOERS, *La politica della pesca*, in Commissione delle Comunità europee (a cura di), *Trent'anni di diritto comunitario*, 1983, p. 495 ss., i contributi di D. YANDAIS, *La Communauté et la pêche*, in *CDE*, 1978, p. 158 ss., e 1979, p. 185 ss.; P. DAILLER, *Les Communautés Européennes et le Droit de la Mer*, in *RGDIP*, 1979, p. 417 ss.; U. VILLANI, *Il contributo della Corte comunitaria alla definizione del regime interno della pesca nella CEE*, in *Studi marittimi*, 1981, p. 93 ss.; A. DEL VECCHIO, *La politique commune de la pêche: axes de développement*, in *RMUE*, 1995, p. 37 ss.

<sup>11</sup> Per la verità è proprio il regolamento 2141/70 ad aver introdotto, all'art. 2, quel *principio cardine* su cui ancor oggi, pur con le persistenti deroghe, si fonda la politica comune nella gestione delle risorse ittiche e in virtù del quale gli Stati membri sono tenuti a garantire parità di *condizioni di accesso e di sfruttamento* dei fondali situati nelle acque marittime soggette alla loro sovra-

rono già allora di regolare l'esercizio della pesca nelle acque comunitarie affermando il principio della libertà d'accesso a favore delle navi battenti bandiera degli Stati membri e, per quanto maggiormente interessa lo sviluppo futuro della disciplina, di promuovere il consolidamento di un apparato normativo – allora ancora prevalentemente d'origine nazionale – per la gestione e lo sfruttamento delle risorse della pesca.

Sarà solo nel 1983 – con l'adozione dello specifico regolamento (CEE) n. 170/83 relativo all'istituzione di un regime comunitario di conservazione e di gestione delle risorse ittiche – che la politica comune della pesca potrà considerarsi definitivamente avviata di riflesso ai principi che si andavano, nel frattempo, consolidando nel diritto internazionale in materia<sup>12</sup>. Ma se è vero che il regime internazionale delle risorse ha costituito la cornice normativa entro cui s'è gradualmente sviluppata la competenza comunitaria in materia di gestione delle risorse – anche sotto il profilo dell'adattamento ad obblighi da essa internazionalmente assunti – è da porre in evidenza altresì che la stessa Comunità ha, per parte sua, largamente contribuito alla promozione di obiettivi condivisi dalla comunità internazionale, in questa, come in altre materie. A ben vedere, la Comunità ha concorso in modo rilevante a rafforzare e a rendere effettivo quell'obbligo di cooperare nella gestione delle risorse della pesca e nel perseguimento della protezione ambientale degli *habitat* acquatici, non solo in ambito comunitario, ma anche sul piano delle relazioni esterne complessivamente intese: nei rapporti con gli Stati terzi e nella gestione della pesca nell'alto mare<sup>13</sup>.

---

nità o giurisdizione “a tutte le navi che battono bandiera di uno Stato membro e sono immatricolate nel territorio della Comunità”. Senza dire che l'art. 4 del medesimo regolamento già allora riconosceva al Consiglio il potere di adottare le misure necessarie per la conservazione delle risorse (restrizioni riguardo alla pesca di alcune specie, zone, periodi, metodi e strumenti di pesca) “qualora l'esercizio della pesca nelle acque marittime degli Stati membri esponga alcune delle risorse ai rischi di uno sfruttamento troppo intensivo” (sul primo diritto derivato si vedano D. VIGNES, *La réglementation de la pêche dans le marché commun au regard du droit communautaire et du droit international*, in *AFDI*, 1970, p. 829 ss., R. R. CHURCHILL, *EEC Fisheries Law*, Dordrecht, 1987, p. 124 ss., e F. LEITA, *Il regime comunitario e i recenti sviluppi del diritto del mare*, in F. LEITA, T. SCOVAZZI (a cura di), *Il regime della pesca nella Comunità Economica Europea*, Milano, 1979, p. 9 ss.).

<sup>12</sup> Si tratta dei principi che, nel frattempo, si affermavano nel diritto internazionale e che già orientavano la cooperazione della Comunità in seno alle organizzazioni regionali per la pesca e lo sviluppo delle sue relazioni esterne. La Comunità ha, infatti, provveduto non solo alla conclusione degli accordi di pesca con gli Stati terzi, ma anche all'adesione alle convenzioni internazionali in materia – dalla Convenzione di Montego Bay a quelle sulla conservazione e la gestione delle risorse del mare – e agli accordi istituiti dalle organizzazioni di pesca: dalla FAO alle diverse organizzazioni “regionali” di pesca per la gestione delle risorse nell'Atlantico, nel Pacifico, nell'Oceano Indiano, nel Baltico e nel Mediterraneo, in considerazione della presenza di flotte comunitarie dedite all'esercizio della pesca in quelle acque. In generale sullo sviluppo delle relazioni esterne della Comunità, v. C. FIORAVANTI, *op. cit.*, cap. II, e G. SPERA, *Il regime della pesca nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, pp. 9-103.

<sup>13</sup> Sul punto v. le osservazioni di M. GESTRI, *La gestione delle risorse naturali d'interesse generale per la Comunità internazionale*, Torino, 1996, pp. 173-267 e 407-414, e di A. DEL VEC-



E dieci anni più tardi, al fine di favorire l'avvenuta revisione della politica della pesca nell'ottica del nuovo regolamento (CEE) n. 3760/92 che dava maggiore spazio alle esigenze di una gestione della pesca specialmente nella prospettiva di contenimento dello sforzo di pesca, le istituzioni comunitarie procedevano altresì alla creazione di uno strumento finanziario *ad hoc* – lo Strumento finanziario di orientamento della pesca – per la riorganizzazione e la modernizzazione della flotta comunitaria, la formazione e la riconversione dei lavoratori del settore.

In questo solco ormai decisamente tracciato ha preso infine avvio, preceduta dalla revisione della disciplina concernente l'organizzazione comune del mercato nel settore dei prodotti ittici contenuta nel regolamento (CE) n.104/2000 – essa pure orientata a disciplinare il mercato sul presupposto del progressivo depauperamento delle risorse e della conseguente necessità di favorirne la razionale gestione anche in tale settore – la riforma del regime della pesca, sulla scorta delle indicazioni e delle nuove linee d'azione contenute nel *Libro verde* del 2001. Un'indagine che aveva evidenziato l'inderogabile necessità di introdurre, in ambito comunitario, misure più incisive per la ricostituzione di molti stock ittici, il cui livello risultava drasticamente sceso, per molte specie, al di sotto dei limiti biologici di sicurezza e per la cui ricostituzione non era evidentemente bastata la *revisione* apportata alla materia nel 1992.

Le nuove norme comunitarie, derivanti dall'adozione del regolamento 2371/2002 per la conservazione e la gestione sostenibile delle risorse ittiche<sup>14</sup> mirano, infatti a salvaguardare, da un lato, le risorse e a garantire il ripopolamento degli stock “minacciati”, mediante il ricorso a misure tecniche, fissazione di limiti di cattura e limitazioni dello sforzo di pesca; dall'altro lato, in coerenza con l'obiettivo prioritario della *gestione sostenibile* delle risorse ittiche, il nuovo regime introduce misure per la ricostituzione e la gestione delle risorse eccessivamente sfruttate, l'adeguamento della flotta e il contenimento del conseguente impatto socio-economico derivante dall'attuazione della nuova normativa in materia. Una disciplina di gestione delle risorse che trova altresì nella revisione della normativa riguardante le azioni strutturali e nell'istituzione del Fondo europeo per la pesca<sup>15</sup>, un coerente quadro normativo che muove nella direzione della conservazione e sfruttamento sostenibile delle risorse. Non per nulla, del

---

CHIO, *Politica comune della pesca e cooperazione internazionale in materia ambientale*, in *DUE*, 2005, p. 529 ss.

<sup>14</sup> Regolamento (CE) n. 2371/2002 del Consiglio, del 20 dicembre 2002, relativo alla conservazione e allo sfruttamento sostenibile delle risorse della pesca nell'ambito della politica comune della pesca, *GUCE* L 358, 31 dicembre 2002, p. 1 ss., e successive modificazioni.

<sup>15</sup> Il nuovo Fondo, che va a sostituirsi ai precedenti strumenti di carattere finanziario, è stato istituito con il regolamento (CE) n. 1198/2006 del Consiglio, del 27 luglio 2006, relativo al Fondo europeo per la pesca, *GUUE* L 223, 15 agosto 2006, p. 1 ss., cui ha fatto seguito il regolamento (CE) n. 498/2007 della Commissione, del 26 marzo 2007, recante modalità di applicazione del regolamento citato, *ivi* L 120, 10 maggio 2007, p. 1: è sulla base di tale nuovo Strumento che sono stati definiti, per il periodo 2007-2013, il piano di interventi di sostegno della Comunità a favore “dello sviluppo sostenibile del settore della pesca, delle zone di pesca e della pesca nelle acque

resto, i più recenti, e rilevanti, apporti nella materia hanno avuto riguardo al potenziamento dei meccanismi di controllo del rispetto della normativa comunitaria lungo l'intera catena di produzione, nella consapevolezza della necessità di rafforzare il controllo delle attività di pesca complessivamente intese<sup>16</sup>.

Da ultimo, va dato conto dell'orientamento della Commissione – racchiuso nel *Libro verde* del 2006<sup>17</sup> e nel successivo *Libro blu* del 2007<sup>18</sup> – di includere la politica comune della pesca all'interno della *politica marittima integrata* volta a coordinare l'azione dell'Unione con riguardo ai diversi settori di attività che si esercitano nel mare (trasporto marittimo, pesca, produzione d'energia, ricerca scientifica). Si tratta – come è evidente – di una prospettiva che orienta l'Unione verso l'elaborazione di una politica integrata – e non più esclusivamente settoriale – di quelle diverse attività che si svolgono nei mari e negli oceani per favorire – come è del resto indicato nel Piano d'azione allegato al *Libro blu* della Commissione<sup>19</sup> – la realizzazione di “uno spazio europeo di trasporto marittimo senza barriere; una rete europea di sorveglianza marittima; una strategia europea per la ricerca marina; l'eliminazione della pesca illegale e della pesca al traino distruttiva in alto mare; la riduzione delle emissioni di anidride carbonica e dell'inquinamento dovuti al trasporto marittimo; il contrasto degli effetti del cambiamento climatico sulle regioni costiere”<sup>20</sup>. In questa prospettiva, la politica della pesca viene ad essere allora anche un importante tassello del nuovo contesto unitario in cui valutare, specialmente a fini decisionali, le varie attività che si svolgono nello spazio marino.

2. In continuità con il regime previgente, il Trattato di Lisbona ha sostanzialmente codificato l'*acquis communautaire* in materia di pesca: se si esclude, infatti, la pur rilevante modifica che attiene alla procedura di adozione degli atti di diritto derivato<sup>21</sup>, ciò che nel tempo si era venuto consolidando nella specifica materia – già a partire dagli anni '70 – trova ora esplicita conferma nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea.

È quanto, anzitutto, si rileva dall'esame delle norme che classificano le competenze dell'Unione<sup>22</sup>: in linea con l'esperienza che si era imposta nella politica

---

interne”. Il Programma operativo predisposto dalla Repubblica italiana, per il periodo 2007-2013, è stato approvato dalla Commissione con una partecipazione comunitaria di 424.342.584 euro.

<sup>16</sup> V. *infra*, par. 4.

<sup>17</sup> Libro verde della Commissione, Verso la futura politica marittima dell'Unione: oceani e mari nella visione europea, 7 giugno 2006, COM(2006)275 def.

<sup>18</sup> Libro blu della Commissione, Una politica marittima integrata per l'Unione europea, 10 ottobre 2007, COM(2007)575 def.

<sup>19</sup> Cfr. Una politica marittima integrata dell'Unione europea, SEC(2007)1278/2 (in allegato al citato *Libro blu*).

<sup>20</sup> Cfr. A. DEL VECCHIO, *Una politica marittima integrata per l'Unione europea*, in A. DEL VECCHIO (a cura di), *La politica marittima comunitaria*, Roma, 2009, p. 11 ss., in specie p. 13 s.

<sup>21</sup> V. *infra*, par. successivo.

<sup>22</sup> In tema v. O. PORCHIA, *La sussidiarietà attraverso il riordino di competenze? Il Trattato di riforma e la ripartizione delle competenze*, in questa *Rivista*, 2010, p. 631 ss.

comune della pesca, la conservazione delle risorse biologiche del mare – uno dei settori, o per meglio dire il *settore rilevante* della PCP – è di *competenza esclusiva* dell'Unione, nel mentre gli altri settori – vale a dire gli altri ambiti di tale politica, distinti eppure ad essa strettamente connessi – sono definiti di competenza concorrente.

Passando poi all'esame delle specifiche norme che nel Trattato attualmente in vigore regolano la materia (titolo III TFUE), emergono ulteriori elementi di continuità con il previgente assetto normativo. L'assimilazione della *pesca* all'*agricoltura* – un'assimilazione disposta sin dagli albori della Comunità<sup>23</sup> – nell'attuale assetto normativo non solo è addirittura esplicitata nel titolo III, ove all'agricoltura è ora aggiunta la pesca, ma è ulteriormente ribadita nella previsione dell'art. 38 laddove si precisa che “i riferimenti alla politica agricola comune o all'agricoltura e l'uso del termine agricolo si intendono applicabili anche alla pesca”.

Un secondo elemento di continuità – forse meno evidente a prima lettura – è poi costituito dalla previsione, anch'essa contemplata dall'art. 38, secondo cui l'assimilazione della pesca all'agricoltura deve peraltro tenere conto “delle caratteristiche specifiche di questo settore”. La specificità deriva – come è ben noto – dal fatto che le risorse in gestione sono rinnovabili, ma esauribili, e che la loro consistenza dipende dalla conservazione e dallo sfruttamento sostenibile degli stock, oltre che da variabili connesse a ragioni biologico-ambientali.

D'altronde, anche nel precedente assetto normativo, l'assimilazione della pesca all'agricoltura non aveva impedito alla Comunità di dotare la politica comune della pesca di un apparato normativo che muoveva, per l'appunto, dalla *specificità* dei prodotti oggetto della PCP. Ed è pur vero che fra gli obiettivi che il Trattato originariamente prevedeva in ordine alla realizzazione del mercato comune dell'agricoltura, cui era assimilata la pesca, v'era solo un cenno all'esigenza di promuovere lo sviluppo razionale della produzione agricola. Ma, a ben vedere, il richiamo allo sviluppo razionale della produzione agricola, non disgiunto da un riferimento anche alla necessità di assicurare il *migliore impiego* delle risorse, prova che, anche per i redattori del Trattato del '57, il legame fra la politica agricola comune e la gestione delle risorse non era privo di rilevanza: per i prodotti agricoli e per quelli della pesca, ad essi assimilati dall'(allora) art. 38. E non per nulla, del resto, già il regolamento 2141/70 riconosceva, all'art. 4, il potere al Consiglio di adottare le misure necessarie per la conservazione delle risorse ittiche (restrizioni riguardo alla pesca di alcune specie, zone, periodi, metodi e strumenti di pesca) “qualora l'esercizio della pesca nelle acque marittime degli Stati membri esponga alcune delle risorse ai rischi di uno sfruttamento troppo intensivo”.

Anzi – a ben vedere – proprio tale esigenza aveva finito per assumere una rilevanza sempre più decisiva nello sviluppo della disciplina della materia, sul presupposto che la produttività era da intendersi nel senso che lo sfruttamento

---

<sup>23</sup> V. *supra*, par. 1.

delle risorse si sarebbe dovuto attuare nell'ottica della *sostenibilità*, come espressamente previsto dall'ultimo regolamento base (2371/2002) in materia, poiché quando si commisura tale esigenza a risorse rinnovabili, ma pur tuttavia esauribili, è necessario regolare l'accesso e lo sfruttamento in una prospettiva di conservazione e non già di massima utilizzazione. Si tratta, del resto, di un'esigenza che è divenuta talmente decisiva da incidere altresì sulla revisione della disciplina del mercato di settore e delle strutture, determinando le istituzioni a operare scelte normative coerenti ad armonizzare tali settori con la nuova politica comunitaria di gestione delle risorse acquatiche vive sempre più improntata a salvaguardarne la conservazione.

Nel solco già tracciato *ab origine*, il Trattato di Lisbona, pur facendo dunque emergere con più evidenza la materia "pesca", non la dota pur tuttavia di *norme specifiche*: la PCP, con le sue riconosciute e ormai consolidate specificità, non viene disciplinata in modo autonomo e continua pertanto ad essere assimilata alla politica agricola comune.

**3.** Passando ora all'esame degli elementi di novità introdotti dal Trattato di Lisbona, va dato conto della nuova disciplina che regola il processo di produzione normativa.

È ben noto che la politica comune della pesca, stante la sua assimilazione alla politica agricola comune, si caratterizzava per talune specificità: si trattava, in particolare, di una specialità riguardante, non solo il procedimento di formazione delle norme e, specialmente, l'ampia discrezionalità di cui godeva il Consiglio nell'adozione del diritto derivato per l'attuazione delle molteplici ed eterogenee finalità contemplate dall'art. 33 del Trattato<sup>24</sup>, ma anche le deroghe in materia di concorrenza e di aiuti statali.

Ebbene, pur permanendo anche nel vigente assetto normativo un *regime speciale* sia sotto il profilo delle deroghe al regime della concorrenza e agli aiuti

<sup>24</sup> La molteplicità di obiettivi previsti dall'art. 33 ha comportato, per le istituzioni comunitarie, lo sforzo di ricercare, anche nell'adozione degli atti di diritto derivato per la progressiva realizzazione della politica della pesca, la *conciliazione permanente* "che può essere richiesta da eventuali contraddizioni fra questi obiettivi considerati separatamente e, se del caso, dare all'uno o all'altro di essi la prevalenza temporanea resa necessaria dai fatti o dalle circostanze di natura economica in considerazione dei quali esse adottano le proprie decisioni" avendo peraltro cura di evitare che tale conciliazione "produca l'effetto di rendere impossibile la realizzazione degli altri obiettivi": cfr., in tema, la sentenza del Tribunale di primo grado del 6 dicembre 2001, causa T-196/99, *Area Cova, SA e a. c. Consiglio dell'Unione europea e Commissione delle Comunità europee, Raccolta*, p. II-3597, punto 80, con i richiami operati, sul punto, alla giurisprudenza della Corte di giustizia che, già a partire dalla sentenza del 20 ottobre 1977, causa 29/77, *S.A. Roquette Frères c. Stato Francese*, *ivi*, p. 1835, punto 30, ha costantemente ribadito che, nell'attuazione della politica agricola comune, le istituzioni devono perseguire la conciliazione permanente fra obiettivi eterogenei. Una conciliazione che ha via via richiesto uno sforzo ulteriore in considerazione del fatto che gli obiettivi dell'art. 33 si sono dovuti perseguire in modo da non pregiudicare le esigenze connesse alla tutela di risorse rinnovabili ma esauribili: nel rispetto, in particolare, del loro uso sostenibile, espressamente contemplato nel regolamento 2371/2002, che ha riformato la disciplina base della gestione delle risorse ittiche.

di Stato che si giustifica alla luce del carattere particolare dell'attività agricola e dunque anche della pesca, il Trattato di Lisbona apporta modifiche di rilievo quanto alla procedura di adozione delle norme.

Al pari di quanto è previsto per la politica agricola comune, il nuovo Trattato sul funzionamento dell'Unione europea fa cadere, anche per la disciplina della pesca, uno dei tratti distintivi di tale politica: quello per l'appunto relativo alla *procedura di adozione degli atti*, non più saldamente nelle mani del Consiglio, come invece nel passato regime. La produzione normativa volta all'adozione delle disposizioni necessarie al perseguimento degli obiettivi della pesca e all'organizzazione del mercato dei prodotti ittici si affida infatti ora alla *procedura legislativa ordinaria* (art. 43, par. 2), con le conseguenze che ne derivano pertanto sotto il profilo del nuovo ruolo assegnato al Parlamento europeo, legislatore della materia insieme al Consiglio. Al Parlamento europeo è per di più riconosciuto il medesimo ruolo anche in materia di regolamentazione delle deroghe che limitano la disciplina della concorrenza (da disporsi con atti adottati in procedura legislativa ordinaria); nel mentre, in materia di aiuti, il potere del Consiglio nell'autorizzare la concessione di aiuti è ora subordinato alla proposta della Commissione (art. 42, par. 2).

Ancora sotto il profilo dell'esame delle novità introdotte a seguito del Trattato di Lisbona riguardanti in generale i poteri assegnati alla Commissione, va dato conto dei nuovi poteri che le sono affidati – in esecuzione e in delega – ai sensi degli articoli 290 e 291 TFUE. In particolare, proprio sotto il profilo dell'esercizio da parte della Commissione delle competenze d'esecuzione, il regolamento 182/2011 prevede, all'art. 2, par. 2, che quando tali competenze vengano esercitate in materia di pesca, debba applicarsi la *procedura d'esame*<sup>25</sup>. È sulla scorta di tale nuova procedura e delle disposizioni transitorie in essa previste che la Commissione ha adottato, con parere conforme del Comitato, il regolamento di esecuzione<sup>26</sup> del regolamento del 2009 che ha istituito il nuovo regime comunitario di controllo della PCP<sup>27</sup>, primo atto in materia di pesca adottato secondo la nuova procedura.

Resta però da precisare che – ancora in linea con il regime previgente e conformemente a quanto previsto dal regolamento base del 2002 sulla conservazione e lo sfruttamento sostenibile delle risorse ittiche – la ripartizione delle

---

<sup>25</sup> Cfr. regolamento (UE) n. 182/2011 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 16 febbraio 2011, che stabilisce le regole e i principi generali relativi alle modalità di controllo da parte degli Stati membri dell'esercizio delle competenze di esecuzione della Commissione, *GUUE* L 55, 28 febbraio 2011, p. 13 ss.

<sup>26</sup> Regolamento di esecuzione (UE) n. 404/2011 della Commissione, dell'8 aprile 2011, recante modalità di applicazione del regolamento (CE) n. 1224/2009 del Consiglio che istituisce un regime di controllo comunitario per garantire il rispetto delle norme della politica comune della pesca, *GUUE* L 112, 30 aprile 2011, p. 1 ss.

<sup>27</sup> Si tratta del regolamento (CE) n. 1224/2009 del Consiglio, del 20 novembre 2009, che istituisce un regime di controllo comunitario per garantire il rispetto delle norme della politica comune della pesca, *GUUE* L 343, 22 dicembre 2009, p. 1 ss. Sulla nuova normativa in materia di controllo v. G. SPERA, *op. cit.*, p. 191 ss.

possibilità di pesca è e resta affidata a specifici regolamenti che, di anno in anno, sono adottati dal Consiglio su proposta della Commissione, affiancata dal Comitato tecnico scientifico (art. 43, par. 3, TFUE). È in virtù di tale previsione che con il regolamento 57/2011<sup>28</sup>, per l'appunto adottato *ex art.* 43, par. 3, TFUE, sono state definite le possibilità di pesca per il 2011, sulla base della proposta elaborata dalla Commissione che – dopo aver sottolineato ancora una volta il pessimo stato di molte delle risorse presenti nelle acque dell'Unione – aveva proposto aumenti di contingenti per soli 6 stock, con riduzioni per 64 stock e contingenti invariati per 23 stock<sup>29</sup>.

Rispetto al passato, è dunque ora il Trattato – quale fonte sovraordinata – a prevedere che la definizione delle possibilità di pesca sia stabilita con regolamenti adottati in base a tale procedura. Si tratta di una previsione normativa destinata pertanto ad incidere anche sulla revisione del regolamento base del 2002 in materia di conservazione e sfruttamento delle risorse, attualmente in fase di avanzata elaborazione<sup>30</sup>. È quanto dire allora che la riforma del regolamento base in tema di gestione e sfruttamento delle risorse non potrà discostarsi da quanto prevede il Trattato sotto il profilo del potere attribuito al Consiglio nella determinazione annua delle possibilità di pesca.

4. È sullo sfondo di questo nuovo quadro normativo che si profila – come si anticipava – la revisione del regolamento base del 2002 relativo alla conservazione e allo sfruttamento sostenibile delle risorse della pesca nell'ambito della PCP.

Il *Libro verde* della Commissione del 2009<sup>31</sup>, per l'appunto elaborato in vista della riforma del sistema, traccia le linee e gli obiettivi su cui costruire la revisione della PCP, tenendo conto in particolare delle *consolidate criticità del settore*. In particolare, il *Libro verde* – cui ha fatto seguito nell'aprile 2010 il documento di lavoro dei servizi della Commissione<sup>32</sup> – prospetta i nuovi obbiettivi su cui costruire la riforma della politica comune della pesca, alla luce delle priorità evidenziate dalla Commissione: adeguamento della capacità della flotta alle

<sup>28</sup> Regolamento (UE) n. 57/2011 del Consiglio, del 18 gennaio 2011, che stabilisce per il 2011 le possibilità di pesca per alcuni stock ittici o gruppi di stock ittici, applicabili nelle acque dell'UE e, per le navi dell'UE, in determinate acque non UE, *GUUE* L 24, 27 gennaio 2011, p. 1 ss.

<sup>29</sup> La proposta della Commissione è consultabile, nella sua interezza, all'indirizzo [ec.europa.eu/fisheries/index](http://ec.europa.eu/fisheries/index). Va precisato che, come già nel previgente regime, la proposta muove pur sempre dalle previsioni scientifiche elaborate dal Comitato scientifico, tecnico ed economico per la pesca (CSTEP) cui è affidato un ruolo consultivo anche sotto il profilo dell'indagine relativa allo stato degli stock. Nel parere elaborato dal Comitato in vista dell'elaborazione da parte della Commissione delle possibilità di pesca per il 2011 emerge che solamente il 40% degli stock presenti nelle acque UE è pescato "in maniera sostenibile". Sul ruolo dei comitati consultivi nella PCP v. C. FIORAVANTI, *op. cit.*, p. 41 ss.

<sup>30</sup> Cfr. Libro verde della Commissione, del 22 aprile 2009, Riforma della politica comune della pesca, COM (2009)163 def.

<sup>31</sup> Libro verde del 2009, cit.

<sup>32</sup> Documento di lavoro dei servizi della Commissione. Sintesi della consultazione sulla riforma della politica comune della pesca, 16 aprile 2010, SEC(2010)428, finale. Per gli sviluppi cfr. il sito [ec.europa.eu/fisheries/reform](http://ec.europa.eu/fisheries/reform).



risorse disponibili e possibile ricorso al sistema dei diritti di pesca trasferibili, revisione del principio cardine su cui si regge la ripartizione delle possibilità di pesca, sviluppo di una cultura rispettosa delle regole e protezione della piccola pesca costiera.

Si tratta – come è evidente – di una prospettiva di revisione della materia, resa necessaria dalla persistenza – o per meglio dire dall’aggravarsi – dello stato di difficoltà in cui versa il settore e, prima ancora, del depauperamento progressivo delle risorse. Così, per quanto attiene alla perdurante sovraccapacità della flotta comunitaria rispetto alle sempre più ridotte possibilità di pesca, la discussione verte ora sull’opportunità di abbandonare le misure strutturali sino ad ora utilizzate, a favore di nuovi strumenti quali i *diritti di pesca trasferibili*<sup>33</sup>; ancora, alla luce dei limiti di funzionamento del principio cardine finora utilizzato per la ripartizione delle possibilità di pesca, si apre la prospettiva di ricorrere a “meccanismi di flessibilità che consentano di ovviare alle carenze attuali e di adeguare i contingenti nazionali alle reali necessità delle diverse marinerie”<sup>34</sup>.

Sotto il profilo dell’efficacia del controllo sul rispetto delle misure della PCP – altra rilevante e perdurante criticità del sistema – va peraltro riconosciuto che l’Unione si è già dotata di un nuovo apparato normativo, dapprima con il regolamento contro la pesca illegale e non regolamentata (regolamento 1005/2008)<sup>35</sup> e, dal 2009, con il regolamento che ha istituito un nuovo sistema di controllo sul rispetto delle norme della politica comune della pesca (regolamento 1224/2009)<sup>36</sup>.

In particolare, il regolamento contro la pesca illegale elenca una serie di gravi infrazioni per contrastare le quali è previsto che gli Stati prevedano sanzioni “effettive, proporzionate e dissuasive”, tenendo conto dei livelli massimi di sanzione disposti dallo stesso regolamento. È altresì previsto che la Commissione predisponga due diverse “liste nere” (quella dei pescherecci dediti alla pesca illegale e quella degli Stati che non contrastano tale pratica): l’inclusione all’interno di tali liste comporta diverse conseguenze sotto il profilo dell’esercizio della attività della pesca, sia per i pescatori che per lo Stato “compiacente”. La disciplina mira, in particolare, a limitare l’accesso ai mercati interni a quei soli prodotti della pesca per i quali sia possibile certificare la conformità

---

<sup>33</sup> Libro verde del 2009, cit., par. 4.1.

<sup>34</sup> *Ibidem*, par. 5.3.

<sup>35</sup> Regolamento (CE) n. 1005/2008 del Consiglio, del 29 settembre 2008, che istituisce un regime comunitario per prevenire, scoraggiare ed eliminare la pesca illegale, non dichiarata e non regolamentata, che modifica i regolamenti (CEE) n. 2847/93, (CE) n. 1936/2001 e (CE) n. 601/2004 e che abroga i regolamenti (CE) n. 1093/94 e (CE) n. 1447/1999, *GUUE* L 286, 29 ottobre 2008, p. 1. Per un commento v. C. FIORAVANTI, *La pesca illegale, non dichiarata e non regolamentata nel diritto comunitario*, in *Riv. dir. agr.*, 2009, p. 161 ss., e M. F. ORZAN, *Il ruolo dell’Unione europea nella lotta alla pesca illegale non dichiarata e non regolamentata*, in A. DEL VECCHIO (a cura di), *op. cit.*, p. 143 ss.

<sup>36</sup> Regolamento (CE) n. 1224/2009 del Consiglio, del 20 novembre 2009, che istituisce un regime di controllo comunitario per garantire il rispetto delle norme della politica comune della pesca, *GUUE* L 343, 22 dicembre 2009, p. 1 ss. In generale, sulle nuove misure di controllo della pesca nell’Unione europea, v. G. SPERA, *op. cit.*, p. 191 ss.

alle pertinenti normative: l'importazione all'interno dell'Unione è pertanto negata ai prodotti della pesca e ai prodotti trasformati che risultino privi di certificati di cattura rilasciati e convalidati dallo Stato di bandiera; parallelamente, le norme del regolamento si applicano alle catture effettuate da pescherecci comunitari e destinate all'esportazione in Stati terzi.

Quanto poi al nuovo regolamento 1224/2009 sul controllo del rispetto della normativa in materia di pesca, è da precisare che la disciplina di recente adottata ha l'obiettivo di assicurare il rispetto, lungo l'intera catena di produzione, della politica comune della pesca, riordinando un quadro normativo che, nel tempo, si era sovrapposto e affastellato. Pur potenziando il ruolo dell'Agenzia della pesca e quello della Commissione, il regolamento pone in capo agli Stati la responsabilità in ordine, anzitutto, al controllo e monitoraggio delle attività di pesca secondo un nuovo sistema di tracciabilità che consentirà di seguire tutti i prodotti della pesca, dalla cattura alla commercializzazione. Sono state altresì introdotte nuove misure basate su controlli incrociati, un più efficace sistema di pesatura delle catture e norme generali di controllo relative al rispetto dei piani di gestione e di ricostituzione degli stock, delle zone di restrizione della pesca e dei rigetti in mare.

Il regolamento introduce altresì un quadro sanzionatorio armonizzato basato sul calcolo del valore dei prodotti della pesca che derivino da infrazioni gravi che prevede un sistema di *punti di penalità* a carico dei titolari di licenza e per i comandanti di pescherecci che può portare alla revoca della licenza in caso si accerti la reiterata grave violazione della normativa in materia.

5. Sul rispetto di tali nuovi obblighi comunitari – anche al fine di assicurare l'efficacia del regime previsto da questi due ultimi regolamenti comunitari in materia di controllo dell'attività della pesca – non si può non rilevare il ritardo in cui versa l'ordinamento italiano. Si tratta, del resto, di un ritardo risalente nel tempo se si considera che, già nel vigore della precedente normativa comunitaria in materia di controlli<sup>37</sup>, la Corte aveva riconosciuto l'inadempimento della Repubblica italiana per violazione dell'obbligo statale di istituire sistemi di controllo per il rispetto del divieto di detenere a bordo reti da posta derivanti<sup>38</sup>. Per la verità proprio la mancanza di una normativa interna che vietasse, non solo

<sup>37</sup> Sul regime previgente v. C. FIORAVANTI, *Il diritto comunitario*, cit., cap. III.

<sup>38</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 29 ottobre 2009, causa C-249/08, *Commissione c. Repubblica italiana (Commissione c. Italia)*, Raccolta, p. I-173. In particolare, nel ricorso, la Commissione aveva chiesto alla Corte di dichiarare che la Repubblica italiana era venuta meno ad obblighi posti dalla normativa comunitaria sul controllo dell'attività della pesca “non avendo provveduto a controllare, ispezionare e sorvegliare in modo adeguato, sul proprio territorio e nelle acque marittime soggette alla propria sovranità o giurisdizione, l'esercizio della pesca, segnatamente per quanto riguarda il rispetto delle disposizioni che disciplinano la detenzione a bordo e l'impiego delle reti da posta derivanti e non avendo altresì provveduto in misura sufficiente a che fossero adottati adeguati provvedimenti nei confronti dei responsabili delle infrazioni alla normativa comunitaria in materia di detenzione a bordo e di utilizzo di reti da posta derivanti, segnatamente con l'applicazione di sanzioni dissuasive contro i soggetti di cui sopra”.

l'utilizzo, ma anche la semplice detenzione a bordo di attrezzi vietati, aveva reso difficile la prova nell'ambito dei procedimenti finalizzati all'applicazione delle sanzioni previste dall'ordinamento unicamente con riguardo all'accertato uso e non anche alla mera "detenzione"<sup>39</sup>.

In termini più generali è da rilevare altresì che – se si escludono taluni interventi normativi di portata limitata<sup>40</sup> – l'inefficacia dei controlli e il mancato rispetto della normativa comunitaria sono in larga parte derivanti dalla vigenza di una normativa statale risalente alla legge n. 963 del 1965<sup>41</sup>.

Orbene, per quanto riguarda l'adeguamento dell'ordinamento interno al regolamento 1005/2009 contro la pesca illegale, non dichiarata e non regolamentata, in vigore dal 1° gennaio 2010, va precisato che solo nel marzo del 2010 è stata adottata una circolare<sup>42</sup> che dettava un quadro operativo peraltro definito, nella stessa circolare, come un regime di natura provvisoria. Si tratta, a ben vedere, di previsioni funzionali a rendere operante il regolamento dell'Unione per quelle sole norme che sono *self-executing*, ma che di certo non può apportare normative di adattamento per quelle parti del regolamento che, viceversa, per poter essere applicate richiedono modifiche nell'ordinamento interno: non per

---

<sup>39</sup> Cfr. le pronunce citate da G. SPERA, *op. cit.*, in particolare nota 688, e la recente sentenza della Corte dei conti, Sez. giurisdizionale per la Regione siciliana, n. 1783 del 2 agosto 2010, *Procuratore Regionale c. Sebastiano Patti* ([www.bddweb.corteconti.it](http://www.bddweb.corteconti.it), reperibile *on line*) che richiama sul punto la sentenza n. 2202/2003 della Cassazione (Sez. I): come già la Cassazione, anche la Corte dei conti non ha potuto far altro che dichiarare esente da responsabilità amministrativa il convenuto anche se colto a pescare, in data 17 giugno 2006, in zona vietata e avendo a bordo attrezzi vietati (reti da posta derivanti). Nelle conclusioni della Corte dei conti, infatti, la fattispecie contemplata dalla normativa statale vigente non poteva applicarsi a casi di semplice detenzione di attrezzi vietati, ma solo all'accertato uso degli stessi. È perciò assai bizzarro che la Repubblica italiana, ben conscia che la Cassazione si era orientata nel senso indicato, abbia viceversa sostenuto avanti alla Corte di giustizia nel procedimento per infrazione che s'è chiuso con la sentenza *Commissione c. Italia*, *cit.*, che "anche prima dell'adozione della legge 6 giugno 2008, n. 101, l'amministrazione nazionale riteneva possibile sanzionare la semplice detenzione di reti da posta derivanti di cui è proibito l'uso richiamandosi ai regi decreti 8 ottobre 1931, n. 1604, e 4 aprile 1940, n. 1155, impartendo istruzioni in tal senso. Conseguentemente, la detenzione a bordo di strumenti di pesca di cui è vietato l'impiego era considerata vietata in Italia. La legge 6 giugno 2008, n. 101, avrebbe semplicemente raddoppiato l'importo delle ammende previste, disponendo la confisca delle reti di cui trattasi, la loro immediata distruzione e la sospensione della licenza di pesca. Lo Stato membro medesimo ne trae la conclusione che l'addebito, nella parte attinente all'insufficienza della normativa di repressione, è venuto meno" (punto 53).

<sup>40</sup> V., per il profilo che interessa, l'art. 8 della legge del 6 giugno 2008, n. 101 (recante disposizioni urgenti per l'attuazione di obblighi comunitari e l'esecuzione di sentenze della Corte di giustizia delle Comunità europee) che, apportando modifiche alla normativa esistente, ha finalmente disposto il divieto di *detenzione* di attrezzi vietati, in tal modo superando l'inadeguatezza della disciplina statale (v. *supra*, nota precedente).

<sup>41</sup> Sul regime sanzionatorio in vigore per la Repubblica italiana v. G. SPERA, *op. cit.*, p. 263 ss.

<sup>42</sup> Circolare del 4 marzo 2010 (prot. 3476), del Ministero delle politiche agricole alimentari e forestali avente ad oggetto l'esatta "implementazione" del regolamento 1005/2008 del Consiglio, del 29 settembre 2008, che istituisce un regime comunitario per prevenire, scoraggiare ed eliminare la pesca illegale, non dichiarata e non regolamentata (INN), e del relativo regolamento di applicazione (regolamento CE n. 1010/2009).

nulla, del resto, la parte quarta della circolare precisa che “viene rimandata all’emanazione di successivi provvedimenti legislativi e/o amministrativi la definizione di un sistema sanzionatorio *ad hoc*”.

A tal proposito, occorre infatti pur sempre distinguere fra le ipotesi in cui sia in gioco l’attuazione della normativa regolamentare che, sebbene già direttamente applicabile, richiede l’applicazione delle indispensabili misure interne – vale a dire l’adozione di provvedimenti concreti da parte delle amministrazioni interessate – da quelle in cui per l’adempimento degli obblighi posti dal regolamento occorre dotare l’ordinamento della necessaria normativa<sup>43</sup>.

Ciò che, in altre parole, si vuol dire è che per i fini del compiuto rispetto degli obblighi di *attuazione e adattamento* posti dal regolamento contro la pesca illegale non potevano bastare le pur necessarie misure interne di carattere esecutivo, come è, ad esempio, per quella parte della disciplina che richiede che gli Stati membri indichino i porti d’accesso e provvedano a che i funzionari procedano all’esercizio delle molteplici funzioni di vigilanza e di controllo sui pescherecci e i prodotti della pesca secondo le dettagliate indicazioni contenute nel regolamento. Rispetto a tali previsioni, infatti, non si tratta di adattamento nella sua stretta accezione quanto, piuttosto, di attuazione da parte delle amministrazioni coinvolte, cui spetta – in base alle opportune direttive impartite dallo Stato, anche sotto forma di circolari – il compito di assicurare il rispetto della disciplina comunitaria dotata di carattere auto-applicativo. È peraltro da precisare che occorre pur sempre verificare se le misure disposte valgano ad assicurare il pieno rispetto della normativa comunitaria: è quanto ha, del resto, ribadito la Corte di giustizia nella già citata pronuncia per inadempimento della Repubblica italiana per violazione del divieto di detenzione a bordo di reti da posta derivanti. Nella considerazione della Corte, infatti, l’accertata responsabilità per violazione degli obblighi comunitari, nel periodo oggetto del procedimento, derivava in primo luogo dal fatto che “la sorveglianza e il controllo delle attività di pesca non erano efficacemente garantiti dalle autorità italiane” e che, pertanto, “l’addebito relativo all’inefficienza delle autorità italiane nell’esercizio e nella pianificazione dei loro compiti di sorveglianza e di controllo” risultava fondato<sup>44</sup>.

<sup>43</sup> Si vedano sul punto le lucide osservazioni di G. BATTAGLINI, *Amministrazione e sovranità nell’ex Territorio Libero di Trieste*, in *Studi in onore di Manlio Udina*, I, Milano, 1975, p. 139 ss., in particolare nota 146 e, insieme, C. FIORAVANTI, *L’“adeguamento” dell’ordinamento italiano alle norme comunitarie secondo la legge 9 marzo 1989, n. 86*, in *Riv. dir. agr.*, 1990, p. 31 ss. Sulle considerazioni qui svolte non incide la sopravvenuta entrata in vigore della legge 4 febbraio 2005, n. 11, che detta le nuove norme generali sulla partecipazione dell’Italia al processo normativo dell’Unione europea e sulle procedure di esecuzione degli obblighi comunitari. L’art. 10 della nuova legge detta, peraltro, una compiuta disciplina che si applica ai casi in cui s’imponga l’adozione di provvedimenti urgenti “qualora la scadenza risulti anteriore alla data di presunta entrata in vigore della legge comunitaria relativa all’anno in corso”. E per l’appunto in virtù di tale previsione sarebbe possibile procedere all’adattamento al di “fuori” del meccanismo della legge comunitaria: ad evitare, in altre parole, inadempimenti della Repubblica.

<sup>44</sup> Sentenza *Commissione c. Italia*, cit., punto 52.

Ma, al di là dell'ipotesi appena considerata, diverso è l'obbligo incombente sullo Stato per quelle norme del regolamento che richiedono un intervento normativo. Così, ad esempio, è per la parte di regolamento che detta il nuovo regime sanzionatorio poiché, rispetto a tali norme, l'integrazione normativa s'impone: vuoi che si tratti di introdurre sanzioni amministrative o, tanto più, sanzioni penali, l'obbligo per lo Stato italiano è pur sempre quello di dotarsi di un adeguato apparato normativo che risulti funzionale al risultato da raggiungere, vale a dire – in ultima analisi – la previsione e la conseguente applicazione di sanzioni dissuasive nei confronti dei responsabili delle infrazioni alla nuova normativa comunitaria.

Sul punto, valgono ancora le osservazioni della Corte nella causa appena citata, laddove essa ha disposto – in linea con un orientamento consolidato – che quando, per il rispetto degli obblighi comunitari, occorre procedere ad una modifica adeguata dell'ordinamento, non possono certo bastare prassi amministrative (nella specie circolari adottate, fra l'altro, ben oltre i termini previsti per l'entrata in vigore del regolamento). In tali ipotesi, infatti, “non può ritenersi che semplici prassi amministrative, per loro natura modificabili a discrezione dell'amministrazione e prive di adeguata pubblicità, costituiscano valido adempimento”<sup>45</sup>.

Ed è pur vero che, per i fini dell'adattamento dell'ordinamento interno, la legge comunitaria 2009<sup>46</sup> – emanata nel giugno 2010 – delegava il Governo ad adottare entro 18 mesi (dunque a fine 2011) norme di adattamento anche del regolamento contro la pesca illegale, ormai in vigore sin dal 1° gennaio 2010. Sino a quella data – o a quella ancora successiva in cui saranno adottati i rispettivi decreti delegati – perdurerà pertanto una situazione di non compiuto adattamento.

Quanto infine alle necessità di recepimento del regolamento 1224/2009 che ha introdotto il nuovo sistema di controllo sul rispetto delle norme della politica comune della pesca – definitivamente in vigore dal 1° gennaio 2011<sup>47</sup> – non v'è traccia di interventi normativi per i fini dell'adattamento a quella parte – assai consistente – del regolamento che ha innovato il regime sanzionatorio<sup>48</sup>. Il disegno di legge comunitaria per il 2010 – attualmente in fase di approvazione<sup>49</sup> – nulla dispone al riguardo. La sola norma in materia di pesca si occupa infatti del

---

<sup>45</sup> *Ibidem*, punto 64.

<sup>46</sup> Cfr. legge 4 giugno 2010, n. 96, *GURI* 146, 25 giugno 2010, S.O. n. 138, il cui art. 28 prevede la delega al Governo per il riassetto della normativa in materia di pesca e acquicoltura.

<sup>47</sup> Cfr. l'art. 124, che disciplina l'entrata in vigore, con tempi diversi, delle norme del regolamento.

<sup>48</sup> Tra queste rientrano il sequestro del peschereccio o la sua temporanea immobilizzazione, la confisca degli attrezzi di pesca e del pesce catturato, la sospensione o la revoca dell'autorizzazione di pesca, il divieto permanente o temporaneo di accedere ad aiuti o sovvenzioni pubbliche. È prevista inoltre l'introduzione di un sistema “a punti” in caso di infrazioni particolarmente gravi e l'introduzione di un registro nazionale delle infrazioni. Sull'inadeguatezza, allo stato attuale, dell'ordinamento interno rispetto a tali nuovi obblighi si vedano le osservazioni di G. SPERA, *op. cit.*, p. 299 ss.

<sup>49</sup> Cfr. il disegno di legge comunitaria per il 2010, assegnato il 17 agosto 2011 al Senato, in seconda lettura, dopo l'approvazione della Camera (2322-B).

compiuto “recepimento” – peraltro assai tardivo – di quella già citata sentenza della Corte di giustizia che, nell’ottobre del 2009, aveva accertato un inadempimento della Repubblica italiana riguardante norme contenute in vari regolamenti comunitari sul controllo della pesca, alcuni dei quali non più in vigore perché abrogati dal nuovo regolamento del 1224/2009<sup>50</sup>.

## Abstract

### The Common Fisheries Policy in the Treaty on the Functioning of the European Union

The essay focuses on the Common Fisheries Policy (CFP) from its beginning to the present. In this respect, the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) retains a certain degree of continuity with the rules applicable before the Lisbon Treaty entered into force: fisheries policy and agricultural policy are still associated and regulated by the same Title of TFEU while keeping in mind the specific needs and problems of the CFP, mainly linked to the necessity to develop a sustainable use of living aquatic resources (Article 38 TFEU).

Building on the previous regime, the Lisbon Treaty essentially codified the *acquis communautaire*: fisheries policy is subject to shared competence between the EU and the Member States – except as regards the conservation of marine biological resources (Article 4.2, d, TFEU) in relation to which Article 3.1, d provides for EU exclusive competence, but restricted to the conservation of marine biological resources under CFP only.

The Lisbon Treaty also opens the way to an enhanced role of the EU Parliament (through the ordinary legislative procedure). A relevant exception applies, however, to the measures on quantitative limitations which may be adopted by the EU Council following a proposal from the Commission: this is another element of continuity – but now is codified in the Treaty – with the EC Treaty. Finally, the essay deals with the Green paper on the reform of the Common Fisheries adopted on April 21<sup>st</sup> 2009. The proposals build on previous EU Regulations and are still awaiting full implementation in Italy.

<sup>50</sup> Cfr. l’art. 18 del citato disegno di legge 2322-B: “Al fine di adeguare la normativa nazionale alla sentenza della Corte di Giustizia delle Comunità europee del 29 ottobre 2009, resa nella causa C-249/08, all’art. 27 della legge 14 luglio 1965, n. 963, e successive modificazioni, sono apportate le seguenti modifiche: a) al comma 1, alinea, dopo le parole “dell’art. 15, lett. a e b” sono inserite le seguenti “e dell’art. 26, comma 8”; b) al comma 1, lett. b), dopo le parole: “apparecchi di pesca usati” sono inserite le seguenti “ovvero detenuti”; c) la sospensione della licenza di pesca per un periodo da tre mesi a sei mesi e, in caso di recidiva, il ritiro della medesima licenza nei confronti del titolare dell’impresa di pesca quale obbligato in solido, anche ove non venga emessa l’ordinanza-ingiunzione, in caso di violazione delle disposizioni relative alla detenzione a bordo ovvero alle modalità tecniche di utilizzo di rete da posta derivante”.





# Note e Commenti



Mario Carta

# *Historical Injustices:* legittimazione passiva e forme della riparazione nel diritto internazionale ed europeo\*

SOMMARIO: 1. Considerazioni introduttive. – 2. Lo Stato quale legittimato passivo per le riparazioni di *gross violations* nell'esperienza giuridica internazionale e negli atti dell'ONU. – 3. L'emersione dell'individuo-responsabile quale destinatario dell'obbligo internazionale di riparazione in favore delle vittime di *gross violations*: l'art. 75 dello Statuto della Corte penale internazionale. – 4. Natura e caratteri delle forme di riparazione in relazione alle *gross violations*. – 5. La soddisfazione e le garanzie di non ripetizione tra obblighi di riparazione statuali e obblighi di riparazione individuali. – 6. Il Fondo di garanzia delle vittime ed il ruolo della riabilitazione nell'ambito dei processi di *Transitional Justice*. – 7. Memoria e riparazione: l'esperienza europea. – 8. Conclusioni.

1. Il presente contributo, senza alcuna pretesa di completezza almeno in questa sede, si propone di offrire all'attenzione di chi legge qualche considerazione sulla natura e sulle caratteristiche che le forme di riparazione fornite dal diritto internazionale, e che pur interessano l'esperienza giuridica europea, assumono in relazione a pregiudizi così specifici come quelli da ingiustizie della storia<sup>1</sup>.

\* Il lavoro rappresenta una versione riveduta ed ampliata dell'intervento svolto in occasione del convegno tenutosi il 21 gennaio 2011 presso l'Università di Roma Tre "Le ferite della storia ed il diritto riparatore", organizzato nell'ambito del PRIN approvato dal MIUR, [www.sites.google.com/site/storiaediritto/convegni](http://www.sites.google.com/site/storiaediritto/convegni), reperibile *on line*.

<sup>1</sup> Il tema delle *Historical Injustices* o *Historical Wrongs*, o *Crimes de l'histoire* è stato affrontato dalla dottrina secondo una prospettiva più specificamente di diritto internazionale in diversi scritti, tra i quali, ad esempio: M. DU PLESSIS, *Historical Injustices and International Law: An Exploratory Discussion of Reparation for Slavery*, in *HRQ*, 2003, p. 640 ss.; D. SHELTON, *The world of Atonement: Reparations for Historical Injustices*, in *NILR*, 2003, p. 298 ss.; J. F. QUEGUINIER, S. VILLALPANDO, *La réparation des crimes de l'histoire: état et perspectives du droit international public contemporain*, in L. BOISSON DE CHAZOURNES, J. F. QUÉGUINIER, S. VILLALPANDO (dirs.), *Crimes de l'histoire et réparations: les réponses du droit et de la justice*, Bruxelles, 2004, p. 39 ss.; L. CONDORELLI, *Conclusions Générales*, *ivi*, p. 291 ss.; P. DE GREIFF (ed.), *The Handbook of Reparations*, Oxford, 2006; P. D'ARGENT, *Les réparations pour violations historiques*, in J. F. FLAUSS (dir.), *La protection internationale des droits de l'homme et les droits des*

Il punto di partenza del percorso di ricerca muove dalla consapevolezza che i classici rimedi risarcitori ricollegabili alla responsabilità civile non possono

---

*victimes – International protection of human rights and victim's rights*, Bruxelles, 2009, p. 195 ss. Più in generale A. GARAPON, *Chiudere i conti con la storia, Colonizzazione, schiavitù, Shoah*, Milano, 2009, e, dello stesso autore, *Crimini che non si possono né punire né perdonare, L'emergere di una giustizia internazionale*, Bologna, 2004.

Dall'esame della dottrina sopra richiamata e con tutte le difficoltà legate alla definizione di una nozione non esclusivamente giuridica, gli elementi caratterizzanti le *Historical Injustices* possono individuarsi nel fatto che si tratta di condotte che, all'epoca in cui furono commesse, non erano vietate né dal diritto internazionale né interno; che, in genere, collocandosi tali comportamenti nel passato a grande distanza di tempo, sia i responsabili delle violazioni che le vittime, e spesso anche i loro eredi, non sono in vita; che si tratta di violazioni massicce e sistematiche nei confronti di gruppi, minoranze o popolazioni straniere talmente gravi per la loro odiosità ed atrocità da costituire un attentato agli interessi della comunità internazionale nel suo insieme e tali da urtare profondamente la coscienza umana, siano essi imputabili agli Stati, agli individui-organi o ai privati. Infine, ed è questo forse il dato che giustifica la loro attualità, si tratta di condotte le cui ripercussioni negative persistono ancora oggi, nel senso che vi sono soggetti che beneficiano dei loro effetti e soggetti che ne patiscono le conseguenze. Se questi sono gli elementi essenziali delle *Historical Injustices*, è opera sicuramente non agevole la loro riconduzione entro fattispecie giuridicamente rilevanti per il diritto internazionale in primo luogo poiché, come detto, i comportamenti non erano punibili e previsti come tali all'epoca in cui furono commessi, aspetto questo che rende impraticabile, a rigore, il ricorso alla categoria dei crimini internazionali. Tuttavia se, invece, il piano di indagine si sofferma sull'esame delle singole condotte integranti tali fattispecie, le conclusioni sono di tenore sostanzialmente diverso essendo evidente che esiste una sovrapposizione tra i comportamenti che sono alla base delle *Historical Injustices* con quelli dei crimini internazionali (per un'analisi dal punto di vista "contenutistico" dei crimini internazionali vedi P. FOIS, *Sul rapporto tra i crimini internazionali dello Stato e i crimini internazionali dell'individuo*, in *RDI*, 2004, p. 929 ss.). In particolare sono le categorie del genocidio e dei crimini contro l'umanità, come declinati negli articoli 6 e 7 dello Statuto della Corte penale internazionale, che presentano il grado di contiguità maggiore con la nozione in questione, condividendone il carattere "sistemico" e diffuso e la particolare gravità delle condotte poste in essere (sui caratteri dei crimini contro l'umanità vedi A. CASSESE, *Lineamenti di diritto internazionale penale*, Bologna 2005, p. 79 ss.). Se dunque condotte quali il genocidio, le pratiche di schiavitù, l'*apartheid*, lo sterminio, la deportazione o il trasferimento forzato della popolazione, la tortura, la persecuzione ed i c.d. "crimini di genere", qualora riferite ad un passato che non ne prevedeva la punibilità, possono rientrare tra le *Historical Injustices* quando presentano i tratti sopra enunciati, tuttavia, a testimonianza della complessità di circoscriverne l'ambito di applicazione, tali fattispecie non sembrano esaurire il contenuto di tale categoria. È sufficiente pensare allo stabilimento o mantenimento con la forza di una dominazione coloniale o alle conseguenze del colonialismo in generale, alla frequente casistica relativa agli abusi perpetrati nei confronti delle popolazioni indigene, come la privazione delle loro terre o le pratiche di assimilazione forzata che hanno dato vita ad un contenzioso copioso soprattutto a livello interno, o anche all'*Holocaust Litigation*, sviluppatosi ad esempio dinanzi le corti statunitensi contro le banche in prevalenza svizzere, accusate della mancata restituzione alle vittime dell'Olocausto dei conti "dormienti" aperti presso le loro sedi, giudizi spesso conclusi con il pagamento di ingenti indennizzi in favore delle vittime. In realtà anche condotte considerate oggi crimini di guerra sono annoverabili tra le *Historical Injustices*; in molti casi una soluzione per le riparazioni conseguenti a tali crimini internazionali è stata trovata sulla base di accordi bilaterali, conclusi in occasione o dopo la cessazione delle ostilità soprattutto in relazione al secondo conflitto mondiale. L'utilizzo della categoria delle *Historical Injustices* per questi crimini rimane meno frequente, rispetto a quella dei crimini contro l'umanità, in quanto la loro punibilità risale ad un'epoca sicuramente più risalente nel tempo, non così recente come

ritenersi idonei, da soli, a riparare tutte le conseguenze giuridiche legate alla commissione di gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani, anche quando commesse da regimi oppressivi nei confronti in genere di un gran numero di vittime, e così fronteggiare le pretese riparatrici da parte delle vittime stesse di tali abusi.

Se questa è la premessa, condivisa e condivisibile, la riflessione che essa immediatamente suscita riguarda allora il contesto ed il terreno al quale occorre volgere l'attenzione per cercare di indagare e definire il "come" riparare tali pregiudizi.

È chiaro che agli autori che sposano tale premessa<sup>2</sup> non sfugge la complessità delle questioni che solleva una simile ipotesi di partenza quando, ad esempio, mettono in luce le difficoltà di individuare una risposta univoca all'interrogativo "si può riparare la storia"; mancanza di univocità che sicuramente è legata alla necessità di indagare e ricercare rimedi adeguati per le ferite della storia con il contributo di studiosi e scienziati appartenenti a più discipline, e quindi non solo giuristi. Ma mancanza di univocità che, a mio avviso, riguarda anche coloro che studiano questi fenomeni all'interno di una stessa prospettiva disciplinare, quella giuridica nel caso specifico, che difficilmente possono pensare di fornire una risposta compiuta al problema del "come" riparare la storia senza avvalersi di tutti gli strumenti che il diritto, internazionale e/o privato, europeo e/o interno, mette loro a disposizione.

E tuttavia pur nel caso di felice integrazione tra i diversi settori del diritto nell'individuare a vantaggio di quali soggetti, a quali condizioni e con quali obiettivi si possono disporre rimedi per le ferite della storia, la "giuridificazione" di una tale risposta difficilmente potrà esaurire da sola la complessità legata all'interrogativo iniziale.

D'altronde proprio l'esperienza giuridica internazionale ed europea ci indica che il momento "riparatore" dei pregiudizi subiti dalle vittime di *gross violations*<sup>3</sup> rappresenta solo una tappa di un percorso più ampio dove le esigenze di

---

quella dei crimini contro l'umanità, restringendo così il campo di applicazione della categoria in esame. In definitiva la sostanziale identità delle condotte tra le *Historical Injustices* ed alcuni dei crimini internazionali, come sopra specificati, giustifica un'analisi tesa a verificare fino a che punto gli strumenti riparatori del diritto internazionale, oggi esistenti in favore delle vittime dei crimini internazionali, possono essere utilizzati per la riparazione di ingiustizie da ferite della storia che, per loro natura, difficilmente si lasciano inquadrare all'interno delle categorie proprie della responsabilità internazionale e delle sue conseguenze.

<sup>2</sup> Vedi la relazione introduttiva al citato convegno del 21 gennaio 2011 di G. RESTA, V. ZENOVICH, *Le regole della memoria – Rappresentazione del passato e danni da ingiustizie della storia nell'esperienza giuridica contemporanea*, [www.sites.google.com/site/storiaediritto/convegni](http://www.sites.google.com/site/storiaediritto/convegni), reperibile *on line*.

<sup>3</sup> L'utilizzo ed il ricorso all'espressione *gross violations* nel presente lavoro ha un suo fondamento in quanto è in relazione a tali condotte che gli atti di *soft law* dell'ONU e la giurisprudenza internazionale, in particolare della Corte e della Commissione interamericana dei diritti dell'uomo, hanno elaborato principi e regole espressamente dedicati alle forme della riparazione di violazioni gravi e generalizzate dei diritti umani. E dunque, pur mancandone una definizione formalmente accettata nel diritto internazionale, se per *gross violations* intendiamo riferirci a quei

giustizia, ricomprese quasi sempre nello schema giuridico del “processo” a livello nazionale o internazionale, convivono con meccanismi ed iniziative di riconciliazione non solo giudiziarie, come le Commissioni di Verità e Riconciliazione<sup>4</sup>, ma anche di riforme istituzionali, secondo un modello tipico dei processi di *Transitional Justice* che richiede per la sua realizzazione, in genere, competenze e saperi propri di altre e diverse discipline<sup>5</sup>.

Da una prospettiva internazionale ed europea accogliere l’invito ad interrogarsi sul “come” riparare simili pregiudizi significa, dunque, chiedersi in quale misura il ricorso al regime che regola la responsabilità internazionale degli Stati con le sue forme della riparazione possa contribuire a dare un contenuto al diritto delle vittime alla riparazione stessa<sup>6</sup>, anche in società post-conflittuali o post-autoritarie.

Qualsiasi esame sulle forme di riparazione “disponibili” richiede quale premessa l’individuazione dei soggetti chiamati a rispondere delle gravi e sistematiche violazioni dei diritti umani, in ragione del fatto che può esistere una rela-

---

comportamenti “which include at least the following genocide, slavery and slavery-like practices; summary or arbitrary executions; torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment, enforced disappearance arbitrary or prolonged detention; deportation or forcible transfer of population, and systematic discrimination, in particular based on race or gender” (in *Final Report of the Special Rapporteur*, UN doc. E/CN.4/Sub.2/1993/8, paragrafi 8-13), comprendendo essi condotte che sono ritenute comuni alle *Historical Injustices*, ecco che il loro esame rappresenta un prezioso e valido punto di riferimento per la presente indagine.

<sup>4</sup> Per un esame delle caratteristiche e della funzione svolta dalle Commissioni, soprattutto in relazione ai procedimenti giudiziari, vedi M. STARITA, *Processi di riconciliazione nazionale e diritto internazionale*, Napoli, 2003; T. SCOVAZZI, *Considerazioni generali sulle Commissioni di Verità e Riconciliazione*, in F. FRANCONI, M. GESTRI, N. RONZITTI, T. SCOVAZZI (a cura di), *Accesso alla giustizia dell’individuo nel diritto internazionale e dell’Unione europea*, Milano, 2008, p. 599 ss.

<sup>5</sup> Si pensi, ad esempio, al ruolo dello storico in relazione all’apertura degli archivi e nelle Commissioni di Verità e Riconciliazione.

<sup>6</sup> Nei documenti internazionali la questione della riparazione delle *Historical Injustices* connesse in particolare con le pratiche della schiavitù, della tratta degli schiavi e del colonialismo, è stata sollevata in occasione della Conferenza mondiale tenutasi a Durban dal 31 agosto all’8 settembre 2001 “contro il razzismo, la discriminazione razziale, la xenofobia e l’intolleranza”: pur escludendosi il risarcimento per le vittime dei crimini e delle ingiustizie del passato, i Paesi partecipanti dopo un lungo negoziato hanno adottato una Dichiarazione finale che, tra i vari passaggi, recita “[w]e acknowledge and profoundly regret the untold suffering and evils inflicted on millions of men, women and children as a result of slavery, the slave trade, the transatlantic slave trade, apartheid, genocide and past tragedies. We further note that some States have taken the initiative to apologise and have paid reparation, where appropriate, for grave and massive violations committed”, (in UN doc. A/CONF.189/12, par. 100; più in generale, sul tema vedi i paragrafi 98-106). Un esplicito riferimento, anche letterale, alla nozione di ingiustizie della storia è contenuto nella Conferenza regionale africana, preparatoria di Durban, tenutasi a Dakar nel gennaio 2001 quando i Paesi africani chiedono alla Conferenza mondiale di dichiarare solennemente che “la communauté internationale tout entière reconnaît pleinement les injustices historiques liées à la traite des esclaves, et que le colonialisme et l’apartheid sont parmi les formes institutionnalisées les plus graves et plus massives de violations des droits de l’homme” (in *Rapport de la Conférence régionale pour l’Afrique*, Dakar, 22-24 gennaio 2001, A/CONF.189/PC.2/8, p. 6, par. 17).



zione tra la corretta individuazione del soggetto tenuto a riparare il pregiudizio sofferto e le diverse forme di riparazione previste in favore delle vittime.

Qualsiasi forma di riparazione è tributaria di una teoria della responsabilità. E allora, un conto è avanzare pretese riparatrici nei confronti dello Stato nel suo complesso, in quanto ritenuto responsabile di tali crimini, altra cosa è chiamare a rispondere i singoli autori dei crimini commessi. È difficile considerare ad esempio questi ultimi nella condizione di poter offrire pubbliche scuse o stabilire giornate della memoria come, peraltro, lo Stato non è in grado di presentare scuse personali alle vittime al posto dei responsabili di tali crimini.

Ipotesi ancora differente è costituita dall'invocazione della responsabilità accessoria delle società multinazionali per violazioni gravi di norme internazionali, laddove gli ordinamenti interni lo consentono come accaduto dinanzi ai tribunali statunitensi per la complicità delle imprese private nelle pratiche di *apartheid* del regime di minoranza bianca del Sudafrica, sino al 1994. Un conto è far valere la responsabilità dello Stato dinanzi agli organi giudiziari del suo stesso ordinamento, altro è intraprendere un'azione contro di esso nell'ordinamento di un altro Stato, con le obiezioni legate al regime dell'immunità dalla giurisdizione dello Stato estero<sup>7</sup> e dei suoi organi; questione di natura ancora diversa, una volta affermata la responsabilità dell'autore di tali crimini, è costituita dalla possibilità di avanzare richieste riparatrici da parte delle vittime, in sede interna ed ora, come vedremo, anche internazionale, direttamente nei confronti del responsabile di tali crimini.

Inoltre le problematiche legate alla corretta individuazione del legittimato passivo di tali azioni variano, e sensibilmente, in ragione della fattispecie della quale si discute. Se i giudizi riguardano le ipotesi di schiavitù o colonialismo<sup>8</sup>, quindi in relazione a fatti che sono collocati temporalmente ad una certa distanza dai giorni nostri, è assai difficile individuare un legame tra i responsabili di tali pratiche e le loro vittime, tanto che il principale ostacolo processuale in giudizi simili è rappresentato proprio dalla dichiarazione di estraneità, avanzata da coloro che sono convenuti in giudizio, rispetto alle condotte consumatesi molto tempo addietro.

A quest'argomento si aggiunge, favorito anch'esso dalla distanza di tempo, l'obiezione che la condotta incriminata, nel momento in cui veniva portata a compimento, non era vietata, in quanto mancava all'epoca una norma incrimi-

---

<sup>7</sup> Sul punto tra i più recenti dei numerosi saggi vedi A. GIANELLI, *Crimini internazionali ed immunità degli Stati dalla giurisdizione nella sentenza Ferrini*, in *RDI*, 2004, p. 643 ss.; P. DE SENA, F. DE VITTOR, *State Immunity and Human Rights: The Italian Supreme Court Decision on the Ferrini Case*, in *EJIL*, 2005, p. 89 ss.; A. CLAPHAM, *The Jus Cogens Prohibition of Torture and the Importance of Sovereign State Immunity*, in *Promoting Justice, Human Rights and Conflict Resolution through International Law, Liber amicorum Lucius Caflisch*, Leiden, 2007, p. 151 ss.; C. FOCARELLI, *Diniego dell'immunità alla Germania per crimini internazionali: la Suprema Corte si fonda su valutazioni "qualitative"*, in *RDI*, 2009, p. 363 e ss. Per un inquadramento generale al tema H. FOX, *The Law of State Immunity*, Oxford, 2008.

<sup>8</sup> Sul tema della schiavitù e i danni da ingiustizie della storia vedi E. A. POSNER, A. VERMEULE, *Reparations for Slavery and Other Historical Injustices*, in *Columbia LR*, 2003, p. 689 ss.

natrice di comportamenti solo successivamente ritenuti perseguibili. Non è un caso forse che spesso tali giudizi, dinanzi alle corti interne, si concludono con delle transazioni, non arrivando alla fase “dibattimentale”, o con provvedimenti di natura legislativa e quindi sostanzialmente in chiave politica proprio in quanto tali eccezioni paiono giuridicamente difficilmente superabili<sup>9</sup>.

Peraltro, non tutte le richieste di riparazione si sono rivelate così problematiche, ottenendo invece un riconoscimento in sede giudiziaria. È il caso dei cittadini giapponesi di origine americana internati durante la seconda guerra mondiale; dell’Australia che nel 1976 ha restituito una parte dei terreni sottratti agli aborigeni dai proprietari bianchi; dell’Austria che ha finanziato un fondo con 380 milioni di euro per risarcire le vittime dei lavori forzati durante la seconda guerra mondiale; della Norvegia e della Danimarca che hanno risarcito popolazioni indigene; degli Stati Uniti che hanno pagato risarcimenti o restituito i resti degli Indiani americani; e della Germania che ha risarcito sia le singole vittime sia lo Stato di Israele per i crimini commessi durante la seconda guerra mondiale<sup>10</sup>.

2. La tendenza comune alle varie ipotesi citate è individuabile nel tentativo di chiamare in causa, a titolo principale o in via sussidiaria, lo Stato, anche accanto alle imprese o ai singoli responsabili di tali crimini; ciò in considera-

<sup>9</sup> È il caso ad esempio dei giudizi instaurati in Giappone dalle “donne di conforto” coreane dove ricorrono gli elementi citati: eccezione del *nullum crimen sine lege*, provvedimento legislativo di chiusura del procedimento ma non assunzione di alcuna responsabilità in relazione a tali pratiche da parte del Giappone. Sulla irretroattività della norma di *ius cogens* che vieta la schiavitù si è divisa d’altronde la Conferenza mondiale di Durban I del 2001 dove la posizione dei Paesi occidentali, che hanno escluso la illiceità della schiavitù in virtù della mancanza di una norma che la proibisse all’epoca di tali pratiche (posizione questa condivisa anche dall’UE), si è posta in contrasto con quanto sostenuto dai Paesi africani che invece si sono battuti per l’affermazione di una vera e propria obbligazione giuridica a carico degli Stati responsabili di tali pratiche e conseguente diritto alla riparazione, comprensivo di scuse e del diritto ad un ricorso per far valere tali pretese, sulla base del riconoscimento, senza alcun limite temporale, della schiavitù e della tratta quali crimini contro l’umanità. Nella Dichiarazione finale un punto di accordo lo si è registrato in relazione all’importanza di diffondere la verità sulla schiavitù e sulla tratta degli schiavi, in particolare quella transatlantica, di chiedere le scuse per le immense sofferenze causate a milioni di uomini, donne e bambini, e sull’invito a trovare dei mezzi appropriati per concorrere al ristabilimento della dignità delle vittime, al fine di chiudere questo capitolo della storia e per facilitare la riconciliazione e la pacificazione, evitando però in tal modo di affrontare esplicitamente il tema delle riparazioni. Posizione sostanzialmente rimasta inalterata in occasione della Conferenza Durban II del 2009, ove il tema del diritto alla riparazione delle vittime di tali pratiche non è stato preso in considerazione e dove gli Stati hanno ricordato che la schiavitù, la tratta degli schiavi, in particolare la tratta transatlantica, l’*apartheid*, il colonialismo e il genocidio non devono mai essere dimenticati, felicitandosi inoltre delle misure prese per onorare la memoria delle vittime come anche della presentazione di scuse e della creazione di meccanismi istituzionali, quali le Commissioni di Verità e Riconciliazione. Per un’accurata indagine dei risultati della Conferenza di Durban I, cfr. P. D’ARGENT, *Les réparations*, cit., p. 198 ss.

<sup>10</sup> Per una rassegna ed una panoramica delle azioni che hanno avuto successo, soprattutto nell’esperienza giuridica statunitense, vedi il contributo di D. SHELTON, *Privatising Reparations? The US Experience*, [www.sites.google.com/site/storiaediritto/convegni](http://www.sites.google.com/site/storiaediritto/convegni), reperibile *on line*.

zione sia delle maggiori garanzie che lo stesso offre ai fini riparatori, in un'ottica quindi di maggiore tutela delle vittime, sia in quanto alcune misure riparatrici possono essere portate a compimento e rese efficaci solo dallo Stato, come accade per quelle che richiedono l'adozione di strumenti legislativi. D'altra parte il riconoscimento di un ruolo così ampio, viene osservato, potrebbe porre lo Stato stesso nella non facile condizione di stabilire chi considerare realmente vittima, in un contesto peraltro spesso di risorse scarse per i risarcimenti<sup>11</sup>, non sottraendosi nel contempo alle proprie responsabilità nella commissione degli abusi del passato regime. Infine vi è chi obietta che i governi sarebbero meno propensi ad assecondare mutamenti sociali ed istituzionali di superamento degli abusi passati, qualora fossero costretti a confrontarsi con la prospettiva di dover pagare retroattivamente per quelli commessi.

Convenire in giudizio lo Stato rappresenta tuttavia una strada percorribile, e viene percorsa, se non altro in virtù della presunzione di continuità della persona dello Stato che vige nel diritto internazionale, il quale non si estingue per effetto dei mutamenti rivoluzionari di governo e che è espressa dal brocardo *forma regiminis mutata non mutatur ipsa civitas*. Su tale principio concordano anche coloro che sostengono invece che lo Stato-persona si identifichi con il governo, concludendo sempre nel senso della continuità in quanto il nuovo Stato (o nuovo governo) sarebbe successore a titolo universale nei diritti ed obblighi del governo precedente (anche in caso di mutamento rivoluzionario di governo)<sup>12</sup>.

Il poter far valere la responsabilità internazionale dello Stato, e non quella penale dell'individuo come è stato correttamente sottolineato, ha due riflessi principali sui problemi di diritto intertemporale che crimini così lontani nel tempo sollevano: a) non vi è bisogno di ricorrere alla nozione di imprescrittibi-

---

<sup>11</sup> Accusa mossa ad esempio dagli africani americani riguardo ai risarcimenti avuti dai giapponesi americani per gli internamenti nella seconda guerra mondiale. Cfr. D. C. GRAY, *A No Excuse Approach to Transitional Justice: Reparations as Tools of Extraordinary Justice*, in *Washington ULR*, 2010, p. 1043 ss.

<sup>12</sup> Sul punto vedi B. CONFORTI, C. FOCARELLI, *Le Nazioni Unite*, Padova, 2010, p. 59, ove viene richiamata la prassi delle Nazioni Unite in materia di verifica delle credenziali degli Stati, che depone in tal senso. Emblematiche di tale orientamento sono le vicende relative alla recente controversia tra Italia e Germania dinanzi alla Corte internazionale di giustizia ed ai giudizi interni che ne sono stati all'origine. Nel ricorso pendente dinanzi la Corte internazionale di giustizia la Germania ha ribadito che l'attuale Stato tedesco si assume la responsabilità per gli atti *iure imperii* delle autorità del Terzo Reich. Nelle costituzioni in giudizio dinanzi ai tribunali italiani, poiché chiamata a rispondere di violazioni di *ius cogens* relative a fatti avvenuti durante la seconda guerra mondiale, essa si è astenuta dall'eccepire di non essere successore del Terzo Reich. Anche nel caso *Milde* (Cassazione penale, I sez., sentenza del 13 gennaio 2009, n. 1072) nei diversi gradi di giudizio la Germania non si è avvalsa della possibile eccezione di non essere successore del Terzo Reich. Ciò peraltro in linea con la precedente prassi di accettare sia con dichiarazioni ufficiali che con la conclusione di accordi internazionali, relativi al pagamento di somme a favore delle vittime, una responsabilità morale e politica per i crimini commessi dal regime nazista. Sul punto vedi C. FOCARELLI, *op. cit.*, p. 363 ss. La Corte di Cassazione francese si è espressa chiaramente nel senso della continuità tra Terzo Reich e la Repubblica federale di Germania nel caso *Bucheron*, sentenza del 16 dicembre 2003, in *Bulletin*, 2003, I, p. 206.

lità dei crimini che è relativa appunto a crimini di individui e non ricorre per gli illeciti dello Stato; b) quando si discute della irretroattività o meno dei crimini, in relazione a condotte che non erano vietate da alcuna norma all'epoca in cui furono consumate, si evoca un principio, secondo alcuni di *ius cogens*, che si applica alla responsabilità penale dell'individuo a livello internazionale dove sicuramente deve essere rispettato in maniera rigorosa; ma non riguarda allo stesso modo la responsabilità internazionale dello Stato tanto che, nei casi non attinenti la responsabilità penale personale, il principio dell'irretroattività viene ritenuto derogabile, in virtù di quanto prevede l'art. 28 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969.

Secondo questa ipotesi vi potrebbero essere, dunque, trattati stipulati oggi tra Stati che accettano volontariamente di riconoscere la tratta degli schiavi come pratica da sempre criminale, anche per quelle pratiche poste in atto prima del sorgere nel diritto internazionale di una norma repressiva della stessa, con le inevitabili conseguenze giuridiche in termini di riparazioni scaturenti dalla violazione di una norma di *ius cogens*<sup>13</sup>.

Nei documenti dell'ONU, le indicazioni che troviamo circa il soggetto obbligato sono decisamente orientate in un'ottica volta ad assicurare l'effettività del diritto alla riparazione per le vittime. I Principi per la protezione e la promozione dei diritti umani attraverso azioni per combattere l'impunità, raccomandati alla considerazione degli Stati dalla Commissione ONU dei diritti umani il 21 aprile 2005<sup>14</sup>, sebbene non in tutte le loro parti siano ritenuti corrispondenti al diritto consuetudinario e siano spesso formulati ricorrendo all'uso del condizionale, come d'altronde i Basic Principles and Guidelines on the Right to a Remedy and Reparation for Victims of Gross Violations of International Human Rights Law and Serious Violations of International Humanitarian Law adottati dall'Assemblea Generale dell'ONU (*Basic Principles*)<sup>15</sup>, dopo aver affermato, in termini

<sup>13</sup> Cfr. L. CONDORELLI, *op. cit.*, p. 305 ss. Più articolata appare la posizione di P. D'ARGENT, *Les réparations*, cit., p. 215 ss., secondo il quale per considerare retroattivamente illegale un comportamento che non era tale all'epoca della sua commissione "il ne faut pas seulement accepter d'être rétroactivement responsable: il faut encore prouver l'émergence d'une norme nouvelle, de nature probablement coutumière, selon laquelle le comportement d'antan en cause (esclavagisme, colonialisme) est considéré aujourd'hui comme ayant été illégal, sinon depuis toujours, du moins au moment de sa survenance. Il faut en d'autres termes, que la norme prohibitive change, puisque son champ d'application temporel vient à s'étendre dans le passé, avant son émergence. Pour qu'une telle norme, se substituant en quelque sorte à l'antérieure, voie le jour, la pratique doit être générale et constante, celle de l'un ou l'autre Etat, même particulièrement intéressé, ne suffisant pas; de plus, lorsqu'une norme impérative est en cause, la 'communauté internationale des Etats dans son ensemble' doit avoir accepté l'extension de son champ d'application temporel. Or, sans la preuve d'une telle extension, rien ne permet de distinguer les éventuelles acceptations de responsabilité pour le colonialisme et l'esclavagisme de simples promesses *ex gratia*".

<sup>14</sup> UN Commission on Human Rights, *Report of the Independent Expert to Update the Set of Principles to Combat Impunity*, 18 February 2005, E/CN.4/2005/102.

<sup>15</sup> UN Doc. A/Res/60/147, 21 marzo 2006. Per un commento vedi P. D'ARGENT, *Le droit de la responsabilité internationale complété? Examen des Principes fondamentaux et directives concernant le droit à un recours et à réparation des victimes de violations flagrantes du droit interna-*

ampi, il diritto delle vittime alla riparazione tramite misure di ristabilimento, risarcimento, riabilitazione e soddisfazione oltre che di garanzie di non ripetizione delle violazioni e la destituzione degli agenti pubblici responsabili, individuano il soggetto tenuto alla riparazione in favore delle vittime in primo luogo nello Stato, configurando tale obbligo in maniera quasi corrispondente e speculare al diritto alla riparazione per le vittime, mentre stabiliscono solo una “possibilità” per la vittima di chiedere la riparazione direttamente agli autori di tali crimini.

Per le *gross violations*, la necessità di assicurare l’effettività del diritto alla riparazione delle vittime in presenza di violazioni più gravi ha invece disegnato un ruolo più ampio per lo Stato, rispetto a quello previsto nei Principi in tema di impunità che si occupano invece delle “semplici” violazioni dei diritti dell’uomo. I *Basic Principles* affermano l’obbligo per lo Stato (*shall provide*), in qualità di “legittimato passivo principale”, di riparazione in favore delle vittime per quegli atti o quelle omissioni (*gross violations* e *serious violations of international humanitarian law*) che sono ad esso attribuibili e rispetto ai quali è chiamato a fornire rimedi adeguati, effettivi e pronti<sup>16</sup>, delineandone contemporaneamente una funzione ulteriore quando pongono a suo carico l’impegno, formulato questa volta al condizionale, di offrire idonee garanzie, quando non legittimato passivo principale, per l’adempimento di quegli obblighi che gravano invece direttamente sui responsabili di tali crimini.

Garanzie che, con una soluzione per la verità assai realistica, dovrebbero (*should*) spingere gli Stati a stabilire programmi nazionali per la riparazione e l’assistenza alle vittime nel caso in cui le parti responsabili dei danni siano incapaci o non abbiano la volontà di adempiere l’obbligo riparatore<sup>17</sup>, accanto all’obbligo di assicurare l’esecuzione delle sentenze interne in materia di riparazione nei confronti di individui o enti che sono stati riconosciuti responsabili dei pregiudizi arrecati<sup>18</sup>.

---

*tional des droits de l’homme et de la violations graves du droit international humanitaire*, in *AFDI*, 2005, p. 27 ss.

<sup>16</sup> Punto 15: “Adequate, effective and prompt reparation is intended to promote justice by redressing gross violations of international human rights law or serious violations of international humanitarian law. Reparation should be proportional to the gravity of the violations and the harm suffered. In accordance with its domestic laws and international legal obligations, a State shall provide reparation to victims for acts or omissions which can be attributed to the State and constitute gross violations of international human rights law or serious violations of international humanitarian law”.

<sup>17</sup> Punto 16: “States should endeavour to establish national programmes for reparation and other assistance to victims in the event that the parties liable for the harm suffered are unable or unwilling to meet their obligations”.

<sup>18</sup> Punto 17: “States shall, with respect to claims by victims, enforce domestic judgements for reparation against individuals or entities liable for the harm suffered and endeavour to enforce valid foreign legal judgements for reparation in accordance with domestic law and international legal obligations. To that end, States should provide under their domestic laws effective mechanisms for the enforcement of reparation judgements”. Ed infine altra forma di garanzia sussidiaria è prevista, sempre al punto 15, quando, nel caso in cui una persona fisica o giuridica o un qualsiasi

3. Il differente ruolo disegnato da queste ultime disposizioni a carico dello Stato, in qualità di garante, è legato alla presenza sulla scena della “riparazione” di un nuovo legittimato passivo, accanto ad esso ed in alcuni casi in sua sostituzione, come vedremo, trovando applicazione tali regole sul presupposto evidente che l'imputazione dell'obbligo di riparazione operi direttamente nei confronti dell'individuo responsabile di tali crimini, oltre che nei confronti dello Stato.

È un mutamento di prospettiva rilevante capace, a mio avviso, di incidere sulle forme della riparazione e sugli obiettivi da essa perseguiti che lo Statuto della Corte penale internazionale (CPI) coglie quando l'art. 75 per la prima volta, a differenza dei due tribunali penali internazionali *ad hoc* che riconoscono le vittime solo in quanto testimoni<sup>19</sup>, prevede un diritto alla riparazione per le vittime dei crimini di competenza della CPI. La Corte può infatti “make an order directly against the convicted person specifying appropriate reparations to, or in respect of, victims, including restitution, compensation and rehabilitation”<sup>20</sup>. Tale diritto non costituisce peraltro una prerogativa isolata ma l'applicazione specifica di un più ampio potere di intervento e partecipazione nel processo penale riconosciuto alle vittime che possono presentare osservazioni, tramite rappresentanti legali; possono accedere ai verbali; possono, sempre tramite rappresentanti legali, chiedere di interrogare testimoni, esperti o l'accusato<sup>21</sup>.

Siamo in un contesto dunque che, fino a non molto tempo fa, veniva ritenuto non di competenza del diritto internazionale in quanto la disciplina della riparazione a carico di individui era dettata da un regime di responsabilità, direi civilistico, relativo a rapporti orizzontali tra soggetti non statali, individuo responsabile e vittima, regolati in genere dal diritto interno.

In precedenza, in realtà, non era estraneo alla sfera di applicazione del diritto internazionale il fatto di prevedere, accanto ad una responsabilità penale individuale, un obbligo riparatore: in tal senso dispone la Convenzione del 1965 sulla discriminazione razziale<sup>22</sup> che prevede non solo l'obbligo degli Stati di

---

altro ente sia ritenuto responsabile per la riparazione in favore della vittima, ognuna di queste parti deve provvedere alla riparazione in suo favore o risarcire lo Stato se lo Stato ha già proceduto alla riparazione in favore della vittime (“In cases where a person, a legal person, or other entity is found liable for reparation to a victim, such party should provide reparation to the victim or compensate the State if the State has already provided reparation to the victim”).

<sup>19</sup> Mentre nel Regolamento di procedura e prova prevedono solo la restituzione, in alcuni casi, delle proprietà e rinviano alle giurisdizioni nazionali per il risarcimento in favore delle vittime.

<sup>20</sup> Art. 75, par. 2, dello Statuto CPI.

<sup>21</sup> Sullo Statuto della CPI in generale: O. TRIFFTERER (ed.), *Commentary on the Rome Statute of the International Criminal Court: observers' notes*, article by article, Baden-Baden, 2008; M. POLITI, *La Corte Penale Internazionale a dieci anni dalla Conferenza di Roma: un primo bilancio*, in G. VENTURINI, S. BARIATTI (a cura di), *Diritti individuali e giustizia internazionale*, Liber Fausto Pocar, Milano, 2009, p. 735 ss.; W. A. SCAHABAS, *The International Criminal Court: a Commentary on the Rome Statute*, Oxford, 2010. Per un esame dell'art. 75 dello Statuto CPI, oltre ai commentari citati, vedi di recente C. MC CARTHY, *Reparations under Rome Statute of the International Criminal Court and Reparative Justice Theory*, in *The International Journal of Transitional Justice*, 2009, p. 250 ss.

<sup>22</sup> Convenzione internazionale sull'eliminazione di ogni forma di discriminazione razziale, conclusa a New York il 21 dicembre 1965; entrata in vigore il 4 gennaio 1969 ai sensi dell'art. 19.



condannare tutte le forme di discriminazione razziale<sup>23</sup>, ma richiede anche che gli Stati assicurino, a tutte le persone soggette alla loro giurisdizione, il diritto di chiedere soddisfazione o riparazione giusta ed adeguata per tutti i danni di cui possono essere vittime in conseguenza di tale discriminazione<sup>24</sup>; come anche la Convenzione sulla tortura<sup>25</sup> che avendo come obiettivo quello di garantire alla vittima di un atto di tortura il diritto ad ottenere riparazione e di essere indennizzata in maniera equa ed adeguata, pone a carico degli Stati l'obbligo di fornire tale rimedio all'interno del proprio ordinamento giuridico<sup>26</sup>.

Si tratta però di casi nei quali l'effettività della riparazione deve essere garantita dall'ordinamento nazionale che, per assicurarla, applica il sistema giuridico interno, ivi inclusi i rimedi e le forme della riparazione da esso resi disponibili. Secondo le regole contenute nello Statuto e nel Regolamento di procedura e prova della CPI che disegnano il regime applicabile all'obbligo di riparazione, la prospettiva nella quale ci si pone invece è significativamente differente in quanto l'obbligo riparatore è qui definito e regolamentato nelle sue forme direttamente a livello internazionale con riferimento, peraltro, ad un rapporto giuridico che intercorre in senso orizzontale tra responsabile del crimine internazionale e vittima.

È un sistema che si distingue rispetto a quello della Camera straordinaria per la Cambogia<sup>27</sup>, la quale pur prevedendo un diritto alla riparazione per le vittime dei crimini nell'ambito dei procedimenti penali di sua competenza, in quanto tribunale penale misto competente a perseguire le gravi violazioni dei diritti umani commessi in quel Paese durante il periodo della Kampuchea Democratica, ha regole di funzionamento dettate sia dal diritto interno che da norme di diritto internazionale. Inoltre, in base a tali regole, nel sistema misto del Tribunale le riparazioni hanno solo carattere collettivo, non potendo essere disposte direttamente in favore dell'individuo<sup>28</sup>.

Ancora maggiore è la distanza con il modello sposato dal Tribunale del Libano istituito sulla base di alcune risoluzioni del Consiglio di sicurezza, adottate sulla base del capitolo VII della Carta delle Nazioni Unite<sup>29</sup>, e di un accordo

---

<sup>23</sup> Art. 2 della Convenzione.

<sup>24</sup> Art. 6 della Convenzione.

<sup>25</sup> La Convenzione contro la tortura ed altre pene o trattamenti crudeli, disumani o degradanti è stata adottata dall'Assemblea Generale dell'ONU il 10 dicembre 1984 ed è entrata in vigore il 6 giugno 1987.

<sup>26</sup> Art. 14 della Convenzione.

<sup>27</sup> L'Assemblea Generale dell'ONU ha predisposto, con la risoluzione A/RES/57/228 B del 13 maggio 2003, una bozza di accordo tra l'ONU e la Cambogia per la creazione di una Camera straordinaria, accordo conclusosi il 6 giugno del 2003. La disciplina disegna un tribunale formato da giudici internazionali che va ad aggiungersi al sistema giudiziario cambogiano. Per un approfondimento vedi E. CIMIOTTA, *I tribunali penali misti*, Padova, 2009.

<sup>28</sup> In tal senso il condannato può essere obbligato a pubblicare la sentenza in un giornale o in altri mezzi di comunicazione o anche finanziare attività o servizi *non-profit*.

<sup>29</sup> Si tratta della risoluzione n. 1664 del 26 marzo 2006, con la quale il Consiglio di sicurezza ha chiesto al Segretario generale di negoziare "an agreement with the Government of Lebanon aimed at establishing a tribunal of an international character based on the highest international

firmato dal governo del Libano e l'ONU<sup>30</sup> cui è allegato lo Statuto del Tribunale Speciale istituito per punire i responsabili dell'attacco terroristico nei confronti del Premier libanese Hariri nel 2005 (ed altre 22 persone). Un ruolo prevalente nel riconoscimento della riparazione è assegnato al diritto interno, in quanto sebbene la composizione sia mista tra giudici nazionali ed internazionali (la pubblica accusa è internazionale) e la sua sede sia al di fuori del territorio libanese, nei Paesi Bassi, il diritto applicabile risulta essere quello libanese, anche per quanto riguarda la riparazione delle vittime.

L'art. 25 dello Statuto stabilisce che il Tribunale Speciale può identificare e riconoscere le vittime che hanno subito un pregiudizio in conseguenza dei crimini commessi da una persona accusata e condannata dallo stesso Tribunale. Una volta che il Tribunale ha accertato la colpevolezza dell'accusato e verificato il nesso causale tra la sua condotta ed il pregiudizio subito dalle vittime, dovrà essere tuttavia la vittima stessa a presentare un'azione dinanzi ad una corte nazionale libanese o ad un'altra corte nazionale competente, per vedersi determinato l'importo dei danni e la loro natura secondo regole, quindi, di diritto interno anche se sulla base della sentenza del Tribunale Speciale del Libano.

La distanza con il modello recepito dalla CPI emerge ancor più vistosamente dalla lettura congiunta dello Statuto e del Regolamento di procedura e prova della CPI: se il primo, all'art. 25, esclude esplicitamente obblighi riconducibili agli Stati per quanto riguarda la responsabilità penale individuale<sup>31</sup>, l'art. 98, par. 1, del Regolamento, sulla stessa linea, chiarisce che il soggetto obbligato a tale riparazione, in virtù della natura e dei limiti della giurisdizione esercitata dalla CPI, non può che essere il reo, tenuto a fornirla direttamente a ciascun soggetto leso, atteso che, secondo la disposizione richiamata, “[i]ndividual awards for reparations shall be made directly against a convicted person”.

Il ruolo marginale per lo Stato<sup>32</sup>, sia in via principale che sussidiaria, che forse rappresenta la condizione alla quale le parti contraenti dello Statuto hanno acconsentito al riconoscimento di una sorta di costituzione di parte civile nel processo penale internazionale, ha favorito l'istituzione di un originale meccani-

---

standards of criminal justice”; e della risoluzione n. 1757 del 30 maggio 2007, sulla quale vedi la nota che segue.

<sup>30</sup> I negoziati sono stati condotti tra gennaio e settembre del 2006 e si sono conclusi con la firma dell'*Agreement on the establishment of a Special Tribunal for Lebanon*, dal Libano e dall'ONU, il 23 gennaio ed il 6 febbraio 2007. La mancata ratifica da parte del Libano di tale accordo ha spinto il Consiglio di sicurezza ad intervenire con la citata risoluzione n. 1757, con la quale veniva disposto, in base al capitolo VII della Carta, l'entrata in vigore dell'accordo: “the provisions of the annexed document, including its attachment, on the establishment of a Special Tribunal for Lebanon shall enter into force on 10 June 2007, unless the Government of Lebanon has provided notification under Article 19(1) of the annexed document before that date” (par. 1, lett. a).

<sup>31</sup> Art. 25: “No provision in this Statute relating to individual criminal responsibility shall affect the responsibility of States under international law”.

<sup>32</sup> Competenze per gli Stati sono previste per quanto riguarda l'esecuzione degli obblighi riparatori disposti nelle sentenze della CPI, in base agli articoli 93, par. 1, e 109 del Regolamento di procedura e prova.

smo di garanzia in favore del diritto alla riparazione delle vittime. In effetti, in presenza di situazioni in cui la identificazione di ciascuna vittima non è agevole o addirittura impossibile<sup>33</sup>, la CPI può ordinare che l'importo posto a carico del responsabile venga depositato presso un Fondo di garanzia in favore delle stesse vittime e delle loro famiglie<sup>34</sup> in modo tale che, tramite lo stesso Fondo, con la somma così versata si possano assolvere, il prima possibile, gli obblighi riparatori stabiliti nella sentenza della CPI in favore delle vittime.

La flessibilità del meccanismo predisposto e la sua capacità di piegarsi alla peculiarità delle violazioni accertate emerge già dalla circostanza che la riparazione, in considerazione del numero delle vittime, della gravità della violazione ed in funzione dell'ampiezza, delle forme e delle modalità con cui deve essere effettuata, oltre ad essere individuale può avere natura collettiva<sup>35</sup>, riparazione che in questo caso può concorrere con quella disposta individualmente come esserne indipendente<sup>36</sup>.

Il contributo che il Fondo potrà dare nel rendere effettivo il sistema delle riparazioni collettive rappresenta uno dei punti che dovrebbero essere chiariti in fase di redazione dei "principi" da parte della CPI e che ne condizioneranno il modo di operare una volta funzionante. In particolare, merita di essere definito il suo ruolo in relazione a quello svolto dal condannato, *ex art. 75* dello Statuto CPI, chiamato in via principale, con i proventi derivanti dalle pene pecuniarie e dai beni ad esso confiscati, a dar vita a forme di riparazione di carattere collettivo e generale, compresa la riabilitazione, di non facile attuazione considerando da un parte l'ampiezza degli interventi richiesti in questi casi e, dall'altra, il fatto che la nozione di vittima, accolta nel Regolamento di procedura e prova della CPI, non è circoscritta alle "natural persons who have suffered harm as a result of the commission of any crime within the jurisdiction of the Court" ma include anche "organizations or institutions that have sustained direct harm to any of their property which is dedicated to religion, education, art or science or chari-

---

<sup>33</sup> Art. 98, par. 2, del Regolamento di procedura e prova.

<sup>34</sup> Art. 75, par. 2, dello Statuto della CPI ove "[w]here appropriate the Court may order that the award for reparations be made through the Trust Fund provided in article 79".

<sup>35</sup> Prevista come facoltà generale nell'art. 97, par. 1, del Regolamento di procedura e prova: "Taking into account the scope and extent of any damage, loss or injury, the Court may award reparations on an individualized basis or, where it deems it appropriate, on a collective basis or both"; e specificata con riguardo alle prerogative del Fondo all'art. 98, par. 3: "The Court may order that an award for reparations against a convicted person be made through the Trust Fund where the number of the victims and the scope, forms and modalities of reparations makes a collective award more appropriate".

<sup>36</sup> In dottrina alcuni degli aspetti essenziali delle riparazioni collettive sono messi in luce, tra gli altri, da C. TOMUSCHAT, *La protection internationale des droits des victimes*, in J. F. FLAUSS (dir.), *op. cit.*, p. 21, quando afferma, con riferimento in particolare alla soddisfazione, che nei casi nei quali si ricorre ad esse, "ce n'est pas en première lieu l'individu atteint dans ses droits qui en est le bénéficiaire, c'est la collectivité nationale dans son ensemble. On peut même dire que de telles mesures de réparation collective relèvent du principe de la bonne gouvernance. Elles ont leur fondement dans le passé, mais jette un pont pour l'avenir". Nel sistema della CPI, il ricorso alla riparazione collettiva è legato ai requisiti di cui al citato art. 98, par. 3.

table purposes, and to their historic monuments, hospitals and other places and objects for humanitarian purposes”<sup>37</sup>.

In tale prospettiva, il limite alla operatività del Fondo, che può intervenire in funzione meramente “integrativa” rispetto agli obblighi riparatori del responsabile-condannato e con modalità concordate tra Fondo e CPI, rischia di non rendere il sistema adeguato alle esigenze delle riparazioni collettive, ma non solo, sopra descritte.

4. Prima di affrontare la questione relativa al diritto applicabile all’obbligo di riparazione conseguente alla commissione di crimini internazionali, quando esso vien fatto valere dinanzi alla CPI nei confronti di un individuo, sembra opportuno verificare se, secondo il diritto internazionale, esista una preclusione all’adozione di forme di riparazione di natura e con obiettivi diversi rispetto a quelli tradizionalmente conosciuti nel contesto della responsabilità interstatale, come definiti nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati per atti illeciti approvato in seconda lettura dalla Commissione di diritto internazionale (CDI) nel 2001<sup>38</sup>.

È indubbio infatti che il Progetto sia stato pensato per operare in un contesto tipicamente interstatale secondo lo schema, quasi una formula di rito per la verità, stabilito dalla Corte permanente di giustizia internazionale nel caso *Officina di Chorzow* (1927) in forza del quale “è un principio del diritto internazionale che la violazione di un impegno ha per conseguenza l’obbligo di riparare in forma adeguata”, naturalmente nei confronti di un altro Stato<sup>39</sup>.

È allo stesso modo difficilmente controvertibile che la possibilità di aprire tale regime ed “adattarlo” ad ipotesi ulteriori sia prevista all’interno dello stesso Progetto del 2001, in particolare dal suo art. 33: il par. 1 di tale articolo limita l’applicazione del regime relativo alle misure conseguenti al fatto illecito (comprese, quindi, le forme della riparazione), disegnato nel Progetto del 2001, ai casi di responsabilità dello Stato nei confronti di altro o altri Stati o riguardo alla comunità internazionale nel suo complesso<sup>40</sup>. Ma il suo par. 2<sup>41</sup> lascia aperto lo spazio a

<sup>37</sup> Art. 85 del Regolamento di procedura e prova.

<sup>38</sup> *ILC Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts*, 31 May 2001, GA Res 56/83, 12 dicembre 2001, corretto da GA Res 56/49, Vol. I, Corr. 4. Per la dottrina sul punto, tra i numerosi contributi, J. CRAWFORD, J. PEEL, S. OLLESON, *The ILC’s Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts: Completion of the Second Reading*, in *EJIL*, 2001, p. 963 ss.; D. SHELTON, *Righting wrongs: Reparations in the Articles on State Responsibility*, in *AJIL*, 2002, p. 833 ss.; J. CRAWFORD, *Les articles de la C.D.I. sur la responsabilité de l’Etat*, Paris, 2003.

<sup>39</sup> Corte permanente di giustizia internazionale, *Case Concerning the Factory at Chorzów*, 1928, Série A, n. 17, p. 152.

<sup>40</sup> “The obligations of the responsible State set out in this Part may be owed to another State, to several States, or to the International community as a whole, depending in particular on the character and content of the International obligation and on the circumstances of the breach”.

<sup>41</sup> “This part is without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State”. Ciò viene confermato nel suo contenuto da quanto statuito nel commento all’art. 28 del Progetto del 2001: “It does not

forme di riparazione di natura diversa, rispetto a quelle previste nella Parte seconda del citato Progetto, e quindi la restituzione, il risarcimento e la soddisfazione, quando i diritti che scaturiscono dalla responsabilità dello Stato vengono fatti valere ed invocati da un individuo o da un ente diverso dallo Stato<sup>42</sup>.

È evidente che questa ipotesi è ben diversa dal caso *ex art. 75* dello Statuto CPI, ove dell'obbligo riparatore nei confronti della vittima è destinatario non lo Stato, ma l'individuo responsabile. Tuttavia questa norma di apertura ha un suo significativo rilievo in quanto sembra lasciare impregiudicata l'esistenza di regimi speciali di responsabilità e non qualifica o limita la natura del rinvio a tali regimi che, pertanto, ben può operare sia rispetto a situazioni di "semplici" violazioni di diritti individuali, sia di *gross violations*.

La possibilità di configurare un obbligo di riparazione dipendente e condizionato, in una certa misura, dal contenuto della norma internazionale violata è peraltro contemplata nei casi di "[p]articular consequences of a serious breach of an obligation under peremptory norms of general international law", sempre previste dal Progetto del 2001, all'art. 41. Il par. 3 in effetti stabilisce che la codificazione del regime di responsabilità è senza pregiudizio di tutte le conseguenze supplementari che possono sorgere, secondo il diritto internazionale, a seguito della violazione grave di un'obbligazione derivante da norme imperative di diritto internazionale generale<sup>43</sup>, lasciando così ampio margine per lo sviluppo progressivo di regole tipiche e peculiari anche per i crimini internazionali, quando considerati violazioni di norme di *ius cogens*.

Lo Statuto della CPI, per la verità, fornisce qualche utile indicazione in tale direzione, ma queste al momento contribuiscono solo parzialmente ad inquadrare

---

apply to obligation of reparation to the extent that arise towards or are invoked by a person or entity other than a State. In other words, the provisions of Part Two are without prejudice to any right, arising from the international responsibility of a State, which may accrue directly to any person or entity other than a State, and article 33 makes this clear" (*YILC*, 2001, vol. II, parte 2, pp. 87-88, par. 3). Per un commento sul punto vedi, tra gli altri, J. CRAWFORD, *The ILC's Articles on Responsibility of States for International Wrongful Acts: A Retrospect*, in *AJIL*, 2002, p. 887 ss.

<sup>42</sup> Nel senso di una tendenza ad affermare la responsabilità dello Stato direttamente nei confronti dell'individuo-vittima depone anche il contenuto del parere della Corte internazionale di giustizia sulle conseguenze giuridiche della costruzione di un muro nei territori palestinesi occupati del 2004. La Corte (parere consultivo del 9 luglio 2004, in *CIJ Rec.*, 2004, p. 198) ha affermato che Israele, in applicazione del diritto della responsabilità internazionale, ha "l'obbligo di riparare tutti i danni causati a tutte le persone fisiche o giuridiche interessate" ed ancora che "Israele è tenuto a restituire le terre, i frutteti, gli uliveti, e gli altri beni immobili sottratti a tutte le persone fisiche o giuridiche in vista della costruzione del muro nel territorio palestinese occupato. Nel caso in cui la restituzione si dovesse rivelare materialmente impossibile Israele sarà tenuta a procedere al risarcimento delle persone in causa per il pregiudizio subito. Ad avviso della Corte Israele è tenuto ugualmente a risarcire, conformemente alle regole di diritto internazionale applicabile in materia, tutte le persone fisiche o giuridiche che abbiano subito un pregiudizio materiale qualunque in conseguenza della costruzione del muro" (paragrafi 152-153).

<sup>43</sup> Testualmente il par. 3: "This article is without prejudice to the other consequences referred to in this part and to such further consequences that a breach to which this chapter applies may entail under international law".

e meglio definire il contenuto dell'obbligo di riparazione per i crimini di competenza della CPI: in primo luogo in quanto, ad oggi, nessuno dei procedimenti pendenti dinanzi la CPI è arrivato nella fase finale in modo da richiedere l'adozione in concreto di riparazioni individuali; in secondo luogo l'art. 75, dopo essersi limitato a richiamare quali forme della riparazione la restituzione, il risarcimento e la riabilitazione, rinvia per una loro disciplina più compiuta all'adozione di "principi" da stabilirsi anch'essi ad opera dalla CPI, che non sono ancor stati adottati. In mancanza di una disciplina più precisa, allo stato, in virtù dell'ampia discrezionalità di cui gode la CPI nel redigere tali "principi", ai fini di una loro corretta definizione, non dovrebbero essere ignorate la prassi e la giurisprudenza internazionali maturate in relazione alle *gross violations*, mutuando così soluzioni che si sono rivelate in tale contesto, come vedremo, efficaci.

In tale prospettiva, ad esempio, considerare la *restitutio in integrum* quale forma primaria di riparazione rispetto al risarcimento monetario, come accade proprio per le *gross violations*, consentirebbe di evitare quella sorta di monetizzazione del pregiudizio che si verificherebbe qualora il soggetto obbligato potesse scegliere tra il ripristinare la situazione antecedente alla commissione dell'illecito e pagare invece una somma per la sua violazione, con il rischio così di favorire una sorta di impunità dietro il pagamento di una somma.

E tuttavia la predisposizione dei "principi", richiesta *ex art. 75* dello Statuto CPI, dovrebbe tenere nella giusta considerazione la circostanza che alcune misure ritenute ricomprese nella *restitutio in integrum* possono essere adottate solo quando obbligato alla riparazione è lo Stato e non il singolo soggetto: è il caso del ripristino dello *status quo ante* quando esso comporta l'obbligo per lo Stato di modificare il proprio sistema legislativo o amministrativo o giudiziario persino a livello costituzionale<sup>44</sup>.

5. Un prezioso strumento per la definizione dei "principi" *ex art. 75* dello Statuto CPI può essere rappresentato dalle misure di riparazione descritte nei *Basic Principles*, sovente richiamati dalla giurisprudenza della Corte interamericana che ne ha fatto applicazione riguardo ad ipotesi di responsabilità dello Stato direttamente nei confronti delle vittime.

Peraltro, in considerazione del fatto che la giurisdizione della CPI è esercitata sulle persone fisiche, il suo Statuto tende a delineare in maniera piuttosto chiara i limiti all'esercizio della propria giurisdizione quando l'art. 25 afferma che nessuna disposizione dello stesso Statuto relativa alla responsabilità individuale "shall affect" la responsabilità degli Stati, secondo il diritto internazionale.

<sup>44</sup> Per apprezzare a pieno la portata di tale obbligo nell'ambito della *restitutio in integrum* è il caso di sottolineare come sia proprio il commento al Progetto del 2001 a prevedere che la revoca, la modifica o l'annullamento di disposizioni nazionali riguarda persino le norme di rango costituzionale adottate in contrasto con obblighi internazionali; ciò prescindendo dai problemi classificatori legati all'incertezza esistente in dottrina e nella prassi circa la collocazione di tali misure tra gli obblighi di cessazione dell'illecito, o la *restitutio in integrum* o il dovere di porre in essere garanzie di non ripetizione.



La demarcazione tra il regime della responsabilità individuale e quella statale coinvolge e si estende alle forme della riparazione, con la conseguenza che alcune misure di riparazione “classiche” non sono espressamente incluse e contemplate dall’art. 75 dello Statuto CPI. Ciò sembra appunto dovuto alla difficoltà di far transitare pedissequamente alcune di queste misure dal regime della responsabilità degli Stati al contesto della CPI, essendo la loro realizzazione nel contesto “classico” legata ad un impegno assunto da un soggetto di natura statale che ne garantisce il loro adempimento, mentre nel sistema della CPI la loro piena applicazione non può essere sempre assicurata da un comportamento di natura individuale.

E dunque pur non essendoci, per la verità, unanimità in dottrina nel farle rientrare tra di esse<sup>45</sup>, non compare tra le forme della riparazione *ex art. 75* dello Statuto CPI la soddisfazione. Non si può fare a meno di notare che la sua assenza nel sistema della CPI priva la vittima di una misura assai efficace che non svolge più una funzione residuale rispetto alle altre forme di riparazione.

Da rimedio a quel danno non suscettibile di ristoro né tramite la *restitutio in integrum* né tramite il risarcimento, e quindi concepita essenzialmente per i pregiudizi all’onore ed alla dignità dello Stato, essa ha subito una significativa evoluzione nel contenzioso relativo alle *gross violations*, in particolare nell’esperienza della Convenzione interamericana dei diritti dell’uomo, sino ad essere adottata in concomitanza dell’avvio di processi di riconciliazione quale misura volta ad agevolare lo sviluppo e a ricreare le condizioni per il ristabilimento di relazioni stabili tra le varie componenti della società<sup>46</sup>.

Questo nuovo ruolo ha portato a configurare la soddisfazione, sebbene adottata da giurisdizioni che statuiscono sui diritti individuali, quale misura che spesso supera il caso singolo ed il rapporto tra lo Stato e alcune delle vittime considerate a livello individuale.

In più di una occasione, soprattutto nel contesto interamericano nei casi relativi al Perù ed al Guatemala<sup>47</sup>, la Corte interamericana ha, ad esempio, imposto come forme di soddisfazione per i casi più lievi l’accertamento della violazione ad opera dell’organo giurisdizionale o la punizione dei responsabili dei crimini commessi e l’obbligo per lo Stato di presentare scuse ufficiali; mentre per i casi delle più gravi violazioni dei diritti umani, quindi sparizioni forzate, torture e privazioni arbitrarie della vita, ha richiesto l’obbligo per lo Stato di predisporre un piano di riesumazione delle vittime e la pubblicazione della sentenza sulla

---

<sup>45</sup> Ad es. M. IOVANE, *La riparazione nella teoria e nella prassi dell’illecito internazionale*, Milano, 1990, in particolare p. 202, la riconduce alla necessità di ristabilire l’ordine giuridico turbato dalla violazione e quindi con una funzione esecutiva, nella sostanza, degli obblighi primari violati.

<sup>46</sup> Cfr. in generale C. BARTHE-GAY, *Réflexions sur la satisfaction en droit international*, in *AFDI*, 2003, p. 105 ss.

<sup>47</sup> Vedi Corte interamericana dei diritti dell’uomo, sentenze del 3 dicembre 2001, *Cantoral-Benavides c. Perù (Reparations and Costs)*; e del 22 febbraio 2002, *Bámaca-Velásquez c. Guatemala (Reparations and Costs)*.

Gazzetta Ufficiale ed in un quotidiano a diffusione nazionale; l'obbligo di ricercare il corpo della vittima al fine di renderlo ai familiari, fornendo adeguata assistenza alla famiglia nella sepoltura; l'obbligo di intitolare un centro educativo alla memoria delle vittime tramite una cerimonia pubblica alla presenza dei familiari; la costruzione di monumenti e la intitolazione di una piazza alla memoria delle vittime<sup>48</sup>; la istituzione di un fondo per indennizzare le vittime dei crimini commessi; la realizzazione di infrastrutture e servizi sociali a beneficio delle comunità di appartenenza delle vittime.

Emblematica della loro funzione "ricostruttiva" e collettiva svolta nel contesto delle politiche di giustizia di transizione è l'articolazione di tali misure nel caso *Plan de Sánchez Massacre* del 2004<sup>49</sup> ove, con riferimento alla comunità *Maya Achì* stanziata in Guatemala, sono stati disposti circa nove modi diversi per soddisfare le necessità della popolazione vittima delle persecuzioni razziste e genocidarie dei regimi precedenti.

Oltre alla classica richiesta di svolgere inchieste sul massacro e sui suoi autori, è stata decisa la commemorazione pubblica delle persone uccise con una manifestazione pubblica nell'ambito della quale riconoscere le responsabilità; studi e divulgazione della cultura *Maya Achì* grazie al supporto dell'accademia guatemalteca della lingua maya; il mantenimento e rafforzamento delle vie di comunicazione stradali tra la capitale municipale ed i luoghi ove queste comunità sono stanziate; il rafforzamento dei sistemi idrici e delle acque potabili in tale zona; il sostegno al personale insegnante nelle comunità per quanto riguarda gli aspetti interculturali e linguistici della scuola primaria e secondaria; l'assistenza medica speciale per le vittime del massacro; la traduzione nella lingua indigena locale parlata dalle vittime delle sentenze adottate e del testo della Convenzione americana dei diritti dell'uomo con un'adeguata diffusione tramite i media. Ed infine: la creazione di un fondo finanziario, intitolato alla memoria delle vittime a disposizione della comunità indigena per realizzare opere nell'interesse della comunità e la ricerca dei corpi delle vittime<sup>50</sup>.

<sup>48</sup> Cfr., ad es., Corte interamericana dei diritti dell'uomo, sentenza del 27 novembre 1998, *Castillo-Páez c. Perù (Reparations and Costs)*.

<sup>49</sup> Corte interamericana dei diritti dell'uomo, sentenza del 30 giugno 2004, *Plan de Sánchez Massacre c. Guatemala (Reparations and Costs)*, par. 110.

<sup>50</sup> Per un'esauriente ricognizione della giurisprudenza interamericana sul punto, ma non solo, vedi G. BARTOLINI, *Riparazione per violazione dei diritti umani e ordinamento internazionale*, Napoli, 2009, p. 427 ss. In particolare appare interessante rilevare che nel caso di gravi violazioni dei diritti umani realizzatesi in aree geografiche differenti dal continente americano, come ad esempio quella europea, in presenza di condizioni e presupposti simili anche le misure di riparazione tendono ad avvicinarsi e a presentare caratteri analoghi. In tal senso potrebbe leggersi la decisione della Camera dei diritti umani della Bosnia Erzegovina nel caso *Selimovic (CH/01/8365 et al., Selimovic and 48 Others against Republica Srpska – The Srebrenica case, Decision on the Admissibility and Merits, 7/3/2003*, par. 203-219) relativo al massacro di Srebrenica: invece di procedere al riconoscimento su base individuale del risarcimento dei danni, materiali e morali, subiti dai familiari delle vittime, interpretandone la loro volontà di veder affermata innanzitutto la verità su quanto accaduto e restituita la loro dignità, essa ha disposto l'istituzione ad opera dell'Alto rappresentante della Fondazione per il memoriale e il cimitero di *Srebrenica-Potocari* con il

La varietà ed eterogeneità delle misure disposte trova un preciso riscontro nei *Basic Principles* che le elencano in maniera dettagliata al par. 22<sup>51</sup> ricomprendendovi, tra le altre, la verifica dei fatti e la pubblica e completa ammissione della verità; una dichiarazione ufficiale o una sentenza che restituisca la dignità, la reputazione ed i diritti della vittima o delle persone ad essa vicine; pubbliche scuse, incluso il riconoscimento dei fatti e l'ammissione della responsabilità; la commemorazione e l'omaggio alle vittime.

Considerazioni in parte analoghe si possono avanzare per quanto concerne le garanzie di non ripetizione, anch'esse non richiamate dall'art. 75 dello Statuto CPI. Dal punto di vista sistematico, il mancato richiamo potrebbe essere dovuto al fatto che non vi è unanimità di orientamenti circa la loro riconduzione alle forme della riparazione. Se i *Basic Principles* le considerano tali, come peraltro emerge anche da altri documenti internazionali<sup>52</sup>, nel Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale del 2001 le garanzie di non ripetizione, insieme all'obbligo di cessazione dell'illecito, vengono invece ritenute una distinta e separata conseguenza dell'atto internazionalmente illecito commesso dallo Stato.

Anche in questo caso, per la violazione commessa da un individuo, responsabile della commissione di uno dei crimini di competenza della CPI, rimane

---

precipuo scopo di costruire e conservare luoghi simbolici idonei a perpetuare la memoria collettiva dei massacri avvenuti; fondo, questo, finanziato con somme stanziare proprio a carico della Repubblica Srpska. Per il richiamo alla giurisprudenza della Camera vedi G. BARTOLINI, *op. cit.*, p. 448.

<sup>51</sup> Testualmente il par. 22: "Satisfaction should include, where applicable, any or all of the following: (a) Effective measures aimed at the cessation of continuing violations; (b) Verification of the facts and full and public disclosure of the truth to the extent that such disclosure does not cause further harm or threaten the safety and interests of the victim, the victim's relatives, witnesses, or persons who have intervened to assist the victim or prevent the occurrence of further violations; (c) The search for the whereabouts of the disappeared, for the identities of the children abducted, and for the bodies of those killed, and assistance in the recovery, identification and reburial of the bodies in accordance with the expressed or presumed wish of the victims, or the cultural practices of the families and communities; (d) An official declaration or a judicial decision restoring the dignity, the reputation and the rights of the victim and of persons closely connected with the victim; (e) Public apology, including acknowledgement of the facts and acceptance of responsibility; (f) Judicial and administrative sanctions against persons liable for the violations; (g) Commemorations and tributes to the victims; (h) Inclusion of an accurate account of the violations that occurred in international human rights law and international humanitarian law training and in educational material at all levels".

<sup>52</sup> In particolare il riferimento è alla collocazione delle garanzie di non ripetizione nel testo dell'art. 42 del Progetto di articoli sulla responsabilità dello Stato approvato in prima lettura nel 1996 ove, pur essendo distinte dalla soddisfazione, esse sono ricomprese tra le forme della riparazione. L'art 42, dedicato appunto alla riparazione, testualmente recitava "Lo Stato offeso ha diritto di ottenere dallo Stato che ha commesso un atto internazionalmente illecito piena riparazione sotto forma di restituzione in forma specifica, risarcimento, soddisfazione ed assicurazioni e garanzie di non reiterazione, singolarmente o in combinazione". Sul tema, prospettando una soluzione ancora diversa che vuole le garanzie di non ripetizione godere di una loro posizione autonoma, vedi G. PALMISANO, *Les garanties de non-répétition entre codification et réalisation jurisdictionnelle du droit: à propos de l'affaire LaGrand*, in *RGDIP*, 2002, p. 753 ss.

aperto il problema se applicare a queste ipotesi le categorie definite per l'illecito commesso dallo Stato e quindi ritenere le garanzie di non ripetizione una conseguenza dell'illecito, pur quando commesso da un individuo. Se così fosse non rileverebbe, ai fini dell'applicazione nel contesto della CPI, il loro mancato richiamo *ex art. 75* tra le forme della riparazione, poiché tali garanzie sarebbero applicabili in quanto semplici conseguenze dell'illecito.

È questo un punto che i “principi” dovrebbero chiarire ma, come per la soddisfazione, non può fare a meno di rilevarsi che l'adozione di tali misure, a prescindere dalla loro riconduzione sistematica al contesto della riparazione, o alla loro configurazione in chiave autonoma come una parte della dottrina ritiene, è prerogativa, per la loro natura, pressoché esclusiva dello Stato potendosi difficilmente configurare un simile obbligo in capo ad un soggetto qualora ritenuto responsabile della commissione di tali crimini.

La forma assunta in concreto dalle garanzie di non ripetizione, legata sia alla gravità della violazione della norma a tutela dei diritti umani commessa che alla frequenza della violazione perpetrata dallo Stato ritenuto responsabile, ne pone in risalto infatti la natura di misure a carattere prevalentemente generale e collettivo che, intervenendo sulle condizioni strutturali che facilitano la commissione delle violazioni, possono scongiurarne di nuove con un'indubbia funzione preventiva e rivolta al futuro, a differenza dell'obbligo di cessazione dell'illecito e della *restituito*. In tal senso esse concorrono a consolidare e rafforzare il sistema istituzionale con l'imposizione, a carico dello Stato in questione, di comportamenti anche di natura positiva.

L'ampiezza delle forme che possono assumere le garanzie di non ripetizione, in relazione alle *gross violations*, la rinveniamo al par. 23 dei *Basic Principles*<sup>53</sup> che, tra gli altri, contemplano il rafforzamento dell'indipendenza del potere giudiziario; la protezione di coloro che svolgono le professioni legali o sanitarie e mediche nel settore della comunicazione, ed altre professioni ad esso collegate, e dei difensori dei diritti umani; la formazione in materia di diritti umani e di diritto umanitario per tutti i settori della società e in particolare per le forze di

<sup>53</sup> “Guarantees of non-repetition should include, where applicable, any or all of the following measures, which will also contribute to prevention: (a) Ensuring effective civilian control of military and security forces; (b) Ensuring that all civilian and military proceedings abide by international standards of due process, fairness and impartiality; (c) Strengthening the independence of the judiciary; (d) Protecting persons in the legal, medical and health-care professions, the media and other related professions, and human rights defenders; (e) Providing, on a priority and continued basis, human rights and international humanitarian law education to all sectors of society and training for law enforcement officials as well as military and security forces; (f) Promoting the observance of codes of conduct and ethical norms, in particular international standards, by public servants, including law enforcement, correctional, media, medical, psychological, social service and military personnel, as well as by economic enterprises; (g) Promoting mechanisms for preventing and monitoring social conflicts and their resolution; (h) Reviewing and reforming laws contributing to or allowing gross violations of international human rights law and serious violations of international humanitarian law. (i) Access to relevant information concerning violations and reparation mechanisms”.

polizia e militare; il promuovere l'osservanza dei codici di condotta ed etici, in conformità agli *standards* internazionali, da parte dei funzionari pubblici, delle forze di polizia, militari e del personale carcerario, delle professioni sanitarie e mediche, e delle imprese; il promuovere l'istituzione di meccanismi volti a prevenire e monitorare conflitti sociali ai fini di una loro risoluzione.

La dimensione collettiva così perseguita, peraltro, non avviene a scapito della riparazione del pregiudizio individuale poiché le misure citate possono concorrere ed essere disposte in combinazione tra loro; sia la soddisfazione che le garanzie di non ripetizione, quindi, possono lasciare spazio ora alla *restitutio in integrum* ora al risarcimento, quali rimedi a carattere pecuniario per riparare la componente del pregiudizio suscettibile di valutazione economica.

Le considerazioni svolte sia in merito alla soddisfazione che alle garanzie di non ripetizione mettono in luce come l'incertezza interpretativa legata alla sola lettera dell'art. 75 dello Statuto CPI renderebbe opportuna, anche in questo caso, un'opera chiarificatrice da parte della CPI al momento della predisposizione dei "principi" applicabili alle forme di riparazione così da adattarele, ove possibile, al diverso contesto nel quale sono chiamate ad operare ovvero quello relativo ad un legittimato passivo che non è più lo Stato, ma l'individuo responsabile ed autore di tali crimini.

Peraltro lo Statuto CPI sembra ammettere un certo "margine di apprezzamento" nell'interpretazione e definizione dei "principi"; quando l'art. 75 stabilisce che essi debbono includere la restituzione, il risarcimento e la riabilitazione, pone quasi una regola di condotta *de minimis* lasciando prefigurare così anche la possibilità che se ne possano considerare di altre, ulteriori rispetto a quelle citate espressamente.

Inoltre l'ultimo paragrafo dell'art. 75 dello Statuto CPI chiarisce che le disposizioni in materia di riparazione sono adottate senza pregiudizio dei diritti che il diritto interno o il diritto internazionale riconoscono alle vittime, rendendo così praticabile un rinvio alle altre misure, come definite dalla prassi e dalla giurisprudenza internazionale in relazione alle *gross violations*, e non contemplate dal suddetto art. 75. Per quanto concerne in particolare la soddisfazione, che forse meglio di altre risponde alle necessità legate ai crimini in questione, il suo richiamo consentirebbe di modulare le misure in concreto determinabili non solo in relazione alla gravità della violazione commessa ma in funzione del contesto nel quale esse vanno ad inserirsi; contesto spesso di riconciliazione che influisce e condiziona le finalità che la singola forma di riparazione è chiamata a perseguire e che induce a valutare la sua portata ed efficacia al di là della *ratio* espressa dal singolo giudizio nel quale viene stabilita.

Fino a che punto forme di riparazione, pensate e strutturate per agire in relazione ad un obbligo di cui è destinatario lo Stato, sono capaci di adattarsi ad un diverso sistema dove lo Stato non può avere un ruolo così determinante, è una delle risposte che può venire dall'esame delle modalità di applicazione dell'altra forma di riparazione, invece espressamente prevista dall'art. 75 dello Statuto CPI, ovvero la riabilitazione (anch'essa contenuta nei *Basic Principles*).

6. La natura della misura della riabilitazione, secondo qualche autore<sup>54</sup> ritenuta priva di una propria autonomia rispetto alla *restitutio in integrum*, consiste essenzialmente in attività di assistenza alle vittime, quali cure mediche e psicologiche, nonché in prestazioni di servizi legali e sociali volte al loro reinserimento nella vita sociale della comunità di appartenenza.

Nel sistema della CPI, oltre ad essere contemplata tra le forme di riparazione poste a carico del responsabile dei crimini di competenza della Corte, la riabilitazione rappresenta una delle finalità che ispira gli interventi in favore delle vittime decisi direttamente dal Fondo di garanzia<sup>55</sup>. Mentre, per la prima ipotesi, al momento non vi sono state sentenze di condanna da parte della CPI e quindi è assente una prassi sul punto, non mancano invece casi di interventi del Fondo giustificati esclusivamente in funzione della riabilitazione delle vittime.

Il presupposto sul quale riposa il ricorso alle misure in questione, nei due casi, non è tuttavia lo stesso. L'accertamento e l'individuazione a livello giudiziario delle vittime, piuttosto che del reo, e la diversa provenienza delle risorse che confluiscono nel Fondo, elementi questi tra loro correlati, ne condizionano in buona parte la loro adozione<sup>56</sup>. Se provenienti direttamente dall'individuo responsabile, allora le misure decise e adottate hanno quali destinatari solo le vittime accertate nel procedimento dinanzi alla CPI, nei confronti delle quali si dirige l'obbligo riparatore, in senso stretto, gravante sul condannato.

Queste somme, derivanti dalle penalità e confische a carico del responsabile, possono essere eventualmente "integrate" con risorse di origine diversa, versate da donatori, Stati o privati; attesa la natura anche collettiva che le riparazioni *ex art. 75* possono assumere e la nozione ampia di vittima accolta nello Statuto della CPI, fattori implicanti un impegno generalmente maggiore ai fini dell'assolvimento dell'obbligo riparatore non solo in termini monetari<sup>57</sup>, il ricorso a tali risorse aggiuntive pare particolarmente opportuno.

Se poi, come si è visto in precedenza accadere per la soddisfazione e le garanzie di non ripetizione, si tratta di forme di riparazione che per l'alto numero delle vittime e per la particolare gravità delle violazioni, spesso tipiche di regimi oppressivi, implicano l'adozione di una serie di strumenti a carattere generale

<sup>54</sup> In tal senso P. D'ARGENT, *Le droit de la responsabilité*, cit., p. 52.

<sup>55</sup> L'art. 79 dello Statuto CPI ne definisce, anche se in maniera sintetica, le competenze e le condizioni di impiego: "1. A Trust Fund shall be established by decision of the Assembly of States Parties for the benefit of victims of crimes within the jurisdiction of the Court, and of the families of such victims. 2. The Court may order money and other property collected through fines or forfeiture to be transferred, by order of the Court, to the Trust Fund. 3. The Trust Fund shall be managed according to criteria to be determined by the Assembly of States Parties".

<sup>56</sup> Vedi l'art. 98, par. 3: "The award for reparations thus deposited in the Trust Fund shall be separated from other resources of the Trust Fund and shall be forwarded to each victim as soon as possible".

<sup>57</sup> Il Consiglio di amministrazione del Fondo può, secondo l'art. 56 del suo Regolamento interno, "complement the resources collected through awards reparation with others resources" o, in base al precedente art. 20, lanciare a "public donor appeal for voluntary contribution supported by reparations order".



volti a favorire i processi di riconciliazione nazionale<sup>58</sup>, l'attività del Fondo diventa uno strumento addirittura indispensabile per la loro realizzazione. Permane il quesito, che potrà esser sciolto solo dalla prassi sul punto, se la funzione complementare del Fondo, rispetto alle risorse raccolte dall'individuo responsabile, possa limitarsi ad essere tale e non richieda invece un coinvolgimento senza limite alcuno.

D'altronde l'impiego del Fondo, in situazioni simili, non sminuisce la funzione riparatrice legata all'imposizione dell'obbligo di natura individuale non solo perché la misura a carattere collettivo concorre con quella individuale, secondo un modello già visto<sup>59</sup>, ma in quanto differenti sono le finalità alle quali ciascuna di essa risponde.

In virtù delle caratteristiche dei crimini perseguiti dalla Corte, l'accertamento della verità e dei responsabili conseguito con la sentenza ed il semplice riconoscimento dell'esistenza di un obbligo di riparazione in favore delle vittime ed in capo al responsabile, al di là della materiale erogazione di fondi, può soddisfare infatti quella funzione simbolica e di riconoscimento delle vittime e dei pregiudizi da queste subiti che costituisce già una tra le forme di riparazione possibili affatto secondaria, come forse meglio di altre l'esperienza giuridica europea testimonia. Le modalità con le quali la riparazione collettiva viene corrisposta disegna, pertanto, per queste misure un *modus operandi*, in virtù del ruolo riconosciuto accanto all'individuo responsabile del Fondo chiamato a renderle effettive, che rappresenta una delle novità principali del sistema di riparazione in favore delle vittime, legando buona parte del successo della CPI al suo corretto funzionamento.

Nell'altra ipotesi, qualora alimentato da "other resources"<sup>60</sup> e cioè versate da donatori, Stati o privati, l'intervento in "riabilitazione" non ha, invece, quale suo presupposto, l'accertamento e la condanna per uno dei crimini di competenza della CPI o anche la semplice partecipazione delle vittime al giudizio dinanzi la Corte, avendo quale obiettivo principale quello di sostenere le attività del Fondo finalizzate esclusivamente all'assistenza e riconciliazione, alla riabilitazione e solidarietà. In questi casi, le condizioni di impiego del Fondo sono indirizzate al beneficio del più ampio numero di vittime "potenziali"<sup>61</sup> nonché dei loro fami-

---

<sup>58</sup> Per il richiamo ad alcune di queste misure vedi quanto detto *supra*.

<sup>59</sup> Vedi *supra*.

<sup>60</sup> L'art. 98, par. 2, del Regolamento di Procedura e prova della CPI dispone che "The award for reparations thus deposited in the Trust Fund shall be separated from other resources of the Trust Fund and shall be forwarded to each victim as soon as possible" mentre il successivo par. 4 prevede che "other resources of the Trust Fund may be used for the benefit of victims subject to the provisions of article 79".

<sup>61</sup> Secondo l'art. 48 del Regolamento del Fondo le risorse devono essere utilizzate a beneficio delle "victims of crimes as defined in Rule 85 of the Rules, and, where natural persons are concerned, their families, who have suffered physical, psychological and/or material harm as result of these crimes". Nozione questa, d'altronde, che rappresenta il discrimine tra le finalità perseguite dal Fondo e quelle di altre organizzazioni umanitarie essendo la finalità socio-economica un riflesso, a volte frequente ma sempre un riflesso, del suo intervento che ha quale presupposto determi-

liari, e non circoscritte dalla nozione di vittima come definita ed individuata a livello giudiziario.

È quanto il Fondo, nell'ambito del suo secondo mandato, ha realizzato con i programmi di assistenza e riabilitazione delle vittime in Uganda e nella Repubblica democratica del Congo<sup>62</sup>, ad ampio raggio, mirati a tre obiettivi: la riabilitazione fisica, quella psicologica e le altre forme di sostegno materiale per le vittime dei crimini di competenza della CPI, secondo quanto stabilito nel Regolamento del Fondo (art. 48)<sup>63</sup>. Il rilievo dei bisogni delle vittime sorti a seguito dei pregiudizi subiti, determinante per l'adozione delle misure necessarie al raggiungimento degli obiettivi sopra accennati, avviene ad opera del Fondo in base a tre parametri relativi ai mezzi di sostentamento a disposizione delle stesse vittime: a) il possesso di qualità personali, come le capacità professionali, il grado di educazione, la salute, l'orientamento psicologico; b) la capacità di accesso a risorse materiali o immateriali; c) l'esistenza di attività economiche.

Il coinvolgimento del Fondo nell'adozione di misure di supporto ed a beneficio delle vittime consistenti in attività caratterizzate da una finalità di riabilitazione interdependente con quella della riconciliazione, siano esse inquadrabili tra le riparazioni collettive vere e proprie o superino esse il dato riparatore inteso in senso strettamente giuridico, fanno ritenere il Fondo un'istituzione realmente *sui generis* nel panorama internazionale<sup>64</sup>, sicuramente non lontana da quel concetto di giustizia ristoratrice che dovrebbe caratterizzare i processi di *Transitional Justice*<sup>65</sup> e nel cui ambito si possono collocare le attività dallo stesso promosse.

L'esperienza maturata dal Fondo, al momento solo riguardo alla riabilitazione, potrebbe non rimanere ad essa circoscritta ed, anzi, essere "esportata" alla soddisfazione ed alle garanzie di non ripetizione. Qualora venissero incluse nei "principi" o decise dalla CPI in forza dell'art. 75 dello Statuto della CPI, potrebbe anche per esse ipotizzarsi un analogo ruolo del Fondo<sup>66</sup> quale garante, anche in questo caso, della loro integrale esecuzione considerata da una parte l'impossibilità spesso di porle a carico dello Stato e, dall'altra, la finalità rico-

---

nante, invece, l'esistenza di un pregiudizio subito dalle vittime e riconducibile ad uno dei reati di competenza della CPI.

<sup>62</sup> Ciò ha consentito al Fondo di predisporre e realizzare, dal 2008 ad oggi, 29 progetti in Uganda del Nord (16) e nella Repubblica democratica del Congo (13) i quali hanno interessato circa 70.000 vittime.

<sup>63</sup> Prima di intraprendere ciascun programma di azione il Fondo deve notificare alla *Pre-Trial Chamber* della CPI l'intenzione di procedere in tal senso descrivendo i presupposti che sono alla base della sua azione, nonché le finalità perseguite, affinché la proposta venga approvata.

<sup>64</sup> Sul punto vedi G. J. KNOOPS, *Theory and practice of international and internationalized criminal proceedings*, The Hague, 2005.

<sup>65</sup> Cfr. P. DE GREIFF, R. DUTHIE (eds.), *Transitional Justice and Development: Making Connections*, New York, 2009.

<sup>66</sup> Occorre non sottovalutare il contributo che un'azione a così ampio raggio può fornire nel processo di legittimazione della stessa attività puramente giurisdizionale della Corte, processo di legittimazione di cui oggi le giurisdizioni internazionali, ma non solo per la verità, non possono fare a meno. Cfr. A. VON BOGDANDY, I. VENZKE, *In nome di chi? Giurisdizione internazionale e teoria del discorso*, Torino, 2010.

struttiva alla quale queste misure rispondono, oltrepassante la dimensione individuale, quali misure anch'esse facenti parte di un più ampio programma di riconciliazione nazionale, rivolto a comunità divise, e di riforme istituzionali all'interno di processi di *Transitional Justice*<sup>67</sup>.

Questa prospettiva è stata ben colta da alcune giurisdizioni internazionali che hanno individuato gli aspetti fondamentali e la stessa base giuridica della *Transitional Justice* nella loro giurisprudenza. La Corte interamericana, ad esempio, nella decisione del 1988 nel caso *Velásquez Rodríguez*<sup>68</sup>, utilizzando nella misura più ampia possibile gli strumenti messi a disposizione dal diritto internazionale della responsabilità degli Stati, ha precisato quattro fondamentali obblighi a carico degli stessi Stati in favore delle vittime di gravi violazioni dei diritti umani: 1) adottare le misure necessarie a prevenire le violazioni dei diritti umani; 2) condurre approfondite indagini delle violazioni, una volta consumate; 3) imporre sanzioni adeguate ai responsabili delle violazioni; 4) assicurare riparazione per le vittime delle violazioni.

Se confrontiamo la natura ed il contenuto di tali obblighi con la definizione delle Nazioni Unite data ai processi di riconciliazione nazionale, non è difficile notare una parziale coincidenza di obiettivi, ed in alcuni casi degli stessi strumenti per conseguirli. Per le Nazioni Unite, il raggiungimento dei tre principali obiettivi legati ad un passato di abusi e violazioni dei diritti umani ovvero il diritto di conoscere, quindi diritto alla verità, il diritto alla giustizia ed il diritto alle riparazioni ed alla non ripetizione<sup>69</sup>, devono essere assicurati da meccanismi giudiziari e non giudiziari che includono l'accertamento delle responsabilità di tali crimini, l'agevolazione delle azioni volte al ristabilimento della verità, la garanzia di riparazioni, riforme istituzionali e consultazioni nazionali. Elementi questi adottabili in combinazione tra loro e quindi cumulabili<sup>70</sup>, con l'unico limite rappresentato dalla conformità agli obblighi ed agli *standards* internazionali<sup>71</sup>.

---

<sup>67</sup> Come la finalità ricostruttiva così la funzione collettiva e simbolica tipiche della soddisfazione e delle garanzie di non ripetizione e della riabilitazione, riguardanti peraltro altre forme di riparazione, appaiono strettamente connesse, ed in qualche misura condizionate, dai processi di riconciliazione nazionale e dalle politiche di giustizia di transizione all'interno dei quali si collocano in molti delle realtà e dei Paesi interessati da esperienze di *Transitional Justice*: Argentina, Brasile, El Salvador, Germania, Giappone, Malawi, Sud Africa ed in qualche modo Stati Uniti.

<sup>68</sup> Sentenza del 21 luglio 1988, *Velásquez Rodríguez c. Honduras (Merits)*.

<sup>69</sup> Cfr. *Set of Principles to Combat Impunity*, UN Doc.E/CN.4/2005/102/Add.1, sviluppati in risposta alla *Vienna Declaration and Programme of Action* (1993), UN Doc.A/CONF.157/23, Part. II, par. 91.

<sup>70</sup> La preoccupazione di scongiurare una sorta di concorrenza con l'attività svolta dalle Commissioni di verità e riconciliazione traspare da alcune decisioni della Corte interamericana dei diritti dell'uomo, che non ha ritenuto l'attività di accertamento dei fatti svolta da tali Commissioni alternativa o sostitutiva dell'accertamento e della punizione dei crimini eseguiti in sede giudiziaria tramite gli ordinari strumenti di tutela giurisdizionale, quando ad es. "the Court deems it appropriate it specify that the 'historical truth' contained in the said report does not complete or substitute the State's obligation to also establish the truth through court proceedings": sentenza del 29 novembre 2006, *La Cantuta c. Perù (Merits, Reparations and Costs)*, par. 224.

<sup>71</sup> Cfr. *Guidance Note of the Secretary-General*, "United Nations Approach to Transitional

Il comune modo di intendere il momento riparatore, con una prospettiva non solo rivolta al passato, in chiave retributiva, quanto piuttosto considerato tra le misure capaci di contribuire a ristabilire o consolidare l'assetto istituzionale e le basi della convivenza civile in via di ricomposizione nell'ambito dei processi di *Transitional Justice*, tipici anche delle società post-conflittuali o post-autoritarie, rende l'attività del Fondo un modello di intervento replicabile, a determinate condizioni, anche per le *Historical Injustices*.

7. L'esperienza europea conferma la tendenza a riconoscere aspetti peculiari nelle forme di riparazione adottate in risposta ai danni da ingiustizia della storia<sup>72</sup>. In particolare, confrontando i processi di riconciliazione europei con quelli di altre realtà geografiche, colpisce il dato che le richieste riparatrici formulate in relazione ai crimini commessi dai regimi oppressivi, in particolare nell'Europa centro-orientale al tempo dell'URSS, abbiano ad oggetto non tanto il risarcimento dei pregiudizi subiti dalle vittime quanto, a differenza di ciò che accade in altri contesti territoriali, la necessità dell'affermazione della verità e della conservazione della memoria storica.

Questo elemento incide sugli strumenti scelti per dare risposte alle domande di "riparazione". La tendenza seguita dalle istituzioni europee e dai singoli Stati membri è quella di valorizzare misure specifiche, quali l'eliminazione della simbologia totalitaria (nomi delle strade, simboli nei luoghi pubblici, mentre in alcuni Stati membri la legge vieta esplicitamente l'uso di simboli connessi ai regimi totalitari), l'istituzione di giornate della memoria, la creazione di siti commemorativi e monumenti dedicati alla memoria dei crimini perpetrati dai regimi totalitari, esistenti in pratica in tutti gli Stati membri dove si trovano luoghi di martirio, campi di concentramento e di sterminio, che meglio di altre possono contribuire efficacemente alla conservazione della memoria in funzione "riparatrice". In alcuni Stati membri (Repubblica ceca, Estonia, Ungheria, Lettonia, Lituania, Romania), inoltre, vi sono musei tematici dedicati ai crimini commessi dai regimi comunisti, mentre una delle misure più invocate riguarda l'accesso agli archivi e ai documenti di importanza personale o necessari per la ricerca scientifica, con la esplicita richiesta che in tutti gli Stati membri si compia un autentico sforzo per la loro completa apertura.

---

*Justice*", 2010, p. 2: "Transitional justice consists of both judicial and non-judicial mechanisms, including prosecution initiatives, facilitating initiatives in respect of the right to truth, delivering reparations, institutional reform and national consultations. Whatever combination is chosen must be in conformity with international legal standards and obligations".

<sup>72</sup> Sul tema si vedano, di recente, P. JAMBREK, *Crimes committed by totalitarian regimes. Reports and proceedings of the 8 April European public hearing on crimes committed by totalitarian regimes*, Bruxelles, 2008, ec.europa.eu/commission\_2010-2014, reperibile *on line*; C. CLOSA MONTERO, *Study on how the memory of crimes committed by totalitarian regimes in Europe is dealt with in the Member States*, Instituto de Políticasy Bienes Públicos, CCHS-CSIC, Madrid, 2010, ec.europa.eu/justice, reperibile *on line*; L. DAVIS, *The European Union and Transitional Justice*, 2010, www.initiativeforpeacebuilding.eu, reperibile *on line*.

La necessità di confrontarsi con le ingiustizie ed i crimini commessi in Europa dai regimi repressivi responsabili di violazioni dei diritti umani<sup>73</sup> si è fatta più viva dopo l'allargamento registratosi nel 2004 con l'ingresso nell'Unione europea dei Paesi dell'Europa centro-orientale che hanno vissuto le esperienze dei regimi totalitari<sup>74</sup>. I nuovi entrati ritengono che gli Stati membri dell'Europa occidentale debbano acquisire una maggior coscienza del passato tragico vissuto da quelli dell'Europa orientale<sup>75</sup>, lamentando la scarsa conoscenza e considerazione della loro necessità di ristabilimento della verità in relazione alle vicende passate durante i regimi comunisti. Proprio lo sforzo di condivisione della memoria, passaggio indispensabile per chiudere una fase storica e porre le basi per un futuro comune, registra differenze non marginali sul modo di interpretare tale passato, come peraltro ben sottolinea la recente relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio su "La memoria dei crimini commessi dai regimi totalitari in Europa"<sup>76</sup>.

Le questioni controverse interessano piani diversi. A partire da alcune iniziative, che solo ad uno sguardo sommario potrebbero sembrare non assumere rilievo centrale, come l'istituzione della Giornata della memoria. Mentre infatti 18 Stati membri UE celebrano il 27 gennaio la Giornata internazionale in memoria delle vittime dell'Olocausto, altri cinque Stati membri (Estonia, Lettonia, Lituania, Slovenia e Svezia) celebrano il 23 agosto (altri Stati hanno scelto un'altra data) la Giornata europea di commemorazione di tutti i regimi totalitari e autoritari, secondo la proposta del Parlamento europeo contenuta nella risoluzione su coscienza europea e totalitarismo<sup>77</sup>. Questa seconda proposta ha chiaramente una diversa valenza simbolica, poiché la data scelta coincide con la conclusione del patto "Molotov-Von Ribbentrop" di spartizione della Polonia del 1939 e, proprio per questo, sarebbe più idonea a rappresentare la generalità delle vittime dei regimi oppressivi totalitari ed autoritari.

La sensibilità al tema della memoria dei crimini ed il suo ruolo fondamentale nel processo di integrazione europea sono testimoniati da una recente controversia tra l'Ungheria e la Slovacchia nella quale la prima ha chiesto l'apertura di una procedura di infrazione nei confronti della seconda, dinanzi alla Commissione europea ai sensi dell'art. 259 TFUE, sulla base della presunta violazione della norme in materia di libera circolazione delle persone che sarebbero state violate dalla Slovacchia con il divieto di ingresso sul proprio territorio opposto al Presidente ungherese, nell'agosto del 2009.

---

<sup>73</sup> Negli studi sottoposti all'attenzione della Commissione, citati in questo paragrafo, vengono intesi tali tutti i regimi non democratici, includendo tra di essi sia i regimi totalitari nazista, fascista e comunista (vedi H. HARENDT, *The Origins of Totalitarianism*, New York, 1951) che i regimi considerati autoritari tra i quali vanno annoverati quelli instaurati a loro tempo in Grecia, Portogallo e Spagna.

<sup>74</sup> P. JAMBREK, *op. cit.*, mette in luce il caso della Slovenia che, eccezionalmente, ha subito l'esperienza totalitaria dei regimi comunista, nazista e fascista.

<sup>75</sup> I più recenti atti di genocidio e crimini contro l'umanità in Europa hanno avuto luogo nel luglio 1995.

<sup>76</sup> Del 22 dicembre 2010, COM(2010)783 def.

<sup>77</sup> Del 2 aprile 2009, in *GUUE C 137 E/25*, 27 maggio 2010.

I fatti all'origine del contendere vedevano l'intenzione del Presidente ungherese di partecipare il 21 agosto 2009 all'inaugurazione di una statua dedicata a Saint Etienne I, primo Re e santo patrono dell'Ungheria, in territorio slovacco a Komarno, località di confine dove vive un'importante minoranza ungherese (circa il 10% della popolazione di cittadinanza slovacca). Le motivazioni fornite dal Primo ministro slovacco a giustificazione del divieto riguardavano esigenze di sicurezza pubblica atteso che la data scelta coincideva con il 41° anniversario dell'invasione della Cecoslovacchia da parte delle truppe sovietiche e di quelle dell'ex Patto di Varsavia, tra le quali le truppe ungheresi ritenute responsabili di aver arrestato il processo di democratizzazione in quel paese. La ferma opposizione all'ingresso veniva manifestata nell'occasione dalla Slovacchia nonostante l'Ungheria nel 1989, poco prima della caduta del muro di Berlino, le avesse ufficialmente presentato le proprie scuse per aver partecipato all'invasione.

Il reclamo presentato dall'Ungheria nell'ottobre del 2009 però non ha avuto, sino ad ora, esito alcuno dal momento che la Commissione europea, nel giugno del 2010, ha ritenuto nel parere motivato che non vi fosse stata alcuna violazione del Trattato e del diritto derivato da parte della Slovacchia, in quanto le disposizioni in questione non sarebbero applicabili alle visite effettuate dai Capi di Stato sul territorio di un altro Stato membro. In buona sostanza, secondo la Commissione la materia della libera circolazione delle persone riguarda cittadini privati e non i capi di Stato la cui disciplina è retta invece dal diritto internazionale; dunque gli Stati membri conservano la piena discrezionalità nel regolare le loro relazioni diplomatiche bilaterali, non essendo un compito delle istituzioni europee modificare tale regime.

Un esito simile, per la verità, solleva non poche perplessità laddove evita di affrontare la reale materia del contendere, non fornisce una risposta alla questione sorta né facilita una sua soluzione. Da un punto di vista procedurale infatti il parere motivato della Commissione non impedisce la successiva presentazione del ricorso da parte dell'Ungheria contro la Slovacchia, essendo la procedura interstatale, con l'inevitabile conseguenza, nel caso di proposizione, di un inasprimento della vicenda dinanzi alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Inoltre la Commissione sembra aver perso un'occasione per suggerire una composizione dei termini della controversia dato che il parere motivato, ai sensi dell'art. 259 TFUE, viene formulato sul contraddittorio tra le parti che hanno dunque un "foro" per esporre le loro ragioni con osservazioni scritte e orali.

Relegare ad una qualsiasi questione diplomatica tra due Stati membri una disputa simile, e non coglierne invece le motivazioni più profonde che riguardano proprio la difficoltà di riconoscere e condividere un passato comune, non appare in linea con quanto più volte affermato dalla stessa Commissione<sup>78</sup> circa la volontà di dare il proprio contributo nel facilitare il processo di riconciliazione tramite il ristabilimento della verità e della memoria, soprattutto se la memoria e la coscienza del passato tragico e dei crimini perpetrati dai regimi totalitari,

<sup>78</sup> Di recente nella citata relazione COM(2010)783 def.



come viene affermato, devono essere il *collante* delle popolazioni europee<sup>79</sup>. La soluzione “interlocutoria” adottata dalla Commissione nella fattispecie non sembra potersi iscrivere all’interno di una simile logica.

8. L’indagine svolta sulla legittimazione passiva e le conseguenti forme di riparazione in favore delle vittime di *Historical Injustices*, proponendosi di esaminare il contributo che il diritto internazionale può offrire ai fini di una loro compiuta delimitazione ed individuazione, fa emergere l’influenza spiegata dalle regole internazionali sulla particolare categoria dei pregiudizi da ingiustizie della storia, sotto un duplice profilo.

Un primo aspetto attiene al significativo ruolo che può svolgere per la loro definizione il sistema delle riparazioni che sta sviluppandosi in base allo Statuto della CPI relativamente ai crimini internazionali da essa perseguiti, con particolare riferimento all’attività ed alle competenze del Fondo di garanzia<sup>80</sup>. In questi casi, le esigenze di tutela e “riparazione” delle vittime hanno favorito la creazione di meccanismi e strumenti che operano in loro favore anche a prescindere dalla individuazione di un responsabile giuridicamente obbligato nei loro confronti, soluzioni queste che potrebbero applicarsi alle *Historical Injustices* per i comuni elementi di difficoltà che incontrano anche le vittime di danni e pregiudizi da ferite della storia nell’individuare un legittimato passivo.

L’originalità del meccanismo introdotto consente, infatti, al Fondo di intervenire per rendere effettive le riparazioni sia quando l’esecuzione di tali obblighi è rivolta ad una platea di vittime e con finalità generali e strutturali così ampie da non poter essere assolta da un impegno di natura individuale, trattandosi appunto di riparazioni di natura collettiva, sia quando la sua attività, come abbiamo visto per la riabilitazione, si esplica in assenza di un responsabile ed a beneficio esclusivo delle vittime con modalità, dunque, non riconducibili alla riparazione, almeno intesa in senso “classico” secondo il diritto internazionale.

Per quanto concerne il secondo profilo, strettamente connesso al primo, gli *standards* internazionali elaborati dalla giurisprudenza internazionale in relazione alle *gross violations*, in particolare nel sistema interamericano, costituiscono un valido esempio della duttilità di alcune forme di riparazione “classiche” quali la soddisfazione, le garanzie di non ripetizione e la riabilitazione, che, una volta collocate all’interno di un contesto più ampio, spesso di riconciliazione nazionale tipico della *Transitional Justice*, assumono carattere collettivo, simbolico e ricostruttivo<sup>81</sup>, assolvendo così finalità comuni e tipiche anche alle ripa-

---

<sup>79</sup> *Ibidem*, p. 4.

<sup>80</sup> In realtà, fondi di indennizzo delle vittime di *gross violations* sono stati istituiti, rappresentando tuttavia un’esperienza limitata, in alcuni contesti regionali dalle giurisdizioni internazionali di tutela dei diritti umani: vedi quanto detto *supra*.

<sup>81</sup> Questa tendenza sembra interessare, per quei sistemi giuridici che lo consentono e nei quali si assiste al fenomeno della privatizzazione del contenzioso in materia di diritti umani, incluse le *Historical Injustices* (giurisdizione statunitense ed ora italiana), anche i rimedi puramente

razioni per pregiudizi da ingiustizie della storia cui possono quindi, del caso, applicarsi.

Peraltro, analoga influenza tali *standards* svolgono riguardo a quelle forme di riparazione, anche collettive, previste a carico dell'individuo autore dei crimini in esame e definite direttamente a livello internazionale, come accade per l'art. 75 dello Statuto CPI; obbligo riparatore che inizia ad accompagnare l'affermazione della responsabilità penale individuale a livello internazionale per i crimini internazionali evocati (ad es. genocidio, *apartheid*, schiavitù, lavori forzati).

Se dunque, nonostante la specificità legata a ciascun tipo di pregiudizio ed alla sua dimensione nazionale o internazionale, si volesse individuare un profilo comune alle misure adottate, riparatrici e non, esso andrebbe colto nel riconoscimento e nel sostegno alle vittime di tali ingiustizie e dei regimi oppressivi, poiché, come è stato efficacemente espresso dal Parlamento europeo nella sua risoluzione del 2 aprile 2009 su coscienza europea e totalitarismo al "considerando" N, "nell'ottica delle vittime è ininfluyente quale regime li abbia privati della libertà oppure torturati o uccisi con un pretesto qualsiasi".

Un approccio di questo tipo non rischia di tradursi in una sorta di tutela "indifferenziata" delle vittime se si ricostruisce ed adatta il regime della responsabilità dello Stato, o di altri soggetti, alla natura della violazione che viene fatta valere, alla sua gravità, al contesto nel quale si è consumata, alle specifiche esigenze riparatrici e ricostruttive che essa richiede. Con la consapevolezza che tale riconoscimento è solo uno dei momenti di quel processo più ampio che caratterizza la *Transitional Justice* e che richiede per l'effettivo superamento dei crimini del passato l'affermazione delle responsabilità degli autori di tali abusi, il diritto alla riparazione per le vittime, nell'ampia accezione che abbiamo visto prima, e la prevenzione rispetto a nuove possibili violazioni tramite un programma di riforma delle istituzioni pubbliche, *in primis* giudiziarie e di polizia.

---

"civili" ed interni offerti dagli ordinamenti nazionali e dinanzi ai quali far valere le pretese riparatrici delle vittime. Sulla tematica vedi H. MUIR WATT, *Privatisation du contentieux des Droits de l'Homme et vocation universelle du juge américain: réflexions a partir des actions en justice des victimes de l'Holocauste devant les tribunaux des Etats-Unis*, in RIDC, 2003, p. 883 ss. In tal senso può essere utile ricordare il contenzioso sviluppatosi in questi anni dinanzi alle giurisdizioni italiane, ed in particolare presso la Suprema Corte, nei confronti della Germania. È noto infatti che la Corte di cassazione italiana, in una giurisprudenza ormai non più isolata, ha di recente nuovamente riconosciuto il risarcimento dei danni causati alle vittime di crimini internazionali commessi dalle forze armate tedesche di occupazione durante il secondo conflitto mondiale. È questo infatti da ultimo il contenuto della sentenza del 13 gennaio 2009, n. 1072, *Milde*, ove la Suprema Corte ha definitivamente ammesso le richieste delle parti civili nei confronti della Germania per le stragi compiute ai danni della popolazione civile nel giugno del 1944 nei comuni di Civitella e S. Pancrazio in Val di Chiana. La Suprema Corte, in questo caso, ha ritenuto prevalente, sulla regola a carattere consuetudinario che regola l'immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri, la norma di rango superiore, appartenente allo *ius cogens*, relativa alla punizione dei crimini di guerra poste a tutela di diritti umani. Orientamento questo inaugurato dalla Cassazione civile, SS.UU., sentenza dell'11 marzo 2004, n. 5044, *Ferrini*, per le deportazioni compiute in Italia dopo l'8 settembre del 1943, nonostante si trattasse di atti inequivocabilmente compiuti *iure imperii*.

Un approccio, in definitiva, che non implica il ricorso ad una misura piuttosto che ad un'altra ma che, per assicurare la riparazione integrale del pregiudizio subito dalle vittime, le vede concorrere in una visione olistica e tra loro integrata.

## Abstract

### *Historical Injustices: Passive Legitimation and Forms of Reparations in International and European Law*

The article is devoted to the present debate on the remedies available in international law and within the European transnational system to repair the so-called *Historical Injustices*. In particular, the article focuses on the establishment of the natural or legal person who is to be held liable and on the interpretation of Article 75 of the ICC Statute. The forms of reparations are examined not only within the framework of the traditional State responsibility (where the State is best placed to bear the burden for damages arising from historical events) but also in different contexts where reparation measures support individual criminal responsibility. Finally, the article takes into account alternative solutions within the *Transitional Justice* processes, starting from the creation of indemnity funds for the victims of past historical events and of international crimes, having the activity of the *Trust Fund for Victims* as the most significant example, to the European experience concerning the role in this field played by the “Memory”.



# Il principio di eguaglianza nel diritto dell'Unione europea alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di assicurazioni

SOMMARIO: 1. L'orientamento della Corte di giustizia in materia di parità uomo-donna: la giurisprudenza precedente la sentenza *Test-Achats*. – 2. La sentenza *Test-Achats*. – 3. Criticità della sentenza *Test-Achats* in tema di parità uomo-donna. – 4. Misure di attuazione e misure di deroga dell'eguaglianza previste nella direttiva 2004/113/CE in materia di parità uomo-donna nel settore assicurativo. – 5. Le condizioni documentali e procedurali per il rinnovo della deroga prevista ai sensi dell'art. 5, par. 2. Le ambiguità presenti nella direttiva 2004/113/CE. – 6. Gli effetti della sentenza *Test-Achats* sul settore assicurativo, sulla scorta delle argomentazioni della Corte e delle conclusioni dell'Avvocato generale.

1. La sentenza della Corte di giustizia 1° marzo 2011, *Association Belge des Consommateurs Test-Achats ASBL e altri c. Conseil des ministres*<sup>1</sup> (in seguito: sentenza *Test-Achats*) rischia di passare un colpo di spugna sugli indiscutibili progressi raggiunti in materia di tutela dei diritti femminili e, più in generale, dei gruppi storicamente svantaggiati<sup>2</sup>. La Corte di giustizia, infatti, più di ogni altra istituzione dell'Unione, si è accreditata come difensore dei diritti delle donne su basi di piena parità con gli uomini<sup>3</sup>.

<sup>1</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 1° marzo 2011, causa C-236/09, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

<sup>2</sup> Sui c.d. gruppi svantaggiati o discriminati, sui loro caratteri e sulla definizione delle stesse donne in termini di *gruppo* ci sia consentito rinviare al nostro *I diritti delle donne e la tutela della diversità nel diritto internazionale*, in *RIDU*, 2000, p. 71 ss., spec. nota 54, p. 72.

<sup>3</sup> Cfr. sul punto F. GHERA, *Il principio di eguaglianza nella Costituzione italiana e nel diritto comunitario*, Padova, 2003, p. 139 ss.

È alla Corte di giustizia che si deve, in primo luogo, il riconoscimento a livello europeo del principio di eguaglianza in settori diversi da quello del lavoro, nell'ambito del quale esso era stato originariamente sancito. È grazie alla Corte che si è altresì realizzato – seppur con una certa discontinuità<sup>4</sup> – quel passaggio del principio di eguaglianza uomo-donna da strumento di mera tutela della concorrenza a strumento di tutela sociale<sup>5</sup> e, in particolare, di tutela dei diritti umani fondamentali<sup>6</sup>. In questo contesto, la Corte ha riconosciuto la distinzione fra eguaglianza di diritto (o formale) ed eguaglianza di fatto (o sostanziale) teorizzata in ambito statale e ha legittimato le c.d. misure positive, sia pur ammettendole nei limiti in cui fossero dirette a realizzare una *parità di opportunità* invece che una *parità di risultati*<sup>7</sup>. La Corte ha così giustificato l'adozione di quelle misure atte a rimediare alle storture, nell'applicazione del principio di eguaglianza ai casi offerti dalla prassi, che non erano prevedibili sul piano della sua formulazione teorica. Si trattava, esattamente, di misure neutrali, volte cioè a rimediare a forme di ineguaglianza riguardanti, indifferentemente, uno dei due sessi e, per ciò stesso, inidonee ad alterare il principio di eguaglianza ma adatte, piuttosto, a rendere quest'ultimo pienamente efficace con riferimento alle fattispecie concrete. Sono apparse, dunque, “sproporzionate”<sup>8</sup> rispetto alle

<sup>4</sup> Cfr. sul punto sentenza della Corte di giustizia del 17 febbraio 1998, causa C-249/96, *Grant c. South West Trains Ltd*, *Raccolta*, p. I-621 ss., e il commento sulla stessa di G. MORE, *The Principle of Equal Treatment: From Market Unifier to Fundamental Rights?*, in P. CRAIG, G. DE BÚRCA (eds.), *The Evolution of EU Law*, Oxford, 1999, p. 545, il quale osserva che nella sentenza di cui si tratta la Corte, pur mantenendosi nell'ambito del “sex discrimination law”, non ha fatto alcun riferimento “to the universal fundamental value of equality”.

<sup>5</sup> In tal senso v. sentenza della Corte di giustizia dell'8 aprile 1976, causa C-43/75, *Defrenne c. Sabena*, *Raccolta*, p. 455 (punto 8); per la dottrina, v. O. POLLICINO, *Discriminazione sulla base del sesso e trattamento preferenziale nel diritto comunitario*, Milano, 2005, p. 125 ss.

<sup>6</sup> Così sentenza della Corte di giustizia del 30 aprile 1996, causa C-13/94, *P. c. S. e Cornwall County Council*, *Raccolta*, p. I-2143, punto 19.

<sup>7</sup> V. sentenza della Corte di giustizia dell'11 novembre 1997, causa C-409/95, *Marschall c. Land Nordrhein-Westfalen (Marschall)*, *Raccolta*, p. I-6363, punto 29 s. Anche questo passaggio non è stato del tutto lineare: v. sentenza della Corte di giustizia del 17 ottobre 1995, causa C-450/93, *Kalanke c. Freie Hansestadt (Kalanke)*, *ivi*, p. I-3051, e il commento ad essa relativo di P. MORI, *Quale eguaglianza? Ovvero le azioni positive davanti alla Corte di Giustizia*, in *DUE*, 1996, p. 821.

<sup>8</sup> Così, emblematicamente, la Corte di giustizia nella sentenza dell'11 gennaio 2000, causa C-285/98, *T. Kreil c. Repubblica Federale di Germania*, *Raccolta*, p. I-69, punto 29. Questo approccio secondo F. GHERA, *op. cit.*, pp. 140, 155, evoca “lo stile di giudizio caratteristico delle Corti costituzionali quando tutelano i diritti fondamentali”. Sul riferimento della Corte di giustizia al principio di proporzionalità come limite alla discrezionalità normativa degli Stati membri dell'Unione v. M. C. CICIRIELLO, *Il principio di proporzionalità nel diritto comunitario*, Napoli, 1999, p. 195, pp. 199-203; E. CANNIZZARO, *Il principio della proporzionalità nell'ordinamento internazionale*, Milano, 2000, p. 9 ss. Sul riferimento allo stesso principio (anche in accostamento al principio di ragionevolezza e allo stesso principio di eguaglianza) da parte della nostra Corte costituzionale come limite al potere legislativo dello Stato v. M. SCUDIERO, S. STAIANO (a cura di), *La discrezionalità del legislatore nella giurisprudenza della Corte costituzionale*, Napoli, 1999 (in particolare, v. S. STAIANO, *Introduzione*, p. XXXII ss.). Sull'argomento, v. inoltre la giurisprudenza citata, *infra*, nota 16.



finalità del diritto comunitario e, quindi, del principio di eguaglianza da questo sancito, quelle misure positive atte a considerare il sesso un fattore prevalente su ogni altro e, in primo luogo, sul merito.

La Corte, tuttavia, è andata ben oltre il riconoscimento dell'*eguaglianza* (formale e sostanziale) delle donne rispetto agli uomini. Essa, invero, ha affermato la *specificità* (o *diversità*) delle donne rispetto agli uomini, riconoscendo ad esse *diritti speciali* rispetto a quelli previsti per la generalità delle persone<sup>9</sup>. E ciò sotto un duplice profilo.

Innanzitutto, la Corte ha riconosciuto che “lo stato di gravidanza non è in alcun modo assimilabile ad uno stato patologico”<sup>10</sup> e che esso giustifica “una protezione di genere” a favore delle donne, con conseguente riconoscimento alle stesse di “*diritti specifici*”<sup>11</sup>. La gravidanza, infatti, a parere della Corte “corrisponde ad un periodo nel corso del quale possono presentarsi disturbi e complicazioni che possono costringere la donna ad uno stretto controllo medico e, se del caso, ad osservare un riposo assoluto durante l'intero periodo della gravidanza o parte di questa”, “disturbi e complicazioni” quelli indicati che, secondo la Corte, “partecipano quindi della *specificità* di tale stato”<sup>12</sup>.

Secondariamente, la Corte ha osservato che, se ai sensi del diritto comunitario, “una protezione contro il licenziamento dev'essere riconosciuta alla donna durante il congedo di maternità (...), il principio di non discriminazione, dal canto suo, impone una tutela analoga durante l'intero periodo della gravidanza”<sup>13</sup>. Secondo la Corte, infatti, “il licenziamento di una lavoratrice che avviene nel corso della gravidanza a seguito di assenze dovute all'incapacità lavorativa, derivante dalla gravidanza, è connesso al verificarsi dei rischi inerenti alla gravidanza e deve quindi ritenersi sostanzialmente *basato sul fatto della gravidanza*. Un licenziamento del genere può riguardare *solo le donne* e costituisce quindi una *discriminazione diretta basata sul sesso*”<sup>14</sup>.

Secondo questo approccio, dunque, in alcuni casi la specificità femminile costituisce un valore autonomo, meritevole di protezione a mezzo di misure appropriate. In tal senso, la necessità di tutelare questa forma di diversità è venuta ad impegnare gli Stati sia come *obbligo di fare* (nella specie, di salvaguardare, che deve essere soddisfatto attraverso la predisposizione di un diritto positivo tale da valorizzare la diversità femminile e, quindi, gli interessi generali con essa perseguiti), sia come *obbligo di non fare* (nella specie, di non discrimi-

---

<sup>9</sup> Emblematica, in tal senso, è la sentenza della Corte di giustizia del 30 giugno 1998, causa C-394/96, *M. Brown c. Rentokil Ltd. (Brown)*, *Raccolta*, p. I-4185, spec. punto 23 s., e la giurisprudenza ivi richiamata.

<sup>10</sup> *Ibidem*, punto 22, con richiamo alla sentenza della Corte di giustizia del 14 luglio 1994, causa C-32/93, *C. L. Webb c. Emo Air Cargo Ltd.*, *Raccolta*, p. I-3567, punto 25.

<sup>11</sup> Le citazioni riportate si riferiscono alla sentenza *Brown*, cit., punto 23 s., con rinvio alla sentenza della Corte di giustizia dell'8 novembre 1990, causa C-179/88, *Handels-og Kontorfunktionærnes Forbund (Hertz)*, *Raccolta*, p. I-3979, punto 15, corsivo aggiunto.

<sup>12</sup> *Ibidem*, punto 22, corsivo aggiunto.

<sup>13</sup> *Ibidem*, punto 24.

<sup>14</sup> *Ibidem*, corsivo aggiunto.

nare, che si traduce in un divieto di adottare misure differenzianti o discriminatorie che siano dirette ad attribuire alle donne rispetto agli uomini un trattamento giuridico *deteriore o persecutorio* in ragione della loro diversità)<sup>15</sup>. Diversità e non discriminazione, in questo senso, si qualificano come *valori* autonomi protetti dall'ordinamento giuridico alla stregua di interessi fondamentali e, per altro verso, si configurano come *limiti* che caratterizzano il principio di eguaglianza disegnandone l'ambito di applicazione, così come attualmente vige, alla luce della sua formulazione e interpretazione, nella maggior parte degli ordinamenti giuridici. Solo per limitarci al nostro ordinamento statale, ad esempio, l'art. 3, 1° comma della Costituzione sancisce che “[t]utti i cittadini hanno pari dignità sociale e sono eguali davanti alla legge, senza distinzione di sesso, di razza, di lingua, di religione, di opinioni politiche, di condizioni personali e sociali”; una formula, quella ora ricordata, che secondo la nostra Corte costituzionale va intesa nel senso che “il principio di eguaglianza comporta che, se situazioni uguali esigono uguale disciplina, situazioni diverse possono richiedere differenti discipline”<sup>16</sup>. Talché, se da un lato il principio di eguaglianza vieta l'adozione di misure discriminatorie, dall'altro esso ne autorizza l'adozione laddove le fattispecie da regolare appaiano meritevoli di una disciplina *ad hoc*, sulla scorta di elementi obiettivi e univoci<sup>17</sup>. Non solo, dunque, la portata applicativa del prin-

<sup>15</sup> Sulla distinzione fra *obblighi di fare e di non fare* ci sia ancora consentito rinviare a L. MURA, *op. cit.*, p. 55. Sul contenuto del principio di eguaglianza in termini di obblighi di fare e di non fare per lo Stato cfr. A. MOSCARINI, *Principio costituzionale di eguaglianza e diritti fondamentali*, in R. NANIA, P. RIDOLA (a cura di), *I diritti costituzionali*, Torino, 2001, p. 162.

<sup>16</sup> Così Corte costituzionale italiana, sentenza del 7 ottobre 2009, n. 262. Si tratta, tuttavia, di un approccio giurisprudenziale accolto dalla nostra Corte fin dalle sue prime pronunce nella materia: solo a titolo di esempio, v. le sentenze del: 22 gennaio 1957, n. 28; 9 luglio 1958, n. 53; 13 aprile 1972, n. 62; 18 dicembre 1972, n. 217; 7-26 luglio 1988, n. 877; 15 ottobre-2 novembre 1990, n. 513. Più recentemente, la giurisprudenza della Corte costituzionale in tema di eguaglianza ha focalizzato l'attenzione sul “criterio di ragionevolezza” (associandolo a quello di proporzionalità) che deve contraddistinguere l'adozione dei trattamenti differenziali: così la sentenza del 9 maggio 2011, n. 164 (punto 1); e la precedente sentenza del 4 aprile 2011, n. 115 che, con riferimento ad un atto normativo introduttivo di un trattamento differenziale, osserva che “tale disparità di trattamento, se manca un punto di riferimento normativo per valutarne la ragionevolezza, integra la violazione dell'art. 3, 1° comma, Cost. in quanto consente all'autorità amministrativa – nella specie rappresentata dai sindaci – restrizioni diverse e variegate, frutto di valutazioni molteplici, non riconducibili ad una matrice normativa unitaria. Un giudizio sul rispetto del principio generale di eguaglianza non è possibile se le eventuali discipline di comportamenti, uguali o assimilabili, dei cittadini, contenute nelle più disparate ordinanze sindacali, non siano valutabili alla luce di un comune parametro legislativo, che ponga le regole ed alla cui stregua si possa verificare se le diversità di trattamento giuridico siano giustificate dalla eterogeneità delle situazioni locali” (punto 8); sentenza del 14 aprile 2010, n. 138 secondo cui “un trattamento differenziato potrebbe ritenersi ‘ragionevole’, in quanto diretto a realizzare altri e prevalenti valori costituzionali”. Per alcuni esempi di applicazione del criterio di “ragionevolezza” e, più in generale, dei criteri che giustificano la disparità di trattamento nella più risalente giurisprudenza della Corte v. le sentenze del 14 dicembre 1972, n. 197; 22 gennaio 1986, n. 12; 23 gennaio 1986, n. 33.

<sup>17</sup> Sulla circostanza che tutti i trattamenti differenziali, ai fini della loro legittimità, debbano possedere una “dimensione oggettiva e carattere univoco” v. A. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 175. Sui requisiti di “obiettività” e “giustificatezza” delle misure differenzianti v. anche L. PALADIN, *Egua-*

principio di eguaglianza non è affatto illimitata e assoluta; ma, inoltre, le delimitazioni poste al suo ambito di applicazione lasciano spazio all'adozione di un diritto alternativo, derogatorio. Anzi, in questo senso può aggiungersi che l'enunciato del principio di eguaglianza prevede esplicitamente l'ipotesi di una disciplina derogatoria per le fattispecie insuscettibili di rientrare nella sua sfera di applicazione, prevedendo al riguardo i principi e i criteri in base ai quali la stessa assume validità e fondamento.

Quella ora riferita costituisce una ricostruzione dei principi e degli obblighi statali in tema di eguaglianza uomo-donna, che, seppure non unanimemente condivisa dalla dottrina, dimostra di guadagnare sempre maggiori consensi anche in sede di produzione normativa. A ben guardare, infatti, sul piano giuridico dell'Unione analogamente a quello degli Stati membri, la disciplina dello *status* femminile si realizza, in modo articolato e complesso, con il ricorso ad un apparato di principi, portatori a loro volta di altrettanti valori perseguiti dall'ordinamento: il principio di *eguaglianza*, il principio di *diversità* e il principio di *non discriminazione*. Lungi dall'entrare in contraddizione, tali principi coesistono, si completano e si delimitano a vicenda. In tal senso, va innanzitutto considerato che il principio di eguaglianza, così come attualmente sancito nella maggior parte degli ordinamenti vigenti, non vieta, ma al contrario esplicitamente autorizza il legislatore ad adottare norme che consentano ad esso di assumere piena efficacia anche sul piano *di fatto* (oltre che *di diritto*), affinché l'eguaglianza non resti un valore astratto (eguaglianza formale) bensì effettivo, in quanto tale perseguito anche al momento della sua applicazione, avuto riguardo ai casi concreti (eguaglianza sostanziale).

Secondariamente va osservato che l'esistenza del principio generale di eguaglianza non impedisce al legislatore di affiancare ad esso ulteriori principi che, nel sancire altri valori fondamentali per l'ordinamento, finiscono per limitare la sfera della sua disciplina: fra questi il principio di diversità che attraverso l'adozione di *misure differenzianti* (vale a dire, *discriminatorie*) appare preordinato a regolare situazioni che non potendo, per ragioni obiettive ed evidenti, essere adeguatamente regolate dal diritto comune (quello ispirato all'*eguaglianza*), appaiono meritevoli di una copertura giuridica *ad hoc*; di tutta evidenza, il *trattamento giuridico differenziato* nei termini ora enunciati si giustifica, a titolo di deroga, nei confronti di situazioni che la disciplina vigente, di tipo paritario, non è competente a regolare.

Infine, si consideri che anche quest'ultimo principio, diretto a proteggere situazioni di diversità meritevoli di apposita disciplina, trova un proprio limite nel principio di non discriminazione il quale, lungi dal vietare qualsiasi forma di diritto discriminatorio, ne impedisce l'adozione limitatamente a quelle misure ingiustificate ed eccessive che, in quanto tali, si traducono in forme di privilegio o, al contrario, di persecuzione nei confronti di determinate categorie di persone<sup>18</sup>.

---

*glianza (dir. cost.)*, in *EdD*, XIV, 1965, pp. 527-530; G. TESAURO, *Eguaglianza e legalità nel diritto comunitario*, in *DUE*, 1999, p. 5.

<sup>18</sup> Sulla circostanza che il principio di eguaglianza, nella sua funzione antidiscriminatoria, debba intendersi come divieto di discriminazioni soggettive o personali (*ratione subiecti*), ma non

Va qui considerato che gli orientamenti e gli sviluppi realizzatisi, come si è visto anche sul piano dell'Unione in base ai tre principi sopra enunciati, in ordine alla determinazione dei contenuti da dare alla tutela del genere femminile, si manifestano inevitabilmente – anche se ciò non sempre viene adeguatamente considerato – sulle scelte relative alle tecniche di produzione normativa utilizzate per la definizione di una siffatta tutela. Così, da un lato, si è potuto assistere all'adozione di *misure di esecuzione* (o *attuazione*) che, pur collocandosi nella sfera di competenza del principio di base vigente nella materia – il principio di eguaglianza – sono apparse idonee ad adeguarne la disciplina alla fattispecie concreta; dall'altro, si è proceduto all'adozione di *norme di deroga* di un siffatto principio generale, allo scopo di intervenire nel suo campo di applicazione e di ridurne la portata con l'introduzione di una disciplina *ad hoc* destinata a fattispecie che questo principio, nella specie, non era adatto a regolare<sup>19</sup>. La dinamica, ora vista, degli *effetti* che si producono sul principio generale dell'eguaglianza in seguito, da un lato, all'adozione di una norma di esecuzione e, dall'altro, all'adozione di una norma di deroga, si riflette inevitabilmente sul piano dei *rapporti* fra norme appartenenti ad un medesimo sistema delle fonti<sup>20</sup>. A ben guardare, anche sotto questo profilo, si rendono evidenti le particolarità che contraddistinguono ciascuna delle tecniche normative ora viste: se, infatti, quello intercorrente fra la norma paritaria e quella di esecuzione si identifica nel rapporto di subordinazione gerarchica, tipico fra norma di rango superiore (o primario o originario) e norma di rango inferiore (o secondario o derivato in quanto è dalla prima che essa deriva il suo fondamento e la sua legittimità), con la conseguenza che ogni causa concernente la validità della prima si ripercuoterà, inevitabilmente, sulla seconda (ciò che viene ancora oggi espresso col brocardo latino *lex superior derogat inferiori*<sup>21</sup>); diversamente, quello intercorrente fra norma paritaria e norma di deroga riproduce il rapporto di pari ordinazione<sup>22</sup>, tipico fra norma generale e norma speciale (espresso dal brocardo latino *lex specialis derogat generali*), con la conseguenza che quest'ultima viene ad

---

anche come divieto di discriminazioni oggettive (*ratione materiae*) v. A. MOSCARINI, *op. cit.*, pp. 162-164, 174-175.

<sup>19</sup> La distinzione fra norme di esecuzione e norme di deroga, con riguardo al tema della tutela dei diritti femminili, è stata da noi approfondita nel nostro *La più recente evoluzione: la Repubblica, dalla "questione femminile" alle "pari opportunità"*, in R. H. RAINERO (a cura di), *La donna italiana da Salò alla prima Repubblica*, Milano, 2010, pp. 63-72; e, con un inquadramento più generale, nel nostro *Gli accordi delle Regioni con i soggetti esteri e il diritto internazionale*, Torino, 2007, p. 471 ss., spec. pp. 477-487 e pp. 510-528.

<sup>20</sup> In particolare, sul concetto di deroga quale effetto giuridico ovvero relazione fra norme di un medesimo sistema giuridico v. G. U. RESCIGNO, *Deroga (in materia legislativa)*, in *EdD*, XII, 1964, p. 303 ss.; ID., *Corso di diritto pubblico*, Bologna, 2006, pp. 176-178.

<sup>21</sup> Sul significato odierno di questo dogma latino v. G. U. RESCIGNO, *Corso*, cit., p. 178, secondo cui esso indica che "la legge superiore *abroga* la legge inferiore" (corsivo aggiunto).

<sup>22</sup> Cfr. sul punto S. BARTOLE, *L'elaborazione del parametro e del protocollo delle argomentazioni*, in L. CARLASSARE (a cura di), *Corte Costituzionale e principio di eguaglianza*, *Atti del Convegno in ricordo di L. Paladin*, Padova, 2002, pp. 52-53.

acquistare una propria autonomia, che ne determina la separazione delle relative *vicende giuridiche nel tempo* da quelle della prima (e, quindi, anche in caso di modifica o abrogazione di quest'ultima)<sup>23</sup>. E con riguardo a quest'ultimo assunto è bene sottolineare che il rapporto normativo, che la deroga sottintende, intercorre fra fonti aventi il medesimo rango: pertanto, qualsiasi deroga al principio di eguaglianza costituzionalmente riconosciuto deve, necessariamente, intendersi quale espressione (e, quindi, forma di attuazione) di un altro principio, di pari grado e con esso concorrente.

Alla luce delle osservazioni fin qui svolte, è possibile osservare, a titolo di prima e sommaria conclusione, che da un lato, l'adozione di misure normative differenzianti di tipo derogatorio – che deviano dal regime generale ispirato al principio di eguaglianza – appare non solo compatibile ma, altresì, consentita dal diritto vigente e, in particolare, dal principio di eguaglianza da questo riconosciuto; e che, dall'altro, tali misure, in quanto deviano dal principio di eguaglianza, si discostano dalla sua logica e, dunque, dal suo campo di applicazione per aderire a quella di un altro principio, quello di diversità<sup>24</sup>. Una conclusione, quella qui ora abbozzata che seppure, come vedremo, non appaia affatto ignorata in dottrina, risulta tuttavia ancora minoritaria anche a causa della scarsa attenzione riservata alla stessa distinzione fra norme di esecuzione e norme di deroga<sup>25</sup> che, invece, appare cruciale e strumentale al riguardo.

2. Ciò posto occorre vedere perché e in che misura, con la sentenza *Test-Achats*, la Corte si allontani – almeno apparentemente – dal solco della sua precedente giurisprudenza caratterizzata dai risultati sopra lumeggiati.

Occorre in tal senso riprendere brevemente i passaggi più salienti e decisivi della sentenza di cui si tratta, per poi metterne in evidenza criticità e incongruenze. In quest'ambito, verrà fatto riferimento anche alle conclusioni dell'Avvocato generale Juliane Kokott presentate il 30 settembre 2010 (con riferimento alla causa qui presa in esame)<sup>26</sup>, alle quali la Corte dimostra di avere ampiamente attinto nella formulazione della propria decisione.

---

<sup>23</sup> Cfr. sul punto G. SILVESTRI, *Temistocle Martines. Diritto costituzionale*, Milano, 2005, XI ed., p. 99. Per converso, “ove la norma derogante venga meno (e sempre che non venga sostituita da altra norma derogatoria), la norma derogata riacquista, per così dire, ciò che aveva perduto, e cioè disciplina attualmente tutto ciò che virtualmente poteva disciplinare”: così G. U. RESCIGNO, *Deroga*, cit., p. 304.

<sup>24</sup> Sulle diverse “concretizzazioni” che i detti principi generali vengono ad assumere nella prassi, a seconda delle fattispecie da regolare “previste dalla Costituzione”, v. A. MOSCARINI, *op. cit.*, p. 159. Sulla ricostruzione, in ambito internazionale (e specificamente comunitario), di “regole concrete” applicative di principi generali di diritto v. G. GAJA, *Principi del diritto (dir. internaz.)*, in *EdD*, XXXV, 1986, pp. 542-544.

<sup>25</sup> Cenni alla distinzione fra attività di esecuzione e di deroga, con generale riferimento alla nostra Costituzione, figurano in P. CARETTI, *L'attuazione legislativa della Costituzione*, in F. MODUGNO (a cura di), *Attuazione e integrazione della Costituzione*, Napoli, 2008, pp. 40-42, 52-53. Per un esempio della complessità e latitudine del concetto di “esecuzione” sul piano normativo cfr. G. U. RESCIGNO, *Corso*, cit., p. 178 con rinvio *ivi*, al cap. 7, p. 266 ss.

<sup>26</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Kokott, causa C-236/09, *Test-Achats*, cit.

La Corte si pronuncia sulla validità, rispetto al diritto primario dell'Unione, della direttiva 2004/113/CE<sup>27</sup> “adottata sulla base dell’art. 13, n. 1, CE” (attuale art. 19, par. 1, TFUE). In particolare, essa è chiamata a decidere, in via pregiudiziale, se l’art. 5, par. 2 della detta direttiva (contenente una deroga messa in atto, nel caso di specie, dallo Stato belga con la legge di adeguamento alla stessa) sia compatibile “con il principio di parità e non discriminazione” garantito dal Trattato UE.

Afferma in proposito la Corte che “gli artt. 21 e 23 della Carta [dei diritti fondamentali] proclamano, da un lato, che è vietata qualsiasi forma di *discriminazione* fondata sul sesso e, dall’altro che la *parità* tra le donne e uomini deve essere assicurata *in tutti i campi*”<sup>28</sup>. Osserva altresì la Corte che “il diritto alla parità di trattamento tra donne e uomini costituisce l’oggetto di disposizioni contenute nel Trattato FUE”<sup>29</sup>. La Corte pare alludere al fatto che, pur essendo uno dei “diritti fondamentali”, nell’Unione l’attuazione del principio di eguaglianza poggia su basi normative differenti che possono portare all’adozione di regimi giuridici anche diversi, a seconda del settore di competenza interessato. “Da un lato” dice, infatti, la Corte l’“art. 157, n. 1, TFUE (...) deve assicurare l’applicazione del *principio della parità di retribuzione* tra i lavoratori di sesso maschile e femminile”, “dall’altro lato, l’art. 19, n. 1, TFUE prevede che il Consiglio (...) possa prendere i *provvedimenti opportuni* per combattere *tutte le discriminazioni fondate sul sesso*, sulla razza o sull’origine etnica, sulla religione (...)”<sup>30</sup>. L’art. 157 e l’art. 19 rappresenterebbero, pertanto, due diverse forme di attuazione, settoriale, del medesimo principio di eguaglianza; l’art. 19, in particolare, “conformandosi (...) all’art. 3, n. 3, secondo comma, TUE (...) e all’art. 8 TFUE” consentirebbe un’applicazione del principio di eguaglianza ad ampio spettro (considerato l’elevato numero dei settori coinvolti) e in senso antidiscriminatorio, quale strumento finalizzato ad eliminare le ineguaglianze fondate, fra l’altro, sul sesso<sup>31</sup>. L’“opportunità” che nella formulazione dell’art. 19 TFUE appare connotare la competenza del Consiglio nell’adozione di misure ispirate all’uguaglianza lascia intendere, secondo la Corte, l’esistenza di una certa discrezionalità dello stesso nella scelta dei tempi e dei contenuti da imprimere alle suddette misure, a seconda delle particolarità del settore di riferimento e del grado di evoluzione della sua normativa. Inoltre, la finalità “non discriminatoria” che ai sensi dello stesso articolo connota il principio di eguaglianza va intesa, secondo la Corte, senza possibilità di ammettere deviazioni dallo stesso, a meno che queste non siano del tutto eccezionali e circoscritte<sup>32</sup>. Secondo la

<sup>27</sup> Direttiva 2004/113/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l’accesso a beni e servizi e la loro fornitura, *GUUE* L 373, 21 dicembre 2004, p. 37 ss.

<sup>28</sup> Sentenza *Test-Achats*, cit., punto 17, corsivo aggiunto.

<sup>29</sup> *Ibidem*, punto 18.

<sup>30</sup> *Ibidem*, punto 18, corsivo aggiunto.

<sup>31</sup> *Ibidem*, punto 19.

<sup>32</sup> *Ibidem*, punto 21.



Corte, infatti, una volta che “il legislatore dell’Unione”, “tenendo conto dell’evoluzione delle condizioni economiche e sociali dell’Unione stessa”, ha deciso di realizzare la parità in un settore devoluto alla propria competenza, un “tale intervento (...) deve volgersi, in modo coerente, alla realizzazione dell’*obiettivo ricercato*” e, cioè, della parità uomo-donna senza discriminazioni, anche se ciò “non esclude la possibilità di prevedere *periodi transitori o deroghe di portata limitata*”<sup>33</sup>.

Anche con riguardo al settore delle assicurazioni, dunque, essendo “pratica diffusa, nella fornitura dei servizi assicurativi, l’utilizzo di fattori attuariali correlati al sesso”, si è deciso, con la direttiva 2004/113/CE di cui è causa, di “mettere in atto il principio della parità tra donne e uomini (...) *in modo graduale con opportuni periodi transitori*”<sup>34</sup>. È in questo senso che “il legislatore dell’Unione” da un lato, “all’art. 5, n. 1, della direttiva 2004/113, ha disposto che le differenze nei premi e nelle prestazioni risultanti dall’utilizzo del *sex come fattore nel calcolo* dei medesimi dovevano essere abolite entro e non oltre la data del 21 dicembre 2007”<sup>35</sup>; e, dall’altro, “*derogando alla regola generale* (...) introdotta dal citato art. 5, n. 1”, nel “successivo paragrafo di questo stesso articolo ha concesso agli Stati membri che (...) non applicavano già la regola suddetta la facoltà di decidere, prima del 21 dicembre 2007, di autorizzare *differenze* proporzionali nei premi e nelle prestazioni individuali *qualora il fattore sesso sia determinante* nella valutazione dei rischi, sulla base di pertinenti dati attuariali e statistici”<sup>36</sup>. Facoltà quella ora citata, che, ai sensi dell’art. 5, par. 2 della direttiva di cui si tratta, avrebbe dovuto essere “riesaminata cinque anni dopo il 21 dicembre 2007, tenendo conto di una relazione della Commissione” ma che, tuttavia, risultava priva di indicazioni circa la “durata di applicazione di tali differenze”, talché “gli Stati membri che hanno fatto uso della facoltà suddetta sono autorizzati” a consentire l’applicazione di un siffatto “trattamento ineguale senza limiti di tempo”<sup>37</sup>.

La Corte, a questo punto, dissente apertamente dalle posizioni del Consiglio, il quale pone in dubbio “che *le rispettive situazioni degli assicurati di sesso femminile e di sesso maschile*, nell’ambito di alcuni settori delle assicurazioni private, possano essere considerate *paragonabili*” sostenendo che “sulla base delle statistiche, i livelli di rischio assicurato possono essere *differenti* per le donne e per gli uomini” e che, in questo senso, “l’opzione offerta all’art. 5, n. 2 della direttiva 2004/113 mira unicamente a consentire che *situazioni differenti non vengano trattate in modo uguale*”<sup>38</sup>.

La Corte afferma, infatti, che la “paragonabilità delle situazioni” – ovvero la “distinzione” fra le stesse – va stabilita “alla luce dell’oggetto e dello scopo

---

<sup>33</sup> *Ibidem*, punto 20 s., corsivo aggiunto.

<sup>34</sup> *Ibidem*, punto 22 s., corsivo aggiunto.

<sup>35</sup> *Ibidem*, punto 24.

<sup>36</sup> *Ibidem*, punto 25, corsivo aggiunto.

<sup>37</sup> *Ibidem*, punto 26.

<sup>38</sup> *Ibidem*, punto 27, corsivo aggiunto.

dell'atto dell'Unione interessato" e che, nel caso di specie, "tale distinzione viene introdotta dall'art. 5, n. 2 della direttiva 2004/113"<sup>39</sup>. È "pacifico" al riguardo, secondo la Corte, che "lo scopo perseguito da tale direttiva nel settore dei servizi assicurativi" sia quello dell'"applicazione della regola dei premi e delle prestazioni unisex" (anziché quello della regola diretta a differenziare le donne dagli uomini), riguardo alla quale la "facoltà" concessa agli Stati membri costituisce una mera "deroga", di carattere provvisorio<sup>40</sup>. Ciò posto, secondo la Corte, la direttiva "si fonda sulla *premessa* secondo cui (...) la situazione delle donne e quella degli uomini in rapporto ai premi e alle prestazioni assicurative da essi stipulati sono *paragonabili*"<sup>41</sup>, ossia uguali, inderogabilmente. Questa è la ragione (non ulteriormente argomentata) in virtù della quale, secondo la Corte, "la deroga alla parità di trattamento tra donne e uomini prevista dall'art. 5, n. 2" è "*contraria* alla realizzazione dell'obiettivo della parità di trattamento (...) perseguito dalla direttiva" ed è altresì "*incompatibile* con gli artt. 21 e 23 della Carta"<sup>42</sup>. Essa, pertanto, non può essere praticata "a tempo indefinito" ma, al contrario, "deve essere considerata invalida alla scadenza di un adeguato periodo transitorio"<sup>43</sup>. È, dunque, "alla luce dell'insieme delle considerazioni sopra esposte" che la Corte dichiara che "l'art. 5, n. 2, della direttiva del Consiglio 13 dicembre 2004, 2004/113/CE, che *attu*a il principio della parità di trattamento tra uomini e donne (...) è invalido con effetto alla data del 21 dicembre 2012"<sup>44</sup>.

3. Il ragionamento della Corte appare giuridicamente poco convincente (tanto sotto un profilo teorico, che pratico) e, per certi versi, contraddittorio. E ciò non soltanto perché esso non tiene nel debito conto la complessità del dibattito scientifico e dottrinale e i più recenti sviluppi realizzati sui temi dell'uguaglianza e della diversità di genere; ma, inoltre, perché esso non appare del tutto conforme al dato giuridico (normativo e anche giurisprudenziale) vigente nella materia anche, e soprattutto, sul piano dell'Unione europea.

In via preliminare va osservato, che il ragionamento della Corte si espone a più di una critica nella ricostruzione del principio di eguaglianza, posto che essa giunge per un verso a sottovalutarne e, per altro verso, a sopravvalutarne le potenzialità applicative. Soprattutto, essa dimostra di travisare, sul piano teorico, i rapporti che tale principio stabilisce con i principi di pari rango e con esso concorrenti nell'ordinamento, quale il *principio della diversità di genere* che, invece, la prassi dell'Unione – sia a livello normativo (a partire dalla direttiva di cui è causa), ma anche della stessa precedente giurisprudenza della Corte (come osservato nel paragrafo di apertura al presente lavoro) – dimostra pienamente di

<sup>39</sup> *Ibidem*, punto 29.

<sup>40</sup> *Ibidem*, punto 20.

<sup>41</sup> *Ibidem*, punto 30, corsivo aggiunto.

<sup>42</sup> *Ibidem*, punto 31 s., corsivo aggiunto.

<sup>43</sup> *Ibidem*, punti 31 e 33.

<sup>44</sup> *Ibidem*, punto 34, corsivo aggiunto.

conoscere. Tutto ciò, peraltro, alimentando contraddizioni e forzature, specie in relazione ad alcuni istituti giuridici fra i quali, sicuramente, quello relativo alla *deroga*<sup>45</sup>. Non può passare inosservato, sotto quest'ultimo profilo, che la Corte giunge a considerare la facoltà concessa agli Stati *ex art. 5, par. 2*, neppure come una deviazione, bensì come una vera e propria violazione dell'eguaglianza, in quanto tale destinata quanto prima ad essere rimossa<sup>46</sup>: posto che tale deroga figura nell'ambito di una normativa finalizzata a realizzare la parità uomo-donna nel settore assicurativo essa, secondo la Corte, avrebbe dovuto favorire la progressiva *attuazione* di quest'ultima, esaurendo questa sua funzione entro un termine prestabilito.

In realtà, occorre osservare che non tutte le norme che intervengono nel campo di applicazione di una norma ad esse precedente (nel caso di specie, quella relativa all'eguaglianza) debbono, per ciò stesso, considerarsi attuazione (e, quindi, derivazione) di quest'ultima<sup>47</sup>. Peraltro, va detto che non ci sono regole o materie destinate, *a priori*, ad essere attuate e altre ad essere derogate: una tale evenienza, invero, va valutata caso per caso, venendo a dipendere esclusivamente da fattori contingenti, dovuti alla volontà del legislatore o alla particolarità delle situazioni da regolare<sup>48</sup>.

---

<sup>45</sup> Sul concetto di deroga v. *supra*, par. 1, con rinvio a G. U. RESCIGNO, *Deroga*, cit., p. 303 ss. e bibliografia ivi citata.

<sup>46</sup> Per un approfondimento di quella linea di pensiero secondo cui le misure a favore delle donne si configurano come deviazione del principio di eguaglianza e, tuttavia, a questo "conformi" ove presenti determinati requisiti (carattere eccezionale, temporaneo e non arbitrario), v. M. V. BALLESTRERO, *I diritti delle donne (note in margine a un dibattito sui diritti umani e Comunità Europea)*, in *Pol. dir.*, 1990, n. 1, p. 128; M. AINIS, *L'eccezione e la sua regola*, in *Giur. cost.*, 1993, p. 892 ss.; ID., *Cinque regole per le azioni positive*, in *Q. cost.*, 1999, p. 592 ss. Merita in questa sede di essere osservato che – fatto salvo quell'orientamento (v. *infra*, nota 52) che ne stabilisce il fondamento in un autonomo principio costituzionale – la dottrina si divide fra coloro che riconducono i trattamenti differenziali al concetto di "eguaglianza formale" e coloro che riconducono gli stessi al concetto di "eguaglianza sostanziale": a mero titolo indicativo, si v. fra i primi C. FAVILLI, *Uguaglianza e non discriminazione nella Carta dei diritti dell'Unione Europea*, in U. DE SIERVO (a cura di), *La difficile Costituzione europea*, Bologna, 2001, p. 226, nota 2; fra i secondi M. CAIELLI, *Le azioni positive nel costituzionalismo contemporaneo*, Napoli, 2008, spec. pp. 17-21. Rileva la detta contraddizione E. PALICI DI SUNI PRAT, *Parità di genere*, in *Dig. disc. pubbl.*, *Aggiornamento*, 2005, p. 13 ss. Più in generale, sulla controversa applicazione dei principi di eguaglianza formale e sostanziale ai rapporti uomo-donna v. L. GIANFORMAGGIO, *Eguaglianza formale e sostanziale: il grande equivoco*, in *Foro it.*, I, 1996, c. 1961 ss.; E. ROSSI, *Tra eguaglianza formale ed eguaglianza sostanziale: la sentenza n. 422/95 nella giurisprudenza della Corte Costituzionale*, in S. SCARPONI (a cura di), *Le pari opportunità nella rappresentanza politica e nell'accesso al lavoro. I sistemi di "quote" al vaglio di legittimità*, Trento, 1997, p. 115 ss.

<sup>47</sup> Sul punto si v. quanto si è già detto *supra*, par. 1. Per ulteriori approfondimenti, sia consentito rinviare al nostro *Gli accordi delle Regioni*, cit., p. 511 ss. Cfr. sugli stessi CARETTI, *op. cit.*, p. 40 ss.

<sup>48</sup> Su questi aspetti v. G. U. RESCIGNO, *Deroga*, cit., p. 304, che, fra l'altro, osserva: "la deroga può essere a termine (...) ma può essere ed anzi per lo più è potenzialmente perpetua". In senso contrario, v. le conclusioni *Test-Achats*, cit., spec. punto 37, secondo cui "al legislatore dell'Unione non è assolutamente consentito permettere a proprio piacimento deroghe al principio di parità di trattamento e svuotare così di significato il divieto di discriminazioni".

Va, innanzitutto, negato che le diverse formulazioni e le diverse fasi che hanno contraddistinto l'enunciazione del principio di eguaglianza nel diritto primario dell'Unione abbiano finito per incidere sul suo contenuto e sulle modalità relative alla sua applicazione nei diversi settori rientranti nelle competenze dell'Unione. È vero che l'intensificarsi della cooperazione fra gli Stati membri ha portato ad una graduale espansione di questo principio anche con riguardo a settori che non erano originariamente previsti e che ciò si è realizzato nei termini di un "adeguamento" al detto principio dei settori via via interessati. Inoltre, è vero pure che il divieto di discriminazione imposto ai sensi dell'art. 19 TFUE (e del precedente art. 13 TCE che ha legittimato l'adozione della direttiva di cui si tratta) costituisce un limite invalicabile all'azione del Consiglio che, in vista del conseguimento dell'obiettivo dell'eguaglianza, incontra anche il divieto di discriminare le donne rispetto agli uomini.

Ciò che si intende qui rigettare, invece, è un'interpretazione restrittiva dei principi di uguaglianza e di non discriminazione che non trova fondamento in alcuna espressione del diritto dell'Unione, primario o secondario che sia<sup>49</sup>; inoltre, che il principio di eguaglianza, così come riconosciuto dal diritto dell'Unione, in combinazione col principio di non discriminazione, sia assoluto e perciò "contrario" a qualsiasi forma di discriminazione fra uomini e donne e che questa, ove adottata, rappresenti una *deroga* incompatibile con l'obiettivo della parità che può essere ammessa solo se soggetta ad un limite di validità temporale, in quanto strumentale ad un progressivo adattamento degli Stati membri alla regola dell'eguaglianza<sup>50</sup>.

Sotto il primo dei profili richiamati, occorre qui ricordare che la realtà giuridica che l'Unione europea incarna (che, peraltro, la stessa Corte non esita a

<sup>49</sup> Cfr. in merito, conclusioni *Test-Achats*, cit., punto 29, nelle quali l'Avvocato generale Kokott ritiene non vi sia soluzione di continuità fra principio di eguaglianza e principio di non discriminazione ("dal momento che, ai fini del presente procedimento, non sussiste alcuna differenza sostanziale tra le nozioni di 'principio di parità di trattamento', di 'principio di non discriminazione' e di 'divieto di discriminazioni', le utilizzerò come sinonimi"). Così anche S. BORELLI, *Commento alla sentenza Bartsch. Efficacia e ambito di applicazione dei principi di non discriminazione*, in *Osservatorio sul rispetto dei diritti fondamentali in Europa*, 2009, p. 2 (www.europeanrights.eu, reperibile *on line*) secondo cui "i principi di non discriminazione" costituiscono nel diritto comunitario "una specificazione del principio di uguaglianza". Di diverso avviso C. FAVILLI, *op. cit.*, p. 226, nota 2: "la presenza dei due concetti in molti ordinamenti costituzionali è tale da dimostrarne non tanto la coincidenza quanto la complementarità".

<sup>50</sup> Sulla originaria funzione riequilibratrice (seppure non illimitata), anche in senso antidiscriminatorio, del principio di eguaglianza da realizzarsi nel campo uomo-donna attraverso l'elevazione dello statuto dei diritti femminili ad un livello di parità con quello degli uomini v. M. G. MANFREDINI, *La posizione giuridica della donna*, Padova, 1979, pp. 7, 27. Sulla funzione antidiscriminatoria del principio di uguaglianza anche sul piano dell'Unione europea v. G. MORE, *op. cit.*, p. 518, che, fra l'altro, riferisce dell'esistenza di un "general principle of non discrimination" nell'ambito dell'Unione; F. GHERA, *op. cit.*, p. 138 ss., e ivi la bibliografia riportata in nota 85; G. TESAURO, *op. cit.*, p. 5, secondo cui tale funzione "emerge indirettamente, ma in modo evidente, dalla giurisprudenza che, ormai da anni, applica tale principio anche in fattispecie rispetto alle quali non è espressamente previsto alcun divieto di discriminazione".

definire nei termini di “ordinamento giuridico”<sup>51</sup>) costituisce un tessuto normativo continuo e unitario che, sia pure limitatamente ai settori attribuiti alla sua competenza, assume il carattere di un vero e proprio “sistema normativo”, connotato da un insieme di valori costitutivi e votato al perseguimento di interessi comuni. Non vi è dubbio quindi che, pur tenuto conto del suo carattere “relativo” (dovuto ai limiti della sua competenza, conformemente a quanto stabilito dagli Stati membri in sede di redazione dei Trattati istitutivi), l'Unione si fonda su principi fondamentali e persegue finalità a carattere generale. Fra tali principi e finalità figura sicuramente anche la parità tra uomini e donne, così come attualmente enunciata agli articoli 2 e 3 TUE e 8 TFUE. Questi ultimi, a ben guardare, costituiscono le norme di base nella materia alle quali devono conformarsi tutte quelle successive, destinate a dare applicazione all'obiettivo dell'eguaglianza in tutti i settori che, gradualmente, con l'intensificarsi dei rapporti di collaborazione fra gli Stati membri in vista della loro integrazione, sono stati da questi devoluti alla competenza dell'Unione. Da qui deriva quel carattere di “progressivo” adeguamento di tutto il diritto dell'Unione al principio di uguaglianza, cui accenna la Corte nella sentenza in esame.

Per altro verso, si è detto che l'Unione sia orientata al perseguimento dell'obiettivo fondamentale della parità uomo-donna in tutti i settori che col tempo sono stati attratti nella sua sfera di competenza; ciò, tuttavia, purché le situazioni che ricadono nell'ambito di ciascuno di questi settori siano effettivamente assoggettabili ad un tale principio. Talché, la disciplina, che ai sensi di norme come l'art. 19 TFUE o l'art. 157 TFUE, citati dalla Corte, alle istituzioni UE è consentito adottare, deve, necessariamente, costituire la piena e diretta *applicazione* del principio di eguaglianza stabilito sul piano generale. Ciò, a ben guardare, salvo che non sia dimostrato che le situazioni da regolare – in quanto non paragonabili alle classi di fattispecie giuridicamente sottoposte alla sua disciplina – non siano soggette al principio di eguaglianza, bensì ad un principio antagonista e di pari grado, destinato a derogarne la portata: il principio di diversità<sup>52</sup>.

---

<sup>51</sup> V., nel senso indicato, le conclusioni *Test-Achats*, cit., punto 26, secondo cui “l'Unione europea è un'Unione di diritto” che poggia su una “carta costituzionale (...) quale risultante dai Trattati” in conformità alla quale debbono essere adottati gli atti delle “sue istituzioni” e dei “suoi Stati membri”.

<sup>52</sup> La *deroga* figura fra le “distinte formazioni” che, con le “qualifiche di generale e di speciale”, confluiscono “nell'ambito della medesima categoria di rapporti” – con la particolarità “che giuridicamente le une si dimostrino più comprensive delle altre, ponendosi in tal senso nel rapporto del genere alla specie” – nelle parole di L. PALADIN, *op. cit.*, p. 528. Questo autore in tal senso critica la tendenza a voler classificare la “norma speciale” come “deviazione dai principi” allorché, invece, essa andrebbe considerata “come conforme ai principi medesimi”. Questa opinione fa comunque salve le ipotesi di limitazione del principio di eguaglianza “in virtù di esplicite eccezioni costituzionali” (*ivi*, p. 529; anche pp. 527, 533-534; cfr. sul punto anche S. BARTOLE, *op. cit.*, pp. 45-48). In realtà, un siffatto approccio finisce per annullare, contro la realtà del sistema delle fonti vigente negli attuali ordinamenti giuridici, la differenza fondamentale (citata *supra*, nel testo al par. 1) fra norme di *esecuzione* e norme di *deroga*. Esso, semmai, contribuisce a sollevare un ben più importante problema che è quello della determinazione degli organi *competenti* ad adottare norme derogatorie di principi fondamentali, e se questi coincidano con gli organi competenti ad



Venendo così al secondo dei profili accennati, occorre osservare che il limite di “non discriminazione”, che appare connotare l’azione dell’Unione in vista

adottare norme di esecuzione. Al riguardo occorre osservare che, proprio perché la deroga – a differenza della norma di esecuzione – comporta la deviazione da un principio fondamentale che negli ordinamenti statali è stabilito a livello costituzionale, essa – e quindi il principio giuridico di cui è, a sua volta, espressione – non potrà che essere adottata dal Costituente (ossia da quella istituzione dello Stato che ha espresso il principio da derogare). Diversamente, la norma di esecuzione – poiché non costituisce deviazione da un principio fondamentale di rango costituzionale, bensì ne rappresenta l’espressione e, meglio, la sua applicazione ad una determinata categoria di fattispecie rientranti nell’ambito della norma generale – ben si presta ad essere adottata anche dal legislatore ordinario (attraverso apposito riconoscimento, quale la delega legislativa). Gli aspetti testé citati (fra i quali anche quello della delega ad adottare norme di esecuzione) sono stati da noi ulteriormente approfonditi in *Gli accordi delle Regioni*, cit., p. 288 ss. e p. 477 ss. Ritiene che ai fini della esistenza di un “principio giuridico fondamentale” non sia necessaria l’esistenza di “un fondamento testuale”, ben potendo assumersi l’esistenza di “principi generali dell’ordinamento inespressi”, S. BARTOLE, *op. cit.*, p. 36. Circa il fatto che il principio di uguaglianza sancito all’art. 3 della nostra Costituzione non imponga un’“assoluta parità di trattamento, sia perché possono esistere circostanze obiettive che la impediscono, sia perché la stessa Costituzione ha apportato delle deroghe al principio, ritenendo che esso dovesse cedere di fronte ad un altro valore riconosciuto prevalente” e che fra queste deroghe possono annoverarsi gli articoli 29, 68 e 122 Cost., v. T. MARTINES, *Diritto costituzionale*, Milano, 1984, p. 619 (e, specularmente, G. SILVESTRI, *op. cit.*, p. 524). Sostiene, più esplicitamente, l’esistenza nell’ordinamento italiano di un principio di diversità a tutela delle minoranze E. PALICI DI SUNI PRAT, *La tutela delle minoranze tra Stato e Regioni in Italia*, in S. BARTOLE, N. OLIVETTI RASON, L. PECORARO (a cura di), *La tutela giuridica delle minoranze*, Padova, 1998, p. 149 ss.: “a quanto sembra, però, ciò che l’art. 6 della Costituzione mira a garantire non è l’uguaglianza, bensì la differenziazione, poiché si prevede che agli appartenenti alle minoranze siano riconosciuti trattamenti particolari, a tutela delle loro specificità” (p. 151). Sulla stessa linea v. G. LOMBARDI, *Spazio e frontiera tra eguaglianza e privilegio: problemi costituzionali fra storia e diritto*, in *Diritto e Società*, 1985, p. 56, che con riguardo alla libertà religiosa ne riconosce una dimensione collettiva che richiede un “congruo trattamento differenziato” fondato sulla diversità; A. CERRI, *Libertà, eguaglianza, pluralismo nella problematica della garanzia delle minoranze*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 1993, spec. p. 311; I. MEGALI, D. TRABUCCO, *I diritti delle minoranze tra Stato e Regioni*, in *Il Diritto della Regione*, 2007, n. 3, pp. 105-115; D. TRABUCCO, *I diritti delle minoranze tra Stato e Regioni: veritas in medias res est*, *Del Law of Minority al Law of Diversity*, in *Filodiritto*, 2007, spec. par. 4 ([www.filodiritto.com](http://www.filodiritto.com), reperibile *on line*). Ritiene che il principio di specialità, vigente nel nostro ordinamento, non riguardi esclusivamente le autonomie regionali, bensì costituisca “un principio costituzionale generale, in quanto inerente ad un sistema istituzionale paritario” nel senso che esso “non è più principio particolare delle relazioni tra lo Stato e la singola regione speciale” e inoltre che “la specialità non può essere più una condizione che la regione ottiene dallo Stato e che lo Stato può modificare unilateralmente” P. PINNA, *Il ruolo della Regione nella riforma dello Statuto*, in *Diritto@Storia*, 2008, n. 7 ([www.dirittoestoria.it](http://www.dirittoestoria.it), reperibile *on line*); sulla stessa linea G. MOSCHELLA, *Principio di specialità, forma di stato e forma di governo. Qualche riflessione sull’autonomia regionale speciale*, in *Atti del Convegno di Passariano-Codroipo del 12 dicembre 2003. Le autonomie locali nelle specialità regionali*, Udine, 2004, p. 16, ([www.autonomielocali.regione.fvg.it](http://www.autonomielocali.regione.fvg.it), reperibile *on line*) con richiamo a V. ONIDA, *Le costituzioni. Principi fondamentali della Costituzione italiana*, in G. AMATO, A. BARBERA (a cura di), *Manuale di diritto pubblico*, Bologna, 1997, p. 112; A. D’ATENA, *Dove va l’autonomia regionale speciale?*, in *Riv. dir. cost.*, 1999, p. 208. Riferiscono, invece, dell’esistenza di un “principio costituzionale” della diversità, “seppure implicito”, nel diritto dell’Unione europea F. PALERMO, *Diritto comunitario e tutela delle minoranze: alla ricerca di un punto di equilibrio*, in *DPCE*, 2006, pp. 969-974; D. FERRI, *La costituzione culturale dell’U-*



della realizzazione dell'eguaglianza, non significa affatto che quest'ultima regola sia incompatibile con l'adozione di qualsiasi norma discriminatoria e che questa, laddove comunque adottata, sia illegittima e destinata ad essere eliminata in funzione della "progressiva attuazione della regola dell'eguaglianza": un tale modo di ragionare, infatti, come si avrà modo di chiarire in seguito<sup>53</sup>, appare il riflesso della erronea sovrapposizione dei meccanismi istituzionali e decisionali dell'Unione, in vista dell'integrazione fra gli Stati membri, con gli obiettivi materiali in cui si concreta la sua politica. A ben guardare, infatti, la veridicità di un'interpretazione così restrittiva avrebbe dovuto produrre non solo l'eliminazione delle norme discriminatorie esistenti ma, ancora di più, il divieto di adozione di nuove norme della stessa natura. Con la conseguenza che deroghe al principio di eguaglianza, quali quella contenuta nell'art. 5, par. 2, della direttiva 2004/113/CE, non avrebbero potuto considerarsi ammissibili fin dall'origine, a prescindere dalla previsione di un termine di scadenza temporale.

In realtà, la funzione antidiscriminatoria, che, come si è accennato<sup>54</sup>, risulta originariamente acquisita dal principio di eguaglianza a tutela dei diritti fondamentali delle donne, non esclude affatto che, da un lato, possano essere adottate misure dirette a dare ad esso piena e integrale attuazione; e, dall'altro, che possano essere adottate misure discriminatorie che comportino un trattamento speciale per le donne, basato su ragioni obiettive ed accertabili<sup>55</sup>. Sotto quest'ultimo profilo, va detto che non tutte le norme discriminatorie debbono perciò stesso essere finalizzate all'introduzione di trattamenti deteriori che considerano la diversità femminile come un disvalore, cioè uno *svantaggio* di cui le donne sono portatrici rispetto agli uomini<sup>56</sup>; né che, d'altro canto, tutte le norme dirette ad introdurre trattamenti differenzianti debbono, in quanto tali, tradursi in *privilegi* per le donne, privi di un fondamento giuridico e di una giustificazione oggettiva<sup>57</sup>. Vi sono misure discriminatorie che, al contrario, mirano a regolare

---

nione europea, Padova, 2008, spec. pp. 202, 230-231; F. PALERMO, J. WOELK, *Diritto costituzionale comparato dei gruppi e delle minoranze*, Padova, 2008, spec. p. 94. Sulla tendenza della dottrina a trasferire sul piano europeo principi e regole del diritto statale (e viceversa) v. le nostre osservazioni, *infra*, al par. 5.

<sup>53</sup> V. *infra*, par. 6.

<sup>54</sup> *Supra*, nota 18 e nota 49.

<sup>55</sup> Circa il carattere "obiettivo" e "giustificato" che deve contraddistinguere le norme differenzianti legittime rispetto a quelle illegittime rispetto alla normativa comune v. *supra*, nota 17. Sul riferimento, inoltre, nella materia al criterio di "proporzionalità", v. *supra*, note 8 e 16.

<sup>56</sup> Ritiene che attualmente "il termine discriminazione ha perso la sua neutralità semantica, per incorporare in sé un giudizio di disvalore non delle differenze in sé, ma solo di quelle che producono o riproducono diseguaglianze a danno di chi è portatore di una identità collettiva socialmente o culturalmente svantaggiata" (corsivo aggiunto) M. BARBERA, *L'eccezione e la regola, ovvero l'eguaglianza come apologia dello status quo*, in B. BECCALLI (a cura di), *Donne in quota. È giusto riservare posti alle donne nel lavoro e nella politica?*, Milano, 1999, p. 111. Sulla distinzione fra discriminazioni legittime e discriminazioni illegittime alla luce del principio di eguaglianza v. il nostro *La più recente evoluzione*, cit., spec. pp. 61-63.

<sup>57</sup> Circa il fatto che la consacrazione della norma dell'eguaglianza fosse finalizzata all'abolizione del privilegio v. B. CARAVITA, *Oltre l'eguaglianza formale*, Padova, 1984, p. 34, talché "il

fattispecie che, essendo inidonee ad essere inquadrate alla luce della disciplina comune, sono soggette ad un regime speciale<sup>58</sup>.

Su questa linea di pensiero, del resto, si pone – inavvertitamente – la stessa Corte di giustizia, anche con la sentenza in esame. Nel ricordare un dato costante della sua giurisprudenza, essa ha infatti affermato<sup>59</sup> che il principio della parità “impone” che situazioni “paragonabili” (cioè uguali) “non siano trattate in maniera diversa e che situazioni diverse non siano trattate in maniera uguale”<sup>60</sup>, “*a meno che un tale trattamento non sia obiettivamente giustificato*” (corsivo aggiunto) e cioè fondato su elementi oggettivi e non arbitrari. Ciò basterebbe per concludere che il principio dell’eguaglianza vigente nell’Unione ammetta la possibilità di deroghe al suo ambito di applicazione e individui, in tal senso, i requisiti necessari alla loro adozione, ovvero la loro base legittimante. Da un lato, cioè l’adozione di tali deroghe appare non solo teoricamente compatibile, ma espressamente “prevista” dal principio di eguaglianza, al fine di disciplinare alcune categorie di fattispecie meritevoli di una autonoma e specifica tutela. Dall’altro, il trattamento differenziale diretto a disciplinare tali fattispecie deve basarsi su elementi di comprovata *obiettività e necessità*.

Si è avuto modo, tuttavia, di accertare che il fatto che il principio di eguaglianza “preveda” l’adozione di misure volte a disciplinare situazioni non assimilabili alle fattispecie soggette al suo regime non ha l’effetto di attribuire a tali misure una funzione applicativa di questo principio (con la conseguenza di qualificarle come una sua derivazione). In realtà, tali misure hanno l’effetto di derogare la regola dell’eguaglianza, venendo a stabilire con essa quel rapporto tipico che si crea fra una norma precedente e una norma a questa successiva, *in base al quale la prima riduce la portata applicativa della seconda nei limiti stabiliti dal proprio dettato normativo*<sup>61</sup>. È la logica

---

valore storico” dell’uguaglianza risiede “nella distruzione di una struttura sociale, quella basata sul privilegio”.

<sup>58</sup> Per ulteriori approfondimenti sugli aspetti ora esaminati v. il nostro *La più recente evoluzione*, cit., p. 61.

<sup>59</sup> Sentenza *Test-Achats*, cit., punto 28.

<sup>60</sup> In senso analogo anche conclusioni *Test-Achats*, cit., punto 41. Nell’ambito del nutrito filone di sentenze della Corte di giustizia che definiscono il principio di eguaglianza con la formula riportata ora nel testo v., oltre alla sentenza del 16 dicembre 2008, causa C-127/07, *Arcelor Atlantique et Lorraine e al.*, *Raccolta*, p. I-9895, citata nella sentenza in esame, altresì (con riferimento a settori anche diversi da quello relativo al rapporto uomo-donna) le sentenze del 2 ottobre 2003, causa C-148/02, *Garcia Avello c. Stato belga*, *ivi*, p. I-11613, del 23 ottobre 2007, cause riunite C-11 e 12/06, *Morgan c. Bezirksregierung Köln*, *Bucher c. Landrat des Kreises Düren*, *ivi*, p. I-1793, del 4 marzo 2010, causa C-496/08 P, P. A. *Serrano e al. c. Parlamento europeo e Consiglio UE*, *ivi*, p. I-916, punto 101.

<sup>61</sup> Diversamente da quanto ora visto, la Corte interpreta la “deroga” (v. punto 21 della sentenza in esame) unicamente in quanto ricognitiva del principio di eguaglianza (e, quindi, a questo funzionale), anziché dell’intero sistema normativo in cui essa risulta inserita. Un tale approccio si è venuto affermando nella giurisprudenza della Corte di giustizia a partire dal 1997, con la sentenza *Marschall*, cit., nell’ambito della quale essa ha ritenuto ammissibili misure nazionali “derogatorie” della regola paritaria, purché proporzionali, temporanee ed eccezionali; in tal senso, si è am-

dell'eccezione<sup>62</sup>. Lungi, dunque, dal proporsi l'obiettivo di *attuare* il principio di eguaglianza, esse si propongono l'obiettivo di modificarne la portata, limitandone l'applicazione rispetto a quella originariamente prevista. Per altro verso, non soltanto la deroga non ha l'effetto di *violare* il principio di eguaglianza, ma nemmeno l'effetto di *abrogarlo*, posto che esso conserva la sua efficacia seppur per una serie di ipotesi più limitate rispetto alle precedenti<sup>63</sup>, in misura corrispondente all'ambito applicativo della deroga stessa.

4. Non solo, dunque, il principio di eguaglianza “ammette”, per ragioni obiettive e comprovate, misure discriminanti destinate a derogarne la portata ma, inoltre, queste ultime costituiscono espressione e, dunque, applicazione di un altro principio, quello di diversità, da cui derivano la loro legittimazione<sup>64</sup>. Ciò detto, vi sono numerosi esempi di norme nella prassi che rappresentano una deviazione dalla norma generale dell'eguaglianza al fine di disciplinare aspetti della specificità femminile meritevoli di protezione giuridica. Peraltro, la distinzione in precedenza vista<sup>65</sup>, fra misure di attuazione e misure di deroga, risulta essere accolta dallo stesso legislatore comunitario, anche nella direttiva 2004/113/CE di cui si tratta che, come già detto, ha lo scopo di “istituire un quadro per la lotta alla discriminazione fondata sul sesso (...) al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità di trattamento tra uomini e donne” (art. 1). Occorre preliminarmente osservare che il 12° “considerando”,

---

messo che ad un candidato appartenente al sesso sottorappresentato può essere accordata la preferenza rispetto ad un concorrente dell'altro sesso, a condizione che i candidati posseggano meriti equivalenti o quasi equivalenti e che le candidature siano oggetto di un esame obiettivo, con cui si tenga conto della singola situazione personale di tutti i candidati. A ben guardare, nella sentenza *Marschall* la distinzione fra le misure (c.d. positive) dirette ad attuare sul piano sostanziale il principio di uguaglianza (al fine di ridurre le conseguenze derivanti da una sua applicazione troppo formalistica nella prassi) e le misure dirette, viceversa, a derogarne la portata al fine di tutelare situazioni di diversità appare del tutto ignorata. Sulla portata innovativa della sentenza *Marschall* v. M. CAIELLI, *L'ammissibilità delle azioni positive finalizzate alla realizzazione della parità uomo-donna*, in *Giur. it.*, 1999, p. 3 ss.; L. M. DENTICI, *L'eguaglianza fra i sessi nell'Europa di Amsterdam*, in *Dir. lav.*, 2000, I, p. 223 ss. Tale orientamento fu confermato dai casi oggetto della sentenza del 28 marzo 2000, causa C-158/97, *Badeck e a. c. Land Assia*, *Raccolta*, p. I-1875 ss., e della sentenza del 6 luglio 2000, causa C-407/98, *Abrahamsson e Anderson c. Fogelqvist*, *ivi*, p. I-5539, sui quali v. M. CAIELLI, *Un'altra sentenza della Corte di giustizia sulle azioni positive in favore del lavoro femminile*, in *DPCE*, 2000, p. 1589 ss. Sulla mancata distinzione fra norme di deroga e norme di esecuzione si rinvia *supra*, alla nota 25.

<sup>62</sup> Circa le affinità fra deroga ed eccezione v. G. U. RESCIGNO, *Deroga*, cit., p. 305; ID., *Corso*, cit., p. 177. Sulla distinzione, invece, fra misura eccezionale e misura temporanea si v. il noto studio di C. ESPOSITO, *Leggi eccezionali e leggi temporanee*, in *Foro it.*, 1938, III, c. 139 ss.

<sup>63</sup> Cfr. sul punto G. U. RESCIGNO, *Deroga*, cit., p. 305 secondo cui “la sopravvenienza di una norma di specie rispetto a norma di genere preesistente” conduce alla “contemporanea vigenza di ambedue le norme secondo il rapporto *lex generalis lex specialis* che si istituisce fra di esse”.

<sup>64</sup> Ritengono che la legittimità giuridica delle misure a favore delle donne sia cosa diversa dalla loro “opportunità/correttezza” A. PIZZORUSSO, E. ROSSI, *Le azioni positive in materia elettorale*, in B. BECCALLI (cura di), *op. cit.*, pp. 187-188.

<sup>65</sup> *Supra*, par. 1.

dopo aver ricordato che la direttiva 2004/113/CE persegue sia casi di “discriminazione diretta che (...) indiretta”, precisa che “sussiste discriminazione diretta unicamente quando, a causa del suo sesso, una persona è trattata *meno favorevolmente* di un’altra persona in una situazione paragonabile. Pertanto, ad esempio, le differenze tra uomini e donne nella prestazione dei servizi sanitari, risultanti dalle *differenze fisiche* tra gli stessi, *non riguardano situazioni paragonabili* e non costituiscono pertanto una discriminazione” (corsivo aggiunto).

Passando ora alle disposizioni generali della direttiva 2004/113/CE, va detto innanzitutto che l’art. 4, dedicato al “[p]rincipio della parità di trattamento”, distingue fra le forme di discriminazione non ammesse e quelle, viceversa, ammesse ai sensi della direttiva 2004/113/CE. Con riguardo alle discriminazioni non ammesse, esso al par. 1 stabilisce che “è *proibita*” sia “ogni discriminazione diretta” che “ogni discriminazione indiretta fondata sul sesso”; ciò include quelle, fra le discriminazioni dirette, che si sostanziano in “un trattamento *meno favorevole* della donna in ragione della gravidanza e della maternità” (corsivo aggiunto); inoltre, lo stesso art. 4, al par. 3, aggiunge che “le molestie e le molestie sessuali ai sensi della presente direttiva sono considerate come discriminazioni fondate sul sesso e sono pertanto vietate (...)” e che “il rifiuto” o “la sotmissione” da parte della “persona interessata (...) non possono costituire il fondamento per una decisione” legittima in tal senso; e al par. 4 dello stesso articolo che “l’ordine di discriminare persone direttamente o indirettamente a motivo del sesso è considerato una discriminazione ai sensi della presente direttiva”. Con riguardo poi alle discriminazioni ammesse, l’art. 4, par. 2, stabilisce che “la presente direttiva lascia impregiudicate le disposizioni *più favorevoli* sulla protezione della donna in relazione alla gravidanza e alla maternità” (corsivo aggiunto); e il par. 5 dell’art. 4 dispone che “la presente direttiva *non preclude differenze di trattamento* se la fornitura di beni o servizi esclusivamente o principalmente destinati a persone di un solo sesso è *giustificata* da una *finalità legittima* e se i *mezzi* impiegati per il conseguimento di tale finalità sono *appropriati e necessari*” (corsivo aggiunto).

Di tutta evidenza, il criterio adottato dal legislatore comunitario è quello di distinguere le discriminazioni fra non ammesse e ammesse a seconda che considerino la diversità femminile come uno svantaggio, un *handicap*, un impedimento da superare o contrastare (art. 4, par. 1, lett. a, b) o, al contrario, un valore da promuovere e proteggere con misure *ad hoc* (art. 4, paragrafi 2 e 5); inoltre, a seconda che tale diversità femminile sia stabilita sulla base di fattori obiettivi e dimostrabili (v. art. 4, paragrafi 2 e 5) o, al contrario, sulla base di fattori personali e arbitrari (v. art. 4, paragrafi 3 e 4) che si traducono, questi ultimi, in trattamenti ingiustificati (di persecuzione o di privilegio) nei confronti delle donne.

A quelle ora viste, la direttiva 2004/113/CE all’art. 5, sotto il titolo di “Fattori attuariali”, aggiunge ulteriori cause di discriminazione, distinguendo anche in questo caso fra discriminazioni non ammesse e discriminazioni ammesse: fra quelle non ammesse figura quella prevista dall’art. 5, par. 1, secondo cui “gli Stati membri provvedono affinché (...) dopo il 21 dicembre 2007, il fatto di

tenere conto del sesso quale *fattore di calcolo* dei premi e delle prestazioni a fini assicurativi e di altri servizi finanziari *non determini differenze* nei premi e nelle prestazioni” (corsivo aggiunto); inoltre, quella prevista all’art. 5, par. 3, secondo cui “in ogni caso i costi inerenti alla gravidanza e alla maternità non determinano differenze nei premi e nelle prestazioni individuali”. Fra le ulteriori discriminazioni ammesse ai sensi dell’art. 5 figura quella prevista dal suo par. 2 che stabilisce: “fatto salvo il paragrafo 1, gli Stati membri *possono decidere* anteriormente al 21 dicembre 2007”, cioè entro la data di scadenza della direttiva 2004/113/CE, “di consentire *differenze proporzionate* nei premi e nelle prestazioni individuali ove il *fattore sesso sia determinante* nella valutazione dei rischi, in base a pertinenti e accurati dati attuariali e statistici” (corsivo aggiunto) e che, al riguardo, gli stessi Stati “provvedono affinché siano compilati, pubblicati e regolarmente aggiornati dati accurati relativi all’utilizzo del sesso quale fattore attuariale determinante”. Ai fini della considerazione del sesso nel calcolo dei premi e delle prestazioni assicurative, l’art. 5 prevede anche un’altra distinzione: quella fra trattamenti differenziali in cui la rilevanza del “fattore sessuale” appare basata su dati arbitrari (art. 5, par. 1) perciò stesso considerati incompatibili con gli obiettivi della direttiva in oggetto; e trattamenti differenziali in cui la rilevanza del “fattore sesso” appare fondata su elementi obiettivi quali i “dati attuariali e statistici”, in quanto tali da ritenersi “autorizzati” dalla direttiva 2004/113/CE. Si consideri, infine, che l’art. 5 riprende la distinzione fra discriminazioni favorevoli e sfavorevoli per le donne: talché, se la gravidanza e la maternità possono costituire differenze rilevanti per il mantenimento di “disposizioni più favorevoli sulla protezione della donna” ai sensi dell’art. 4, par. 2 esse, viceversa, non possono rilevare in termini di “costi”, così da “determinare differenze”, e cioè svantaggi, “nei premi e nelle prestazioni individuali” (art. 5, par. 3) nei confronti delle donne. Un’interpretazione, quella ora illustrata, che risulta peraltro confortata dal 20° “considerando” della direttiva 2004/113/CE in parola, secondo cui “i costi inerenti ai rischi collegati alla gravidanza e alla maternità *non sono pertanto addossati ai membri di un solo sesso*” (corsivo aggiunto).

Diversamente dai due articoli ora visti, il successivo art. 6 introduce un’altra categoria di norme: le c.d. azioni positive. Recita tale articolo che “allo scopo di assicurare l’*effettiva e completa* parità tra uomini e donne, il principio della parità di trattamento non impedisce ad alcuno Stato membro di mantenere o adottare *misure specifiche* destinate ad evitare o a compensare gli svantaggi legati al sesso” (corsivo aggiunto). Di tutta evidenza, l’art. 6 prevede misure di parità sostanziale<sup>66</sup>, e cioè vere e proprie *misure di attuazione* (o *esecuzione*) del

---

<sup>66</sup> Queste ultime in realtà non costituiscono misure dirette a tutelare situazioni di *diversità*, bensì costituiscono misure dirette ad eliminare gli ostacoli che, *di fatto*, ossia sul piano materiale e concreto, impediscono la piena ed effettiva applicazione del principio di uguaglianza così come formalmente sancito sul piano *giuridico*. Fra l’altro, proprio perché dirette a dare applicazione alla regola dell’uguaglianza in considerazione delle particolarità dei casi concreti (posto che queste non erano tali da assumere rilevanza sul piano giuridico, in sede di formulazione astratta del principio stesso), tali misure c.d. positive (fra cui le famose quote elettorali) si qualificano nei termini



principio di eguaglianza che mirano a eliminare gli ostacoli che si oppongono alla sua piena efficacia in relazione ai casi della prassi e che non potevano essere previsti sul piano della sua formulazione astratta.

5. Nelle pagine precedenti si è potuto accertare che, alla luce della stessa direttiva 2004/113/CE in esame, esistono varie tipologie di “discriminazione” e che esse, sulla base delle loro caratteristiche, possono distinguersi a seconda che siano compatibili o, invece, incompatibili col diritto vigente, nel caso di specie quello dell’Unione. Le osservazioni sopra svolte hanno ulteriormente consentito di distinguere quali, fra quelle nel complesso ipotizzabili, siano le discriminazioni perseguite dalla direttiva 2004/113/CE e, dunque, vietate ai sensi della stessa; e quali, viceversa, siano le discriminazioni che questa reputa legittime a seconda che siano espressione del principio generale comunitario dell’eguaglianza oppure derogatorie dello stesso e, in quanto tali, rispondenti alla logica del principio comunitario di diversità<sup>67</sup>.

Con riguardo a queste ultime, si è ulteriormente avuto modo di osservare che la normativa dell’Unione in materia assicurativa attribuisce un regime assicurativo più vantaggioso alle donne rispetto alla generalità degli assicurati, in quanto le stesse costituiscono una categoria assicurativa soggetta a minori rischi assicurativi, accertabili questi ultimi sulla base di dati oggettivi e non discrezionali. Le ragioni di una siffatta deroga alla disciplina *unisex* vigente nel sistema assicurativo sono, dunque, determinate dall’impossibilità, *obiettiva e certificata*, di ricondurre la situazione assicurativa delle donne al regime generale ispirato alla regola paritaria. La circostanza, da ultimo segnalata, spiega peraltro perché, nella direttiva 2004/113/CE in esame, l’adozione di misure *ad hoc*, volte a regolare specificamente la situazione di diversità che, nel settore dell’assicurazione automobilistica, riguarda le donne, non solo non è disciplinata, ma neppure normativamente prevista; e, in particolare, essa spiega perché un tale regime *ad hoc*, pur non trovando il suo fondamento nella previsione dell’art. 1 relativa allo scopo generale della direttiva 2004/113/CE, possa nondimeno considerarsi con questo compatibile. Secondo questo articolo “scopo della presente direttiva è quello di istituire un quadro per la lotta alla discriminazione fondata sul sesso

---

di misure di *eguaglianza sostanziale*, in contrapposto a quelle di *eguaglianza formale*. Con riguardo alla contrapposizione dottrinale circa il fondamento delle misure differenziali (specie di quelle destinate alle donne) alternativamente, al principio di eguaglianza formale e al principio di eguaglianza sostanziale v. *supra*, nota 46. Viceversa, sul dibattito relativo alla contrapposizione fra eguaglianza formale e sostanziale nell’ambito dell’Unione europea v. G. TESAURO, *op. cit.*, p. 1 ss.; e, inoltre, le conclusioni dell’Avvocato generale Tesouro del 6 aprile 1995, causa C-450/93, *Kalanke*, *Raccolta*, p. I-3051, specialmente punto 16. Sul punto v. anche S. MANGIAMELI, *Il contributo dell’esperienza costituzionale italiana alla dommatica europea della tutela dei diritti fondamentali*, in *Corte costituzionale e processo costituzionale, nell’esperienza della rivista “Giurisprudenza costituzionale” per il cinquantesimo anniversario*, Milano, 2006, spec. pp. 1-2 ([www.giurcost.org](http://www.giurcost.org), reperibile *on line*).

<sup>67</sup> Sull’esistenza di questo principio anche nell’ambito del diritto dell’Unione europea v. la dottrina citata, *supra*, nota 52.



(...) al fine di rendere effettivo negli Stati membri il principio della parità”. Premesso che non basterebbe una semplice operazione di *maquillage* terminologico per tradurre in termini di *attuazione* ciò che attualmente è espresso in termini di *deroga* – non potendo definirsi come attuativa una misura (di deroga) che tale natura non ha –, la ragione di questa lacuna nell’enunciazione del citato art. 1 va ricercata nel fatto che lo scopo perseguito dalle misure discriminanti (ovvero derogatorie), di cui si tratta, non è quello della parità, bensì quello della diversità, nel caso di specie femminile, e, per giunta, che questo scopo sia del tutto casualmente orientato a favore delle donne, ben potendo in futuro orientarsi a favore degli uomini in virtù delle variabili, statistiche e attuariali, sulle quali abitualmente si basa e opera il sistema assicurativo.

Si è già avuto modo di osservare<sup>68</sup> che, nell’ambito di un ordinamento giuridico, ciascuna delle categorie e tecniche normative, in esso previste, rivesta caratteri e finalità distinte. Le disposizioni che, anche nella direttiva 2004/113/CE in esame, sono espresse a titolo di deroga del principio di eguaglianza dell’Unione, in quanto tali sono estranee al suo ambito di applicazione e, viceversa, esse costituiscono applicazione di un altro dei principi riconosciuti dall’Unione, quello della diversità, nel caso di specie femminile. D’altro canto, quest’ultimo principio, e la *ratio* delle norme che ad esso appaiono ispirate (e che dello stesso costituiscono applicazione), risultano inequivocabilmente accolti negli articoli 4-5 sopra esaminati, oltre che nel 16° e 19° “considerando” che, rispettivamente, dichiarano che “le differenze di trattamento possono essere accettate *solo se* giustificate da una finalità legittima”; e che “deroghe alla norma dei premi e delle prestazioni unisex” sono ammesse “a condizione che possano garantire che i dati attuariali e statistici su cui si basa il calcolo sono *affidabili*, regolarmente *aggiornati* e a disposizione del *pubblico*” (corsivo aggiunto).

Ciò posto, è opportuno osservare che la direttiva in discorso, oltre ad introdurre legittimamente la deroga dell’art. 5, par. 2, lascia intravedere la possibilità di prolungarne gli effetti sulla base di quanto stabilito all’art. 16 della stessa. Al riguardo, occorre prendere atto del fatto che, sul punto, la direttiva 2004/113/CE non brilla certo per sistematicità e chiarezza espositiva. Le condizioni per l’approvazione e il riesame del regime derogatorio vanno, dunque, accuratamente ricostruite alla luce del combinato di norme dato dal citato art. 5, dagli articoli 16 e 17 e dal 19° “considerando” innanzi esaminato.

Sotto il profilo soggettivo, va innanzitutto osservato che (come, d’altro canto, ha ricordato la Corte nella sentenza in esame) le “deroghe” alla disciplina paritaria cui fa cenno il 19° “considerando” “sono consentite” secondo il medesimo “solo se la legislazione nazionale non ha già applicato la norma unisex”; tali “deroghe” inoltre, ai sensi dell’art. 5, par. 2, possono essere autorizzate dagli Stati interessati solo “anteriormente al 21 dicembre 2007”, data entro la quale gli Stati membri sono tenuti all’integrale recepimento della direttiva 2004/113/CE ai sensi del suo art. 17, par. 1. Questa data, tuttavia, non sembra precludere defi-

---

<sup>68</sup> *Supra*, par. 1.

nitivamente l'esercizio della facoltà *ex art. 5, par. 2*. Da un lato, infatti, l'art. 5, par. 1, afferma che gli Stati che hanno autorizzato la deroga "riesaminano la loro decisione cinque anni dopo il 21 dicembre 2007 tenendo conto della relazione della Commissione di cui all'articolo 16 e trasmettono i risultati del riesame alla Commissione"; dall'altro, l'art. 16, par. 1, nel disporre che "gli Stati membri comunicano alla Commissione tutte le informazioni disponibili sull'applicazione della presente direttiva entro il 21 dicembre 2009 e *successivamente ogni cinque anni*", sembra confermare l'esistenza di una siffatta possibilità. D'altro canto, nel suo passaggio successivo lo stesso articolo aggiunge che "la Commissione redige una relazione di sintesi che include un esame delle prassi correnti degli Stati membri in relazione all'art. 5 per quanto riguarda il sesso quale fattore nel calcolo dei premi e delle prestazioni. Essa trasmette la relazione al Parlamento europeo e al Consiglio entro il 21 dicembre 2010"<sup>69</sup>: ciò lascerebbe intendere che la Commissione, in particolare, eserciti un controllo sulla corretta applicazione *nel tempo* della norma di deroga.

In definitiva, può affermarsi che la direttiva 2004/113/CE permette che il regime discriminatorio, adottato ai sensi del combinato di norme riferito, possa essere rinnovato *successivamente ogni cinque anni* a far data dai cinque anni successivi all'entrata in vigore della direttiva, a condizione che gli Stati interessati dimostrino il ricorrere dei presupposti sulla base delle garanzie documentali (cioè della sistematica e periodica raccolta e organizzazione dei dati statistici e attuariali, nonché della relazione della Commissione) e procedurali (comunicazione alla Commissione dell'attivazione e mantenimento delle prassi derogatorie) ivi previste. Una interpretazione quella ora proposta che, peraltro, trova indirettamente conferma nella sentenza in esame, laddove questa indica la data di scadenza della deroga proprio nel 21 dicembre 2012, cioè al termine dei 5 anni successivi all'entrata in vigore della direttiva 2004/113/CE.

Di certo, sarebbe opportuno che, in sede di revisione e modifica della direttiva 2004/113/CE, si procedesse ad una sua messa a punto con riferimento ai punti critici ora esaminati, affinché alla luce del dato normativo possano essere meglio identificati gli Stati destinatari della deroga, nonché gli adempimenti documentali e procedurali cui essi debbono sottoporsi per prolungarne l'efficacia.

**6.** Il ragionamento sopra svolto dimostra che la tutela della diversità, nel caso di specie quella femminile, trova pieno riconoscimento anche nel diritto dell'Unione che, in tal senso, fornisce ad essa un ancoraggio sia nel suo sistema delle fonti (avuto riguardo alle tecniche e ai diversi gradi della produzione giuridica ivi prevista) ma, altresì, nella sua prassi normativa, con espliciti ed inequivocabili esempi di diritto sostanziale.

Un approccio, quello ora ravvisato nell'Unione, che pare allineare quest'ultima alle posizioni tradizionalmente seguite dagli Stati in materia di applicazione

<sup>69</sup> La versione italiana della direttiva 2004/113/CE, diversamente dalle versioni straniere, contiene un refuso (che qui, nel testo, è stato corretto): erroneamente, infatti, essa fa riferimento all'art. 4 anziché all'art. 5.

del principio di eguaglianza. Occorre, tuttavia, guardarsi dalla tentazione di operare facili paragoni con gli Stati membri che potrebbero portare ad assimilare la realtà normativa dell'Unione a quella vigente all'interno di questi ultimi. Pur non trascurando il notevole sviluppo del diritto dell'Unione e le molteplici analogie che esso alimenta con il diritto materiale degli Stati, è del tutto sconsigliabile inquadrare e valutare l'Unione e il suo diritto nei termini e con i parametri con cui abitualmente si definiscono gli ordinamenti statali e i diritti negli stessi adottati.

Vero è, come più sopra ricordato<sup>70</sup>, che da tempo la Corte si è staccata da una dimensione meramente economica del principio di uguaglianza, per abbracciare (anche) quella sociale e politica. È altrettanto vero che la Corte nella sentenza in esame – a differenza che in altre sue pronunce<sup>71</sup> – neppure accenna al tema delle ricadute sul mercato di misure nazionali inadeguate e sproporzionate, per invalidare la deroga di cui si tratta in quanto distorsiva della concorrenza. Vero è, infine, che seppure un tale argomento possa in definitiva avere pesato sulla decisione adottata dalla Corte esso va, comunque, bilanciato e temperato con altri valori del diritto dell'Unione e, in particolare, come espressamente riconosciuto nella sentenza di cui si tratta, con i principi generali dell'Unione enunciati nella Carta dei diritti fondamentali. Fatto sta che l'Unione – oggi come nel passato – rappresenta una dimensione giuridica nell'ambito della quale i principi che disciplinano i rapporti fra gli Stati membri<sup>72</sup> (e gli ordinamenti di cui essi sono portatori) sono diversi da quelli destinati a regolare i rapporti interni a tali ordinamenti e, in particolare, quelli fra gli individui<sup>73</sup>. Talché il trattamento riservato ai primi nella prassi può, in ipotesi, persino venire a coincidere, in tutto o in parte, con quello riservato ai secondi, senza tuttavia che i due ordini normativi di cui essi costituiscono espressione possano venire mai a sovrapporsi.

Una siffatta forma di cautela viene ad assumere tanto più valore ed importanza, si badi, ove si consideri che se, da un lato, il dibattito dottrinale e giurisprudenziale sul principio di eguaglianza negli ordinamenti statali appare ancora controverso e segnato da numerose divisioni<sup>74</sup>, dall'altro, tuttavia, la disciplina

---

<sup>70</sup> *Supra*, par. 1.

<sup>71</sup> V. sentenza della Corte di giustizia del 17 maggio 1990, causa C-262/88, *D.H. Barber c. Guardian Royal E.A.G.*, *Raccolta*, p. I-1889; per un commento v. F. GHERA, *op. cit.*, p. 164, nota 120.

<sup>72</sup> Sull'esistenza di un principio di uguaglianza e di un principio di diversità atto a regolare, sul piano dell'Unione, i rapporti fra gli Stati membri v. i commenti di J. LANG, *Europe: Unity in Diversity*, in *Unity in Diversity*, Brussels-Montreux, 2001, p. 21 ss.; C. CURTI GIALDINO, *Unità nella diversità. Brevi considerazioni sul motto dell'Unione europea*, in *DUE*, 2004, p. 653 ss.

<sup>73</sup> V., al riguardo, V. STARACE, *La Costituzione per l'Europa non trasforma l'Unione europea in unione costituzionale*, in questa *Rivista*, 2006, p. 17, secondo cui la prevalenza del diritto dell'Unione sul diritto degli Stati membri “non è assistita da un apparato coercitivo che consenta all'Unione di assicurare concreta efficacia alle proprie decisioni sul territorio degli Stati membri vincendo l'eventuale resistenza di questi”; G. GAJA, A. ADINOLFI, *Introduzione al diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010, p. 10, secondo cui “l'Unione non dispone di un potere coercitivo (...) neppure rispetto alle persone”, gli Stati membri “soltanto sono dotati di un apparato che possa operare in relazione alle persone fisiche o giuridiche”.

<sup>74</sup> V. in proposito i diversi approcci della dottrina indicata *supra*, alle note 46, 48 e 52.

a tutela delle situazioni tradizionalmente soggette a questo principio mostra, specie di recente<sup>75</sup>, di subire un notevole sviluppo, con significative e inequivocabili aperture a favore dell'esistenza di un principio di diversità<sup>76</sup> che non solo legittimano, ma rendono del tutto auspicabile che nella materia si realizzi un allontanamento del diritto dell'Unione da quello interno degli Stati e che, al suo consolidamento, la giurisprudenza comunitaria possa offrire un valido e prezioso contributo<sup>77</sup>.

Ciò posto, occorre ora prendere in considerazione l'impatto, e dunque gli effetti, che la pronuncia in esame sarà suscettibile di svolgere sul settore delle assicurazioni oggetto della sua disciplina.

Sotto il profilo che qui interessa, occorre subito osservare che la sentenza di cui si tratta rischia di estendere il suo effetto censorio, oltre gli aspetti trattati dalla sentenza, sull'intero comparto assicurativo mettendone in discussione gli strumenti e il metodo di funzionamento.

Al riguardo, è bene osservare che la Corte di giustizia e, ancor più, l'Avvocato generale Kokott hanno fatto notare che il legislatore comunitario, nell'adozione della direttiva 2004/113/CE di cui si tratta, ha tenuto conto delle "particolarità del settore assicurativo"<sup>78</sup>. È soprattutto l'Avvocato generale che, con un lungo e articolato ragionamento, richiama tali particolarità del sistema assicurativo al fine di metterne in evidenza i limiti e le lacune sulle quali, poi, farà leva il giudizio di censura della Corte. Conviene qui ripercorrere i passaggi cruciali di questo ragionamento per poi esaminarli analiticamente. Si osserva, innanzitutto, che il settore di cui si tratta struttura l'offerta dei propri prodotti e servizi ricollegandola a specifici fattori di rischio per il calcolo dei quali "risulta imprescindibile fare ricorso a dati prognostici"<sup>79</sup>. Poiché, inoltre, "è difficile, se non addirittura impossibile determinare con precisione il rischio assicurativo associato ad un singolo individuo" si osserva che "è assolutamente legittimo effettuare un'analisi del rischio per categorie di persone, invece che – o in aggiunta a – una valutazione individuale"<sup>80</sup>. Trattandosi di un sistema che classifica i rischi per categorie sulla base delle statistiche, sembrerebbe dunque verosimile che i livelli di rischio assicurato possano essere differenti per le donne e per gli uomini<sup>81</sup>.

Sul punto, però, l'Avvocato generale fa osservare che seppure il Consiglio, nel disciplinare la materia alla luce delle "caratteristiche specifiche del settore

<sup>75</sup> Per alcuni esempi si rinvia *supra*, alla nota 52.

<sup>76</sup> V. *supra*, nota 52.

<sup>77</sup> Un tale risultato, peraltro, appare rientrare agevolmente nelle attribuzioni della Corte di giustizia: sul riconoscimento alla Corte di giustizia di una funzione di promozione e di impulso, se non anche di "creazione del diritto", v. R. ADAM, A. TIZZANO, *Lineamenti di Diritto dell'Unione europea*, Torino, 2010, II ed., p. 24; U. VILLANI, *Istituzioni di Diritto dell'Unione europea*, Bari, 2010, II ed., p. 13.

<sup>78</sup> Conclusioni *Test-Achats*, cit., punto 44, ma anche punti 43 e 47.

<sup>79</sup> *Ibidem*, punto 44.

<sup>80</sup> *Ibidem*, punto 46.

<sup>81</sup> Si confrontino, al riguardo, il punto 44 e i punti 60-61 delle conclusioni *Test-Achats*, cit.

assicurativo”, goda di una certa “discrezionalità” anche in relazione alla determinazione delle “categorie di persone che a tale fine possono essere formate per effettuare il confronto” ai fini della valutazione del rischio, tale “discrezionalità”, tuttavia, non è “illimitata”; al contrario, essa è subordinata agli “specifici divieti di discriminazione enunciati dall’art. 21, n. 1, della Carta dei diritti fondamentali”<sup>82</sup>. In tal senso, secondo l’Avvocato generale è escluso che una differenza fra i due sessi possa essere determinata, anziché su “evidenti differenze biologiche tra assicurati”, solo sulla base di dati statistici: posto che “l’esistenza di una discriminazione indiretta può risultare da dati statistici”, l’Avvocato generale afferma che “la Corte non ha sino ad oggi mai accettato dati statistici quale unico elemento di collegamento – e dunque, quale causa di giustificazione – per una disparità di trattamento a carattere diretto”<sup>83</sup>.

Invero, la disparità di trattamento può essere “ammessa (...) soltanto qualora sia possibile accertare *con certezza* l’esistenza di rilevanti differenze tra uomini e donne, le quali esigano un simile trattamento diversificato” e “questa certezza viene a mancare nel caso in cui i premi e le prestazioni assicurative vengano calcolati (...) sulla base di dati statistici”<sup>84</sup>. Poiché, a parere dell’Avvocato

---

<sup>82</sup> *Ibidem*, punto 47 s.

<sup>83</sup> *Ibidem*, punti 52, 57 e 59.

<sup>84</sup> *Ibidem*, punto 60 s., corsivo aggiunto. Vale la pena osservare che, in casi diversi da quello qui preso in esame, ad esempio in materia di discriminazioni sulla base della nazionalità, la Corte ha dato risalto a fattori statistici e di esperienza per giustificare l’adozione da parte dello Stato membro di un trattamento nazionale differenziato nei confronti di *alcuni* cittadini dell’Unione. Nella sentenza della Corte di giustizia del 2 agosto 1993, cause riunite C-259, 331 e 332/91 *Pilar Allue et al. c. Università Venezia e Parma*, Raccolta, p. I-4309, infatti, la Corte (rilevando un caso di discriminazione indiretta) fa osservare che “le disposizioni del trattato non ostano all’adozione, da parte degli Stati membri, di provvedimenti indistintamente applicabili” ma, di fatto, “susceptibili di riguardare, in particolare, i cittadini degli altri Stati membri. Simili provvedimenti, tuttavia, debbono essere conformi al principio di proporzionalità, ossia, costituire misure appropriate e necessarie per l’attuazione dello scopo perseguito”. Per la determinazione di tali provvedimenti, quindi, la Corte fa leva proprio su fattori di carattere empirico e “aleatori”, in quanto imprevedibili, non determinabili con certezza e soggetti a continue modifiche, affermando che “i contratti destinati a soddisfare le esigenze costanti (...) vanno stipulati a tempo indeterminato. Qualora” tuttavia “in un momento successivo il numero degli studenti richiedenti la frequenza dei corsi di una determinata lingua straniera si riducesse, o se tale lingua non fruisse più in uno Stato membro dello stesso trattamento preferenziale, o ancora, se l’università non disponesse più di sufficienti mezzi finanziari per garantire l’insegnamento, sarebbe possibile far luogo al licenziamento dei lettori in esubero, così da adeguare il numero degli effettivi alle *nuove condizioni*” (corsivo aggiunto). Dunque, pur esistendo uno specifico divieto di discriminazione sulla base della nazionalità a favore dei cittadini dell’Unione, la Corte non esclude, tuttavia, che un trattamento differenziato nei confronti di una data categoria di cittadini dell’Unione possa discendere da provvedimenti nazionali che, facendo leva su dati contingenti e suscettibili di cambiamento (riduzione del “numero degli studenti”, scelta da parte dello Stato dell’insegnamento di altre lingue ed altri che, tuttavia, appaiono esemplificativi e non tassativi: *ivi*, punto 18), deviano dal regime (paritario) cui è sottoposta la generalità dei cittadini dell’Unione. Sul diverso atteggiamento della Corte di giustizia a seconda che siano messe in discussione ipotesi di discriminazione diretta piuttosto che indiretta v. M. V. BALLESTRERO, *Azioni positive. Punto e a capo*, in *Lavoro e diritto*, 1996, p. 125. Rievoca le particolarità del concetto di “discriminazione” nel sistema comunitario

generale Kokott “vi sono numerosi *altri* fattori che giocano un ruolo importante ai fini della valutazione dei menzionati rischi assicurativi” – e che essi possono subire modifiche nel corso del tempo – si conclude che il sistema di cui si tratta, così come attualmente strutturato e funzionante, non garantisce che le differenze fra uomini e donne basate su “fattori attuariali” siano effettivamente ispirate a “criteri obiettivi”<sup>85</sup>.

La detta critica appare quantomeno singolare ove riferita a un sistema che, per vocazione, ai fini del suo funzionamento si contraddistingue per l’utilizzo di dati statistici e di esperienza. In realtà, proprio perché basato su dati obiettivi e certi, scientificamente rilevati, costantemente aggiornati e periodicamente controllati esso, da un lato, deve tenere in considerazione le trasformazioni economiche e sociali (fra le quali le abitudini di vita delle persone) incidenti sui rischi assicurativi e, dall’altro, implica che le differenze uomo-donna non solo possano col tempo modificarsi – fino al punto che i termini del rapporto possano ribaltarsi e quindi, le posizioni fra i due sessi possano invertirsi, cosicché in futuro gli uomini potrebbero avere diritto ad un trattamento preferenziale sulla base dei dati statistici e attuariali – ma, addirittura, annullarsi sulla base degli stessi criteri.

Le differenze fra gli assicurati, uomini e donne, dunque esistono, alla luce dei meccanismi di funzionamento del settore assicurativo, ma non in quanto “aprioristicamente”<sup>86</sup> determinate, bensì in quanto ricavate e comprovate sulla base di dati obiettivi e certificati. Questo è per altro verso il motivo per il quale tali differenze non necessariamente debbono riguardare aspetti di ordine fisico o biologico ma concernere, altresì, forme di diversità che si manifestano nei comportamenti e nelle attitudini delle persone<sup>87</sup>.

In seconda battuta, occorre obiettare all’ulteriore considerazione dell’Avvocato generale Kokott secondo cui la deroga *ex art. 5, par. 2*, non possa considerarsi concretizzazione del “principio di parità di trattamento e, segnatamente, [del]l’obbligo di non trattare in modo uguale situazioni differenti” poiché “una

---

E. CANNIZZARO, *Esercizio di competenze comunitarie e discriminazioni “a rovescio”*, in *DUE*, 1996, p. 351 ss., spec. p. 362 ss.

<sup>85</sup> Conclusioni *Test-Achats*, cit., punti 62, 66, 68 e 69, corsivo aggiunto. Peraltro, al riguardo, l’Avvocato generale Kokott fa salve (punto 60), fra le “disparità di trattamento a carattere diretto fondat[e] sul sesso”, quelle consistenti in “specifiche misure dirette a favorire gli appartenenti ad una categoria di persone svantaggiate (*affirmative action*)”, senza tuttavia spiegare perché, a differenza di quelle in esame, esse siano ammesse.

<sup>86</sup> *Ibidem*, punto 61.

<sup>87</sup> Del resto, la tesi qui sostenuta non appare affatto risentire delle osservazioni svolte dall’Avvocato generale Kokott nelle sue conclusioni, per cui il fatto che “persino i costi inerenti alla gravidanza e maternità, pur potendo insorgere per ovvi motivi biologici soltanto nel caso delle donne”, e quindi su basi obiettive, “non possono in alcun caso, ai sensi dell’art. 5, n. 3, della citata direttiva, determinare differenze nei premi e nelle prestazioni a seconda che si tratti di assicurati di sesso maschile o femminile”: non è vero, infatti, che gravidanza e maternità non possano “in alcun caso” dare luogo alle suddette forme di discriminazione ai sensi della direttiva in parola, poiché quest’ultima vieta soltanto quelle forme di discriminazione, riguardanti la gravidanza e la maternità, *sfavorevoli* per le donne (art. 5, par. 3, citato e art. 4, par. 1, lett. a), ma non anche quelle *favorevoli* (art. 4, par. 2).



norma intesa a tale obiettivo dovrebbe valere in tutti gli Stati membri” allorché, viceversa la direttiva “porta dunque al risultato che in *alcuni* Stati membri è consentito che uomini e donne ricevano un diverso trattamento (...) mentre in altri Stati membri, riguardo a questo stesso prodotto, gli appartenenti all’uno e all’altro sesso devono essere trattati in modo uguale”<sup>88</sup>.

Non sembra inutile al riguardo osservare che l’adeguamento degli Stati membri alla regola paritaria nel settore assicurativo è stato disposto a mezzo di una “direttiva”, di uno strumento cioè che come è noto lascia agli Stati una certa discrezionalità nell’adeguarsi agli scopi e agli obiettivi di volta in volta stabiliti (nel caso di specie l’eguaglianza) al fine di tenere conto delle particolarità (peraltro, espressamente dichiarate nella direttiva 2004/113/CE come riferito dallo stesso Avvocato generale) dei propri ordinamenti e che, dunque, ove l’obiettivo del legislatore fosse stato quello della uniformità (anziché della differenziazione) normativa, probabilmente la scelta sarebbe ricaduta su un altro strumento normativo comunitario. Anche una volta che il processo di adeguamento alla direttiva si è compiuto, pertanto, non è escluso che possano registrarsi differenze da Stato a Stato, posto che questa sia una possibilità espressamente contemplata dal sistema giuridico comunitario. Peraltro, anche l’uniformità normativa, ove perseguita, non esclude l’apposizione di “deroghe” dato che queste, pur prevedendo una disciplina che si discosta da quella generale, si fondano sul presupposto fondamentale della piena parità fra gli Stati membri<sup>89</sup>. A parte che, comunque, tutti gli Stati (compreso il nostro<sup>90</sup>) hanno sfruttato uniformemente la deroga, la critica, indebitamente mossa sotto il profilo di cui si tratta, dall’Avvocato generale rischia di sovrapporre le finalità materiali dell’atto comunitario (concernenti l’eguaglianza di trattamento) con le sue finalità istituzionali (relative al meccanismo di adattamento, così come concordato dagli Stati). In altre parole, la circostanza che la direttiva abbia ad oggetto l’istituzione di un regime di eguaglianza non vale a farle assumere i caratteri del regolamento; né deve sorprendere che nell’Unione l’applicazione ai rapporti fra gli individui del principio di eguaglianza (e, correlativamente, del principio di diversità) possa manifestarsi in termini divergenti rispetto all’applicazione dello stesso ai rapporti fra gli Stati membri<sup>91</sup>: ciò dipende dalla particolare natura giuridica del sistema

---

<sup>88</sup> Conclusioni *Test-Achats*, cit., punto 23, corsivo aggiunto.

<sup>89</sup> Sul tema dell’adattamento degli ordinamenti degli Stati membri al diritto dell’Unione europea e, in particolare, alle direttive v. R. MASTROIANNI, *Direttive non attuate, rimedi alternativi e principio di eguaglianza*, in *DUE*, 1998, pp. 83-104; E. CANNIZZARO, *Democrazia e sovranità nei rapporti fra Stati membri e Unione europea*, ivi, 2000, p. 241 ss.; A. ADINOLFI, *L’applicazione delle norme comunitarie da parte dei giudici nazionali*, ivi, 2008, p. 617 ss. Sottolinea, con riguardo al tema in oggetto, la differenza fra la nozione di “applicabilità diretta” e quella di “effetto diretto” del diritto comunitario nell’ordinamento statale P. FOIS, *Rapporti tra diritto interno e diritto comunitario*, in *EG, Aggiornamento*, XV, 2007, p. 2.

<sup>90</sup> V. d. lgs. 6 novembre 2007, n. 196 “Attuazione della direttiva 2004/113/CE che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l’accesso a beni e servizi e la loro fornitura”, *GURI* 291, 9 novembre 2007, S.O. n. 228.

<sup>91</sup> Sul punto v. quanto osservato all’inizio del presente paragrafo.

comunitario, che lo avvicina in modo ineccepibile all'ordinamento internazionale, più che a quello nazionale.

Quanto poi, specificamente, agli effetti della sentenza sulle fattispecie regolate dall'art. 5, par. 2, della direttiva 2004/113/CE, occorre qui osservare che la pronuncia della Corte si limita a dichiarare l'invalidità di questo articolo lasciando, tuttavia, intatto sia l'art. 16 e, in particolare, il suo par. 2, che disciplina le condizioni necessarie affinché gli Stati interessati possano, in seguito al riesame, prolungare il regime differenziale *ex art. 5, par. 2*, sia l'art. 4, par. 5, della stessa direttiva 2004/113/CE, introduttivo di una norma di carattere generale che autorizza l'adozione di trattamenti differenziali.

Si potrebbe a questo punto seriamente dubitare che la pronuncia in esame abbia l'effetto di impedire agli Stati di sottoporre il regime di trattamento differenziale uomo-donna a revisione e di prorogarlo nel caso in cui, ai sensi dell'art. 16, se ne dimostri la fondatezza, gli Stati soddisfacendo i requisiti all'occorrenza richiesti.

Tanto più che la Corte, nel dichiarare l'invalidità dell'art. 5, par. 2, non fa altro che individuare quella che nella direttiva 2004/113/CE, *ab origine*, era prevista come una scadenza naturale della norma in parola: pertanto, in virtù della stessa il mantenimento del regime derogatorio sarebbe stato possibile solo per quegli Stati in grado di dimostrare – dapprima entro i primi cinque anni dall'entrata in vigore, poi successivamente ogni cinque anni – che il fattore di genere continuava ad essere “determinante” e, cioè, ancora decisivo per il calcolo dei rischi assicurativi.

Un tale aspetto peraltro risulta rafforzato dalla circostanza che la sentenza in oggetto conserva la validità di una norma discriminatoria di carattere generale, l'art. 4, par. 5, che autorizza gli Stati ad introdurre “*differenze di trattamento se la fornitura di beni o servizi esclusivamente o principalmente destinati a persone di un solo sesso è giustificata da una finalità legittima e se i mezzi impiegati per il conseguimento di tale finalità sono appropriati e necessari*” (corsivo aggiunto).

In tal senso, dunque, potrebbe mettersi in dubbio che la pronuncia di invalidità dell'art. 5, n. 2 possa travolgere anche gli articoli 4, par. 5, e 16, par. 2, con l'effetto di impedirne l'applicazione dopo la data del 21 dicembre 2012.

Vero è che ciò finirebbe per esautorare la decisione della Corte, così come manifestata nella sentenza in esame, deliberatamente orientata a garantire l'osservanza della direttiva 2004/113/CE sia pure con un'interpretazione della stessa di rigorosa e inflessibile applicazione del principio di eguaglianza; con la prospettiva, peraltro, che da ciò possano derivare contraccolpi sugli equilibri istituzionali e normativi dell'Unione.

È certo, pertanto, che anche al di là delle lamentate incongruenze e asperità della sentenza, decisivo si rivelerebbe un intervento degli Stati membri nella materia. Questi, in particolare, non solo potrebbero porre rimedio, come già accennato, alla disorganicità della direttiva 2004/113/CE e alla fragilità della sua *ratio*, ma potrebbero altresì disciplinare l'adozione di “trattamenti differenziali” in termini razionali e compatibili con le norme e i principi generali dell'Unione, fra i quali il principio di eguaglianza, con il significato e la portata che a

quest'ultimo essi intendono imprimere, anche (o specificamente) nel settore delle assicurazioni.

## Abstract

### The Equality Principle in European Union Law in Light of the most Recent ECJ Case-law in Insurance Matters

The principle of *equality* has not an unlimited content: it is conditioned by two other principles, *non discrimination* and *diversity*, the first preventing non legitimate discrimination and the second allowing for legitimate discrimination. These three principles and their interactions play an important role in the defence of fundamental human rights, such as those related to gender protection: these principles – in giving origin to a complex and articulated protection, as it is based on norms adopted in *execution* and in *derogation* of them – are suitable to satisfy all the general interests involved in that field.

The coexistence of the principle of equality with two other different and autonomous principles, as quoted above, and the relations among the kind of norms to which they give origin, is not taken into due account by the judgment of March 1<sup>st</sup> 2011, case C-236/09, of the EU Court of Justice. In fact, in order to establish the effective adaptation to Directive no. 2004/113/EC, the Court overlaps two distinct categories of norms: those in *derogation* and those in *execution* of the principle of equality; furthermore, it merges the principle of equality that regulates the relationships among individuals with the principle of equality that regulates the relationships among Member States in the EU. In this sense, the decision of March 1<sup>st</sup> 2011 is in contradiction with the preceding jurisprudence of the Court of Justice and it has no foundation in the (primary and secondary) EU law.



# Le discriminazioni in base all'età nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia: da *Mangold* a *Georgiev* e oltre

SOMMARIO: 1. Premesse. – 2. Il principio generale di non discriminazione in base all'età nell'ordinamento dell'Unione europea. – 3. La direttiva 2000/78/CE. – 4. Discriminazioni dirette (e indirette) nella giurisprudenza della Corte di giustizia. – 5. Il livello di protezione offerto ai singoli e la cosiddetta *third party victimisation*. – 6. L'approccio elaborato dalla Corte di giustizia in materia di discriminazioni fondate sull'età e le prospettive future.

1. Questo contributo si propone di verificare gli ultimi sviluppi in materia di discriminazioni fondate sull'età. L'analisi condotta cercherà di cogliere costanti e variabili della giurisprudenza elaborata dalla Corte di giustizia dell'Unione europea, dal caso *Mangold*<sup>1</sup> fino alla più recente sentenza *Georgiev*<sup>2</sup>, anche alla luce dell'esperienza maturata in relazione all'orientamento sessuale, alla disabilità e al sesso. Il riferimento è, in particolare, al caso *Römer*<sup>3</sup> e ai precedenti *Coleman* e *Coote*<sup>4</sup>.

Le valutazioni che verranno svolte nel prosieguo si collocano in una triplice prospettiva. In primo luogo, verranno presi in considerazione lo *status* e la portata del principio di non discriminazione in base all'età, quale espresso nella direttiva 2000/78/CE<sup>5</sup> e codificato all'art. 21 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (d'ora in poi, "Carta")<sup>6</sup>. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona si pone il problema di verificare l'impatto del carattere vin-

<sup>1</sup> Sentenza del 22 novembre 2005, causa C-144/04, *Mangold*, *Raccolta*, p. I-9981, punto 75.

<sup>2</sup> Sentenza del 18 novembre 2010, causa C-250/09, *Georgiev*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

<sup>3</sup> Sentenza del 10 maggio 2011, causa C-147/08, *Römer*, non ancora pubblicata in *Raccolta*.

<sup>4</sup> Sentenze del 18 luglio 2008, causa C-303/06, *Coleman*, *Raccolta*, p. I-5603, e del 22 settembre 1998, causa C-185/97, *Coote*, *ivi*, p. I-5199.

<sup>5</sup> Direttiva 2000/78/CE del Consiglio, del 27 novembre 2000, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro, *GUCE* L 303, 2 dicembre 2000, p. 16 ss.

<sup>6</sup> *GUUE* C 83, 30 marzo 2010, p. 389 ss.

colante attribuito a quest'ultima dall'art. 6, par. 1, TUE sulla soluzione adottata nel caso *Mangold*. In questo senso, la sentenza *Römer* sull'orientamento sessuale offre interessanti spunti di riflessione sulla reale natura e sugli effetti del principio di non discriminazione in base all'età, preso singolarmente o insieme ad una direttiva.

In secondo luogo, si esamineranno le cause sinora decise dalla Corte di giustizia in materia. A tal fine, è innanzitutto necessario stabilire l'ambito di applicazione, materiale e personale, della direttiva 2000/78/CE con particolare riguardo al criterio dell'età. Sul punto si richiamerà la sentenza *Coleman* sugli abusi subiti da una lavoratrice non a causa della propria disabilità, ma di quella del figlio, per sostenere che dovrebbero ritenersi coperte, sebbene con alcune limitazioni, anche le c.d. discriminazioni per associazione. Lo studio delle eccezioni ammesse dalla direttiva, invece, consentirà di accertare il margine di discrezionalità realmente riconosciuto agli Stati membri nell'adozione e attuazione di normative che, pur prevedendo una disparità di trattamento, perseguono (asseritamente o in concreto) finalità legittime. Sarà così apprezzabile in quale misura la Corte abbia saputo contemperare l'effetto utile del diritto dell'Unione con le esigenze specifiche fronteggiate dalle legislazioni interne che si sforzano di perseguire al contempo obiettivi di natura economica e scopi di utilità sociale. Parimenti, diverranno evidenti le difficoltà legate alla coesistenza di diversi regimi derogatori all'interno della direttiva e la cautela esercitata nel condurre in via autonoma il sindacato di proporzionalità sulle scelte operate dagli Stati membri.

Infine, si focalizzerà l'attenzione sulla necessità di garantire l'effettività dei diritti sanciti dalla direttiva. Ancora una volta, la giurisprudenza relativa ad altre "categorie sospette"<sup>7</sup> elencate all'art. 1 può contribuire ad avere un quadro più completo del livello di protezione potenzialmente offerto alle vittime di una discriminazione fondata sull'età. Come si avrà modo di argomentare meglio nella sede opportuna, la pronuncia *Coote*, riguardante la direttiva 76/207/CEE<sup>8</sup>, ha avuto il merito di indicare al legislatore le migliori da introdurre nella citata direttiva 2000/78/CE e potrebbe dimostrarsi ancora utile in futuro, specie se letta congiuntamente al principio generale di tutela giurisdizionale piena ed effettiva.

Nel concludere con alcune valutazioni di carattere generale sulla giurisprudenza elaborata negli ultimi anni verrà dato conto, per quanto possibile, delle cause attualmente pendenti. Alcuni dei quesiti posti sollevano problematiche nuove; altri ripropongono questioni lasciate aperte dalle sentenze sinora rese in materia. Un dato sembra però accomunare tutti i rinvii: una maggiore consapevolezza della legislazione europea, dello strumento pregiudiziale e, con esso, del ruolo della Corte di giustizia.

<sup>7</sup> Conclusioni dell'Avvocato generale Poiares Maduro del 31 gennaio 2008, causa C-303/06, *Coleman*, cit., punto 7.

<sup>8</sup> Direttiva 76/207/CEE del Consiglio, del 9 febbraio 1976, relativa all'attuazione del principio della parità di trattamento fra gli uomini e le donne per quanto riguarda l'accesso al lavoro, alla formazione e alla promozione professionali e le condizioni di lavoro, *GUCE* L 39, 14 febbraio 1976, p. 40 ss.



2. Il principio di non discriminazione in base all'età può essere ricondotto, sebbene con un certo sforzo interpretativo, all'art. 14 CEDU, che proibisce ogni discriminazione basata sul sesso, la razza, il colore, la lingua e altri motivi ancora senza tuttavia menzionare l'età<sup>9</sup>. Dal canto suo, l'art. 13 TCE, inserito dal Trattato di Amsterdam, ha rappresentato la base giuridica per l'adozione di misure per la lotta contro le discriminazioni basate sul "sesso, la razza, l'origine etnica, la religione o credenza, la disabilità, l'età o l'orientamento sessuale". Sulla base di tale disposizione (oggi art. 19 TFUE) è stata adottata la direttiva 2000/78/CE, che stabilisce un quadro generale per la parità di trattamento in materia di occupazione e di condizioni di lavoro.

Dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, il principio di parità di trattamento trova collocazione nell'art. 21 della Carta, "che ha lo stesso valore giuridico dei trattati"<sup>10</sup>. È ad essa che occorre dunque fare riferimento nella definizione delle politiche antidiscriminatorie promosse dalle istituzioni e dagli Stati membri quando agiscono nel campo di applicazione del diritto dell'Unione europea<sup>11</sup>. Rispetto ai motivi indicati all'art. 19 TFUE (e coperti dalla direttiva)<sup>12</sup>, figurano anche il colore della pelle, l'origine sociale, le convinzioni personali, le opinioni politiche o di qualsiasi altra natura, l'appartenenza ad una minoranza nazionale, il patrimonio e la nascita. Con riferimento all'età quale fattore di discriminazione nelle condizioni di accesso, esercizio e cessazione del lavoro, vengono in rilievo, tra l'altro, l'art. 25, che afferma "il diritto degli anziani di condurre una vita dignitosa e indipendente e di partecipare alla vita sociale e culturale" e l'art. 32 sul divieto di lavoro minorile e l'obbligo di adeguare le condizioni di lavoro all'età dei giovani evitando ogni pregiudizio a sicurezza, salute ed istruzione.

Nella ormai celebre sentenza *Mangold*, la Corte ha affermato, ancorché in modo assertivo, che il principio di non discriminazione sulla base dell'età costi-

---

<sup>9</sup> Solo recentemente, infatti, la Corte europea dei diritti dell'uomo ha riconosciuto l'età come criterio discriminatorio ai sensi dell'art. 14 CEDU: v. sentenza del 10 giugno 2010, *Schwizgebel c. Svizzera*. In relazione al sesso e all'orientamento sessuale, v. le sentenze del 22 gennaio 2008, *E.B. c. Francia*, e del 2 marzo 2010, *Kozak c. Polonia*. Infine, per quanto concerne le disabilità, v. sentenza del 30 aprile 2009, *Glör c. Svizzera*.

<sup>10</sup> Art. 6, par. 1, TUE.

<sup>11</sup> Art. 51 Carta. Sulla portata della disposizione cfr. L. BESSELINK, *The Member States, the National Constitutions and the Scope of the Charter*, in *Maastricht JECL*, 2001, p. 68 ss.; P. EECKHOUT, *The EU Charter of Fundamental Rights and the Federal Question*, in *CML Rev.*, 2002, p. 975 ss.; A. ARNULL, *From Charter to Constitution and Beyond: Fundamental Rights in the New European Union*, in *Public Journal*, 2003, p. 780 ss.; M. POIARES MADURO, *The Double Constitutional Life of the Charter*, in T. HERVEY, J. KENNER (eds.), *Economic and Social Rights under the EU Charter of Fundamental Rights*, Portland, 2003, p. 290 ss.; e, più di recente, P. CRAIG, *The ECJ and Ultra Vires Action: A Conceptual Analysis*, in *CML Rev.*, 2011, p. 430 ss.

<sup>12</sup> Vale la pena di ricordare che l'art. 13 TCE ha costituito anche il fondamento normativo della direttiva 2004/113/CE del Consiglio, del 13 dicembre 2004, che attua il principio della parità di trattamento tra uomini e donne per quanto riguarda l'accesso a beni e servizi e la loro fornitura, *GUUE L* 373, 21 dicembre 2004, p. 37 ss., e della direttiva 2006/54/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 luglio 2006, riguardante l'attuazione del principio delle pari opportunità e della parità di trattamento fra uomini e donne in materia di occupazione e impiego, *ivi L* 204, 26 luglio 2006, p. 23 ss.

tuisce “un principio generale di diritto comunitario suscettibile di produrre effetti diretti orizzontali”<sup>13</sup>. Ne ha dedotto la necessità di disapplicare ogni normativa interna in contrasto con la direttiva 2000/78/CE, all’epoca dei fatti non ancora scaduta. L’efficacia del principio non può dipendere dalla scadenza del termine per il suo recepimento. Allo stesso modo, però, il principio non può operare in assenza della direttiva, che, definendone la portata, assurge a parametro di conformità per la legislazione interna<sup>14</sup>.

La sentenza *Mangold* lasciava dubbi circa la capacità di una direttiva di attrarre una data situazione nell’ambito di applicazione del diritto UE anche prima della scadenza del termine. L’eventualità è stata categoricamente esclusa, sempre dalla Grande sezione, in *Bartsch*<sup>15</sup>. Rimanevano tuttavia irrisolte due importanti questioni: da un lato, la possibilità per le direttive di produrre effetti diretti orizzontali e, dall’altro, il rapporto tra principi generali e direttive intese ad esplicitarne il contenuto. Non è certo questa la sede per approfondire simili tematiche, degne di autonoma trattazione<sup>16</sup>. Merita nondimeno ricordare che nella causa *Kücükdeveci* la Corte di giustizia ha ribadito, con un significativo riferimento all’art. 21 della Carta, che il principio di non discriminazione sulla base dell’età esiste, è generale e può produrre effetti diretti orizzontali imponendo al giudice nazionale la disapplicazione di ogni normativa interna contrastante<sup>17</sup>. In tal modo, posto che la situazione rientrava nel campo di applicazione del diritto comunitario, essa ha tratto le logiche conseguenze dalla sentenza *Mangold*: se la direttiva 2000/78/CE poteva essere invocata congiuntamente al principio prima della scadenza, a maggior ragione i diritti che essa esprime devono essere garantiti dopo tale data.

La sentenza *Kücükdeveci* non ha chiarito i criteri che consentono di (pre) determinare se una direttiva sia suscettibile di essere attratta nella sfera appli-

<sup>13</sup> Sentenza *Mangold*, cit., punto 75.

<sup>14</sup> *Ibidem*, punti 74 ss. Sull’opportunità di accertare la compatibilità della normativa nazionale in relazione al principio generale di eguaglianza, v. le relative conclusioni dell’Avvocato generale Tizzano del 30 giugno 2005, punti 84 ss. In dottrina, *ex multis*, v. M. SCHMIDT, *The Principle of Non-discrimination in Respect of Age: Dimensions of the ECJ’s Mangold Judgement*, in *GLJ*, 2005, p. 505 ss.; il commento editoriale apparso in *CML Rev.*, 2006, p. 1 ss.; e J. H. JANS, *The Effect in National Legal Systems of the Prohibition of Discrimination on Grounds of Age as a General Principle of Community Law*, in *LIEI*, 2007, p. 53 ss.

<sup>15</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 23 settembre 2008, causa C-427/06, *Bartsch*, *Raccolta*, p. I-7245, punto 17.

<sup>16</sup> Per maggiori approfondimenti, v. G. DI FEDERICO, *La sentenza Kücükdeveci e la vexata quaestio degli effetti diretti (orizzontali) delle direttive*, in *Riv. it. dir. lav.*, 2010, p. 1002 ss.; E. DUBOUT, *L’invocabilità d’éviction des directives dans les litiges horizontaux. «Le bateau ivre» a-t-il sombré?*, in *RTDE*, 2010, p. 277 ss.; K. LENAERTS, J. A. GUTIERREZ-FONS, *The Constitutional Allocation of Powers and General Principles of EU Law*, in *CML Rev.*, 2010, p. 1629 ss.; N. LAZZERINI, *Effetti diretti orizzontali dei principi generali...ma non delle direttive che li esprimono? La sentenza della Corte di giustizia nel caso Kücükdeveci*, in *RDI*, 2010, p. 443 ss.; D. SIMON, *L’invocabilità des directives dans les litiges horizontaux: confirmation ou infléchissement?*, in *Europe*, 2010, p. 4 ss.; F. FONTANELLI, *General Principles of the EU and a Glimpse of Solidarity in the Aftermath of Mangold and Kücükdeveci*, in *EPL*, 2011, p. 225 ss.

<sup>17</sup> Sentenza del 10 gennaio 2010, causa C-555/07, *Kücükdeveci*, *Raccolta*, p. I-365, punto 22.

cativa di un principio generale di diritto (capace di produrre effetti diretti orizzontali) nonché di una disposizione della Carta che ne rifletta il contenuto. In proposito, la Corte era stata avvertita sui rischi derivanti “dall’ accordare ad un principio generale espresso in specifiche norme comunitarie un tale grado di indipendenza da poter essere invocato in sostituzione di tali norme, o indipendentemente da esse”<sup>18</sup>. Nei rapporti tra privati, l’effetto sarebbe quello di rendere giustiziabili, anche prima della scadenza, tutte quelle direttive volte a rafforzare la protezione di diritti fondamentali espressi in norme di rango primario, qual è oggi la Carta, ovvero che assurgono a principi generali del diritto dell’Unione<sup>19</sup>. Le preoccupazioni sono certamente motivate sotto il profilo della certezza giuridica e del legittimo affidamento. Non va però trascurato che in *Mangold* la situazione rientrava nell’ambito di applicazione del diritto UE per effetto della direttiva 1999/70/CE e non in ragione del principio di parità di uguaglianza o dell’art. 13 TCE<sup>20</sup>. Il carattere generale del principio di non discriminazione in base all’età, insieme al primato, era tuttavia essenziale affinché il giudice interno potesse utilizzarlo in una controversia tra singoli<sup>21</sup>.

A ben vedere, le premesse da cui muove la Corte per affermare l’esistenza del principio generale di non discriminazione in base all’età paiono fondate solo a voler considerare principi generali di diritto (senza ulteriori valutazioni in relazione alle tradizioni costituzionali degli Stati membri) tutti i divieti di discriminazione richiamati dall’art. 1 della direttiva<sup>22</sup>. Il carattere vincolante dell’art. 21

---

<sup>18</sup> Conclusioni dell’Avvocato generale Mazák del 15 febbraio 2007, causa C-411/05, *Palacios de la Villa, Raccolta*, p. I-8531, punto 138. Rilevando la compatibilità dell’accordo collettivo in causa con la direttiva 2000/78/CE, cit., la Corte non ha affrontato il problema dell’invocabilità della medesima in un rapporto di tipo orizzontale.

<sup>19</sup> Secondo l’Avvocato generale Bot: “Tali ipotesi aumenteranno verosimilmente se la Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea acquisirà in futuro una forza giuridica vincolante, poiché tra i diritti fondamentali ripresi in tale Carta, un determinato numero compare nell’esperienza comunitaria sotto forma di direttive” (conclusioni del 7 luglio 2009, causa C-555/07, *Kücükdeveci*, cit., punto 70). Tra le disposizioni della Carta che potrebbero venire in rilievo possono menzionarsi: l’art. 27 (diritto all’informazione e alla consultazione dei lavoratori nell’ambito dell’impresa), l’art. 30 (tutela del lavoratore in caso di licenziamento ingiustificato), l’art. 31 (diritto a condizioni di lavoro giuste ed eque), l’art. 32 (divieto del lavoro infantile e la tutela dei giovani lavoratori), l’art. 33 (garanzia di poter conciliare la vita familiare e la vita professionale) e, infine, l’art. 34, par. 2 (diritto alla sicurezza sociale dei lavoratori migranti). Cfr. O. DE SCHUTTER, *Les droits fondamentaux dans l’Union européenne: une typologie de l’acquis*, in E. BRIBOSIA, L. HENNEBEL (dir.), *Classer les droits de l’homme*, Bruxelles, 2004, p. 346 ss.

<sup>20</sup> Sentenze *Mangold*, cit., punto 75, e *Bartsch*, cit., punto 24.

<sup>21</sup> Sentenza *Kücükdeveci*, cit., punti 50-55.

<sup>22</sup> Secondo la Corte il principio generale di non discriminazione in base all’età “trova la sua fonte in vari strumenti internazionali e nelle tradizioni costituzionali degli Stati membri” (sentenza *Mangold*, cit., punto 74). Sul ragionamento induttivo seguito dalla Corte per affermare l’esistenza del principio ed il nesso strutturale con la direttiva, si vedano anche le conclusioni *Palacios de la Villa*, cit., punto 95, nonché le conclusioni dell’Avvocato generale Sharpston del 22 maggio 2008, causa C-427/06, *Bartsch*, cit., punti 50 ss.

della Carta sancisce la bontà dell'assunto e, anzi, sembrerebbe imporre una piena equiparazione delle diverse categorie previste dalla norma<sup>23</sup>.

Ma nonostante l'espresso invito da parte del giudice del rinvio<sup>24</sup> e le indicazioni dell'Avvocato generale Jääskinen<sup>25</sup>, nel recente caso *Römer* la Grande sezione si è rifiutata di qualificare il principio di non discriminazione sulla base dell'orientamento sessuale come principio generale di diritto. Conformemente alla giurisprudenza *Maruko*<sup>26</sup>, essa ha considerato che la normativa tedesca sulla pensione complementare di vecchiaia violasse detto principio nella misura in cui riconosceva ai partner di una unione civile un importo inferiore rispetto a quello concesso al coniuge non stabilmente separato. Pur deferendo al giudice nazionale la valutazione circa la comparabilità tra il matrimonio e le unioni civili nell'ordinamento interno, la Corte di giustizia ha ritenuto che né l'art. 13 CE né la direttiva 2000/78/CE fossero in grado di ricondurre la situazione al campo di applicazione del diritto dell'Unione "relativamente al periodo precedente la scadenza del termine di trasposizione di tale direttiva"<sup>27</sup>. Qualora fosse accertata l'infrazione, dunque, le relative conseguenze potranno retroagire solo al 3 dicembre del 2003 e non al novembre 2001, data a partire dalla quale il sig. Römer avrebbe titolo per rivendicare detta pensione. D'altro canto, la misura nazionale non poteva essere fatta risalire ad "altre disposizioni del diritto dell'Unione", con la conseguenza di limitare gli effetti temporali della violazione alla data prevista per il recepimento<sup>28</sup>. Sotto questo profilo, viene confermata l'impostazione adottata in *Mangold*<sup>29</sup> e contestualmente

<sup>23</sup> V. M. FALLON, D. MARTIN, *Dessine-moi une discrimination*, in *Journal de Droit Européen*, 2010, p. 172.

<sup>24</sup> Sentenza *Römer*, cit., punto 28. Cfr. anche le conclusioni dell'Avvocato generale Jääskinen del 15 luglio 2010, causa C-147/08, *Römer*, cit., punti 129 ss.

<sup>25</sup> *Ibidem*, punto 46.

<sup>26</sup> Sentenza del 1 aprile 2008, causa C-267/06, *Maruko*, *Raccolta*, p. I-1757.

<sup>27</sup> Sentenza *Römer*, cit., punto 61.

<sup>28</sup> *Ibidem*, punto 63. Sul significato da attribuire all'espressione, v. anche E. BRIBOSIA, T. BOMBOIS, *Interdiction de la discrimination en raison de l'âge: du principe, de ses exceptions et de quelques hésitations...Réflexions autour des arrêts Wolf, Petersen et Küçükdeveci de la Cour de Justice de l'Union européenne*, in *RTDE*, 2011, p. 80 ss.

<sup>29</sup> In *Mangold* il collegamento era assicurato dalla direttiva 1999/70/CE del Consiglio, del 28 giugno 1999, relativa all'accordo quadro CES, UNICE e CEEP sul lavoro a tempo determinato, *GUCE L* 175, 10 luglio 1999, p. 43 ss., adottata sulla base dell'art. 139, par. 2, TCE (oggi art. 155, par. 3, TFUE). La causa *Küçükdeveci*, invece, è stata decisa sul presupposto che la normativa nazionale trasponesse nell'ordinamento tedesco la direttiva 2000/78/CE, cit. Va però precisato che, mentre in *Mangold* la Corte utilizza come parametro di giudizio la direttiva 2000/78/CE, in *Küçükdeveci* i giudici di Lussemburgo verificano la compatibilità della regola nazionale con il principio generale (sebbene ancorino le proprie valutazioni alle disposizioni della direttiva). Non è mancato chi ha colto l'incoerenza del ragionamento seguito per giungere ad ordinare la disapplicazione della normativa interna incompatibile con la direttiva sostenendo che "la Cour aurait dû déterminer si la violation de l'interdiction de discrimination contenue dans la directive impliquait également une violation du principe général du droit avant de reconnaître un effet d'excusion à un tel principe dans le litige devant le juge de renvoi": così E. BRIBOSIA, T. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 77.

escluso che il principio possa *per se* attrarre una situazione nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione<sup>30</sup>.

Lo sforzo compiuto per ricomporre il precedente *Mangold* con le conclusioni raggiunte in *Küçükdeveci* non è però soddisfacente. Negando pari dignità al principio di non discriminazione fondata sull'orientamento sessuale, la Corte ha confinato la possibilità di invocare la direttiva 2000/78/CE alle sole controversie che oppongono i singoli allo Stato (cosiddetti rapporti verticali), proprio come quella che opponeva il sig. Römer alla *Freie und Hansestadt Hamburg*<sup>31</sup>. Benché nella fattispecie venga comunque assicurata l'effettività del diritto, la sentenza suscita non poche perplessità. E non solo per quanto attiene al rischio di una ricostruzione dei diritti fondamentali in termini gerarchici, incompatibile con il nuovo *status* riconosciuto alla Carta e peraltro inspiegabile alla luce della pronuncia del *Bundesverfassungsgericht* nel caso *Honeywell*<sup>32</sup>.

V'è da chiedersi in particolare se *Mangold* sia ancora un precedente valido e se gli effetti diretti orizzontali siano una prerogativa del principio di non discriminazione fondata sull'età, ovvero di tutte le categorie individuate all'art. 1 della direttiva e all'art. 21 della Carta, che per l'appunto codifica il principio di uguaglianza nel diritto primario senza adottare una lista esaustiva di motivi discriminatori<sup>33</sup>. In alternativa, *Mangold* e *Küçükdeveci* potrebbero essere considerate eccezioni alla regola giustificabili in virtù del principio dell'effetto utile<sup>34</sup>. Certo, la portata generale di un principio, e più segnatamente del principio di non discriminazione in base all'età, non sembra poter dipendere dal carattere orizzontale o verticale della controversia. In considerazione dell'impatto che possono avere sulla tutela accordata ai singoli, l'auspicio è che la Corte chiarisca al più presto questi delicati aspetti.

---

<sup>30</sup> Sentenza Römer, cit., punti 57-64.

<sup>31</sup> *Ibidem*, punto 53.

<sup>32</sup> BVerfG, decisione del 6 luglio 2010. Ad avviso del giudice costituzionale tedesco, il primato giustifica una compressione del principio del legittimo affidamento e la soluzione proposta in *Mangold* non integra un comportamento *ultra vires*. Al momento non vi sono ragionevoli motivi per ritenere che le corti costituzionali o supreme degli altri Stati membri sarebbero pronte a rivendicare la sovranità nazionale in relazione a questo o altri motivi discriminatori. In dottrina, v. R. BARATTA, *Le competenze interne dell'Unione tra evoluzione e principio di reversibilità?*, in *DUE*, 2010, p. 549 ss.; P. FARAGUNA, *Il Mangold-Urteil del BverfG, Controllo ultra vires sì, ma da maneggiare europarechtfreundlich*, in *Q. Cost.*, 2010, p. 863 ss.; e M. PAYANDEH, *Constitutional Review of EU law After Honeywell: Contextualising the Relationship Between the German Constitutional Court and the EU Court of Justice*, in *CML Rev.*, 2011, p. 9 ss.

<sup>33</sup> È quanto sembra potersi ricavare, peraltro, dalle sentenze del 14 settembre 2010, causa C-550/07, *Akzo Nobel Chemicals*, e dell'11 marzo 2011, causa C-236/09, *Test-Achats ASBL*, non ancora pubblicate in *Raccolta*, rispettivamente punto 54 e 17.

<sup>34</sup> A queste sentenze si aggiungano, per quanto attiene agli effetti delle direttive nei rapporti tra privati, i noti precedenti *CIA* (sentenza del 30 aprile 1996, causa C-194/94, *Raccolta*, p. I-2201) ed *Unilever* (sentenza del 26 settembre 2000, causa C-443/98, *ivi*, p. I-7535). Sul punto sia consentito un rinvio a G. DI FEDERICO, *Il recepimento delle direttive nella giurisprudenza della Corte di giustizia*, in C. Odone, G. Di Federico (a cura di), *Il recepimento delle direttive dell'Unione europea nella prospettiva delle regioni italiane. Modelli e Soluzioni*, Napoli, 2010, p. 55 ss., nonché alla dottrina *ivi* richiamata.



3. La direttiva 2000/78/CE afferma che “il divieto di discriminazione basata sull’età costituisce un elemento essenziale per il perseguimento degli obiettivi definiti negli orientamenti in materia di occupazione e la promozione della diversità nell’occupazione” ed esige che qualsiasi disparità di trattamento sia giustificata da una finalità legittima e risulti proporzionata<sup>35</sup>. Come tutte le direttive, fissa un obbligo di risultato in capo alle competenti autorità statali, ma non esige un recepimento *ad hoc* da parte del legislatore. Per effetto dell’art. 16, infatti, gli Stati sono tenuti ad abrogare tutte le disposizioni legislative, regolamentari ed amministrative incompatibili con il principio della parità di trattamento nonché ad assicurare che altre misure di carattere privatistico come i contratti, anche collettivi, di lavoro “siano o possano essere dichiarate nulle e prive di effetto oppure siano modificate”<sup>36</sup>.

La direttiva si applica a tutte le persone per quanto concerne: le condizioni di accesso al lavoro, autonomo e dipendente, pubblico o privato, ivi incluso l’orientamento e la formazione professionale; i criteri di selezione, l’affiliazione presso un’organizzazione professionale o di categoria, la promozione, il licenziamento e la retribuzione (art. 3, par. 1). Non si applica invece alle disposizioni nazionali che stabiliscono l’età pensionabile (14° “considerando”), né ai regimi di sicurezza sociale e di protezione sociale che prevedono prestazioni in natura ovvero ad elargizioni statali volte alla creazione o al mantenimento di posti di lavoro (13° “considerando” e art. 3, par. 3)<sup>37</sup>. Ciò consente di salvaguardare la disciplina specifica contenuta nel regolamento 1408/71 senza compromettere lo spirito della direttiva<sup>38</sup>. Sulla base dell’art. 141 TCE (oggi art. 157 TFUE) la Corte di giustizia è ad esempio giunta a ricomprendere nell’ambito di applicazione della direttiva 2000/78/CE una prestazione ai superstiti concessa in base a

<sup>35</sup> 25° “considerando” della direttiva 2000/78/CE, cit.

<sup>36</sup> Come emerge dal 36° “considerando” della direttiva in esame: “Gli Stati membri possono affidare alle parti sociali, dietro richiesta congiunta di queste, l’attuazione della presente direttiva, per quanto riguarda le disposizioni che rientrano in convenzioni collettive, a condizioni che adottino tutti i provvedimenti necessari che consentano loro di garantire, in qualsiasi momento, i risultati imposti dalla presente direttiva”.

<sup>37</sup> Inoltre, l’art. 3, par. 4, consente agli Stati di non applicare il divieto di discriminazione in base all’età (e all’handicap) alle forze armate. Sul punto, il 18° “considerando” chiarisce che “la presente direttiva non può avere l’effetto di costringere le forze armate nonché i servizi di polizia, penitenziari o di soccorso ad assumere o mantenere nel posto di lavoro persone che non possiedono i requisiti necessari per svolgere l’insieme delle funzioni che possono essere chiamate ad esercitare, in considerazione dell’obiettivo legittimo di salvaguardare il carattere operativo di siffatti servizi”. Per altro verso, il 19° “considerando” fa obbligo agli Stati che si avvalgono di tale facoltà di delimitare la portata della misura discriminatoria.

<sup>38</sup> Regolamento (CEE) n. 1408/71 del Consiglio, del 14 giugno 1971, relativo all’applicazione dei regimi di sicurezza sociale ai lavoratori subordinati e ai loro familiari che si spostano all’interno della Comunità, *GUCE* L 149, 5 luglio 1971, p. 2 ss., abrogato e sostituito dal regolamento (CE) n. 883/04 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativo al coordinamento dei sistemi di sicurezza sociale, *GUUE* L 166, 30 aprile 2004, p. 1 ss. V. anche le conclusioni dell’Avvocato generale Colomer del 6 settembre 2007, causa C-267/06, *Maruko*, cit., punto 41.



un regime previdenziale di categoria<sup>39</sup> ovvero una pensione complementare di vecchiaia versata da un regime pubblico<sup>40</sup>. In entrambi i casi, infatti, i giudici hanno ritenuto che l'obbligo pecuniario ammontasse ad una "retribuzione"<sup>41</sup>.

Laddove la disciplina statale venga attratta nell'ambito di applicazione della direttiva 2000/78/CE sarà possibile argomentare che l'adozione di provvedimenti discriminatori è stata necessaria per lo svolgimento dell'attività lavorativa (art. 4, par. 1) o per la protezione dell'ordine pubblico, della sicurezza pubblica e della salute (art. 2, par. 5). Sono proibite le discriminazioni dirette, che si realizzano quando "una persona è trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga" (art. 2, par. 2, lett. a), e quelle indirette, "quando una disposizione, un criterio o una prassi apparentemente neutri possono mettere in una posizione di particolare svantaggio le persone che professano una determinata religione o ideologia di altra natura, le persone portatrici di un particolare handicap, le persone di una particolare età o di una particolare tendenza sessuale, rispetto ad altre persone" (art. 2, par. 2, lett. b). In proposito, la direttiva contempla due regimi derogatori apparentemente distinti: nel primo caso, le misure devono essere "ragionevolmente e oggettivamente giustificate" da una finalità legittima, inclusi gli obiettivi di politica sociale (art. 6, par. 1) e i mezzi per il suo conseguimento devono risultare appropriati e necessari; nel secondo, invece, è sufficiente che le predette siano "oggettivamente giustificate", idonee e proporzionate (art. 2, par. 2, lett. b)<sup>42</sup>.

L'ampia portata della direttiva merita di essere apprezzata anche alla luce della pronuncia della Corte di giustizia nel ricordato caso *Coleman*. Nell'ambito di un ricorso per licenziamento addebitabile al datore di lavoro e per discriminazione fondata sulla disabilità, l'*Employment Tribunal* di Londra chiedeva se la discriminazione per associazione rientrasse nell'ambito di applicazione della direttiva. La sig.ra Coleman, segretaria presso uno studio legale, era stata vittima di discriminazioni e molestie sul luogo di lavoro in ragione delle disabilità del

---

<sup>39</sup> Sentenza *Maruko*, cit., punti 60 e 61.

<sup>40</sup> Sentenza *Römer*, cit., punto 33.

<sup>41</sup> La nozione di "retribuzione" ai sensi dell'art. 141, par. 2, TCE (oggi art. 157, par. 2, TFUE) è stata interpretata estensivamente dalla Corte di giustizia per ricomprendervi un numero sempre crescente di regimi pensionistici. Elemento determinante è la sussistenza di un (precedente) vincolo contrattuale tra il lavoratore e il datore di lavoro (v. sentenze del 28 settembre 1994, causa C-7/93, *Beune*, *Raccolta*, p. I-4471, punto 43; del 17 aprile 1997, causa C-147/95, *DEI*, *ivi*, p. I-2057, punto 19; del 9 ottobre 2001, causa C-379/99, *Menauer*, *ivi*, p. I-7275; del 7 gennaio 2004, causa C-117/01, *K.B.*, *ivi*, p. I-541, punto 26). In relazione a regimi pensionistici professionali, tuttavia, i giudici di Lussemburgo valutano altresì se la pensione interessa solo una particolare categoria di lavoratori nonché il rapporto con l'anzianità di servizio e l'ultima retribuzione percepita dal lavoratore (v. sentenze del 29 novembre 2001, causa C-366/99, *Griesmar*, *ivi*, p. I-9383, punto 30; del 12 settembre 2002, causa C-351/00, *Pirkko Niemi*, *ivi*, p. I-7007, punto 47; del 23 ottobre 2003, cause riunite C-4 e 5/02, *Schönheit* e *Becker*, *ivi*, p. I-12575, punto 58; e la sentenza *Maruko*, cit., punto 48).

<sup>42</sup> Per ulteriori interessanti osservazioni sulla coesistenza all'interno della direttiva di molteplici regimi derogatori *ad hoc*, v. E. DUBOUT, *L'article 13 Traité CE. La clause communautaire de lutte contre les discriminations*, Bruxelles, 2006, p. 493.

figlio e indotta a rassegnare le proprie dimissioni. Si trattava pertanto di determinare il rapporto tra i motivi discriminatori di cui all'art. 1 direttiva 2000/78/CE e la vittima della discriminazione. La risposta della Corte è stata netta: il principio di parità di trattamento sancito dalla direttiva in ambito di lavoro "si applica non in relazione ad una determinata categoria di persone, bensì sulla scorta dei motivi indicati nel suo art. 1"<sup>43</sup>. Almeno in relazione alle discriminazioni dirette, devono quindi considerarsi vietate tutte le misure volte a colpire terzi che siano in stretto rapporto con persone appartenenti ad una delle categorie individuate nella direttiva<sup>44</sup>. Diversamente, verrebbero pregiudicati gli obiettivi perseguiti dal legislatore dell'Unione europea e con essi lo stesso principio generale della parità di trattamento.

La regola affermata nel precedente dovrebbe estendersi a situazioni in cui i diritti garantiti al singolo in materia di lavoro risultino pregiudicati per effetto del rapporto con una determinata persona, la quale viene discriminata per motivi anagrafici. Allo stato dell'arte, tuttavia, pare affrettato ritenere tutelata ogni forma di discriminazione per associazione quando il criterio che viene in rilievo è l'età. In *Coleman*, le disposizioni specifiche sulla disabilità sono puntualmente richiamate contribuendo a rafforzare l'impressione che i giudici abbiano voluto affermare una regola generale<sup>45</sup>, ma è difficile ignorare circostanze quali lo stretto grado di parentela e la dipendenza del portatore di handicap rispetto alla ricorrente<sup>46</sup>. Per il momento, non può dunque escludersi che in alcune circostanze il nesso tra il soggetto leso e il minore o l'anziano a carico possa risultare troppo tenue per attrarre la situazione nell'ambito di applicazione della direttiva<sup>47</sup>.

4. Volgendo ora l'attenzione agli aspetti sostanziali della politica dell'Unione in tema di discriminazioni fondate sull'età, è facile constatare che a partire dal 2005 l'interpretazione delle disposizioni della direttiva 2000/78/CE ha dato luogo ad un sempre più corposo filone giurisprudenziale. Basti pensare che ad oggi sono state rese ben undici sentenze, di cui sette della Grande sezione<sup>48</sup>,

<sup>43</sup> Sentenza *Coleman*, cit., punto 38.

<sup>44</sup> Sulla possibilità, almeno teorica, di estendere la discriminazione per associazione a forme di discriminazione indiretta si soffermano brevemente le conclusioni *Coleman*, cit., punto 19.

<sup>45</sup> A tale conclusione non sembra opporsi il precedente affermato nella sentenza del 17 febbraio 1998, causa C-249/96, *Grant, Raccolta*, p. I-621, in cui la Corte di giustizia ha negato la possibilità di equiparare le coppie eterosessuali e quelle omosessuali. La pronuncia, infatti, risale ad un momento in cui l'allora Comunità non si era ancora dotata degli strumenti normativi utili ad attuare il principio di non discriminazione di cui all'art. 13 TCE. A riguardo v. M. PILGERSTORFER, S. FORSHAW, *Transferred Discrimination in European Law, Case C-303/06, Coleman v. Attridge Law*, in *Industrial Law Review*, 2008, p. 384 ss.

<sup>46</sup> Sentenza *Coleman*, cit., punti 33 e 56.

<sup>47</sup> V. *infra*, par. 5.

<sup>48</sup> V. le citate sentenze *Mangold, Palacios de la Villa, Bartsch*; nonché le sentenze del 5 marzo 2009, causa C-388/07, *Age Concern England, Raccolta*, p. I-1569; del 18 giugno 2009, causa C-88/08, *Hütter*, *ivi*, p. I-5325; *Küçükdeveci*, cit.; del 12 gennaio 2010, causa C-229/08, *Wolf*, e causa C-341/08, *Petersen*, *ivi*, pp. I-1 e I-47; dell'8 luglio 2010, causa C-246/09, *Bulicke*, non

mentre sei casi sono pendenti<sup>49</sup>. La massa critica prodotta consente una prima valutazione circa l'approccio sinora sviluppato dalla Corte di giustizia.

L'analisi che segue si focalizzerà sulla portata della disciplina europea e sul margine discrezionale riconosciuto agli Stati membri. A tal riguardo va subito precisato che, "la valutazione dei fatti sulla base dei quali si può argomentare che sussiste discriminazione diretta o indiretta è una questione che spetta alle autorità giudiziarie nazionali o ad altre autorità competenti conformemente alle norme e alle prassi nazionali"<sup>50</sup>.

Nondimeno, la direttiva ha trovato applicazione in relazione ad un ampio spettro di provvedimenti interni: leggi e contratti collettivi che stabiliscono l'età pensionabile con effetti immediati sul rapporto di lavoro<sup>51</sup>; che facilitano la possibilità di licenziare un dipendente per raggiunto pensionamento<sup>52</sup>; che negano l'accesso a talune attività in base ad un criterio anagrafico<sup>53</sup>; che escludono i periodi di lavoro svolti prima del compimento del venticinquesimo anno di età ai fini del calcolo della durata del termine di preavviso<sup>54</sup>; che negano lo scatto retributivo per un apprendistato svolto da un minore di diciotto anni<sup>55</sup> o il diritto ad un'indennità di licenziamento ai lavoratori che possono già percepire una pensione di anzianità<sup>56</sup>.

Alcune delle soluzioni adottate dalla Corte erano tutt'altro che scontate poiché, come riferito in precedenza, il 14° "considerando" della direttiva 2000/78/CE fa salva la competenza degli Stati membri in materia di età pensionabile. In *Palacios de la Villa*, però, la Corte ha chiarito che la direttiva resta applicabile a "misure nazionali che disciplinano le condizioni per il termine di un contratto di lavoro al raggiungimento dell'età pensionabile"<sup>57</sup>. In tal senso, la cessazione *ex lege* del rapporto tra datore di lavoro e lavoratore<sup>58</sup> o forme di licenziamento *ad nutum* per ragioni anagrafiche (prive di giustificazione oggettiva e proporzionata) non saranno ammesse<sup>59</sup>.

Per quanto attiene alla possibilità di giustificare situazioni discriminatorie, è d'uopo insistere sia sulle peculiarità del "criterio età" rispetto alle altre categorie considerate dalla direttiva 2000/78/CE, sia sul carattere, diretto o indiretto, delle discriminazioni nonché sullo standard probatorio imposto agli Stati membri nel

---

ancora *ivi* pubblicata; del 12 ottobre 2010, causa C-499/08, *Andersen*, e causa C-45/09, *Rosenblatt*, non ancora *ivi* pubblicate; e *Georgiev*, cit.

<sup>49</sup> Al 30 giugno 2011 risultano pendenti le cause C-447/09, *Prigge*; C-86/10, *Balaban*; C-159 e 160/10, *Fuchs e Köhler*; nonché C-297 e 298/10, *Hennigs e Mai*.

<sup>50</sup> 15° "considerando" direttiva 2000/78/CE, cit.

<sup>51</sup> Sentenze *Palacios de la Villa*, cit.; *Rosenblatt*, cit.; *Petersen*, cit.; e *Georgiev*, cit.

<sup>52</sup> Sentenze *Mangold*, cit., e *Age Concern England*, cit.

<sup>53</sup> Sentenza *Wolf*, cit.

<sup>54</sup> Sentenza *Küçükdeveci*, cit.

<sup>55</sup> Sentenza *Hütter*, cit.

<sup>56</sup> Sentenza *Andersen*, cit.

<sup>57</sup> Sentenza *Palacios de la Villa*, cit., punto 44.

<sup>58</sup> *Ibidem*, punto 45.

<sup>59</sup> Sentenza *Age Concern England*, cit., punto 27.

momento in cui invocano una deroga legittima. Le limitazioni del principio di parità di trattamento sulla base dell'età ammettono sicuramente una maggiore flessibilità rispetto a forme di discriminazione fondate sulla razza, la disabilità o il sesso<sup>60</sup>. Non dovrebbe dunque sorprendere che la giurisprudenza in esame sia generalmente clemente nei confronti della legislazione interna (o dei contratti collettivi) sotto scrutinio. Per altro verso, il rischio è quello di estendere il regime più mite a situazioni che nascondono altre forme di pregiudizio<sup>61</sup>. Si pensi, ad esempio, alla causa *Küçükdeveci* dove la ricorrente si lamentava della normativa tedesca che ai fini del calcolo del preavviso legale in caso di licenziamento escludeva i periodi di lavoro svolti prima del compimento del venticinquesimo anno di età. Invero, risulta dal fascicolo del giudice del rinvio che essa era stata altresì vittima di una discriminazione fondata sulla razza, ma della questione la Corte non è stata investita<sup>62</sup>.

Le competenze riservate agli Stati membri<sup>63</sup> e le obiettive difficoltà di monitoraggio sulla vastissima e frammentata normativa di recepimento della direttiva pongono l'accento sul dovere di leale collaborazione. L'ampia libertà di manovra riconosciuta al legislatore interno nonché alle parti sociali acuisce tale esigenza specialmente con riguardo alle forme di discriminazione indiretta. L'occasione per chiarire la differenza rispetto alle discriminazioni dirette si è presentata alla Corte di giustizia nel caso *Andersen*. Dopo ventisette anni di servizio il ricorrente veniva licenziato abusivamente. Anziché far valere i propri diritti pensionistici, egli si iscriveva presso un ufficio di collocamento. Successivamente, il sig. Andersen agiva per l'ottenimento dell'indennità di licenziamento riservata dalla legge ai dipendenti in età pensionabile con oltre dodici anni di servizio presso il medesimo datore di lavoro. La tutela era tuttavia esclusa per i lavoratori che avevano aderito al regime previdenziale prima dei cinquant'anni. Il giudice del rinvio domandava quindi alla Corte se il divieto di discriminazioni dirette o indirette si opponesse a siffatta normativa.

Nelle sue conclusioni, l'Avvocato generale Kokott ha invocato la giurisprudenza *Dekker e Busch* in materia di discriminazioni fondate sul sesso per sostenere il carattere diretto della discriminazione: “una disparità di trattamento diretta fondata sull'età può (...) essere assunta non solo qualora una persona, a causa dell'età, venga esplicitamente trattata meno favorevolmente di quanto sia, sia stata o sarebbe trattata un'altra in una situazione analoga, bensì anche qualora

<sup>60</sup> In argomento v. J. GERARDS, *The Grounds of Discrimination*, in D. SCHIEK, L. WADDINGTON, M. BELL (eds.), *Cases, Materials and Texts on National, Supranational and International Non-Discrimination Law*, Oxford, 2007, p. 149.

<sup>61</sup> Cfr. E. ELLIS, *EU Anti-Discrimination Law*, Oxford, 2005, e D. SCHIEK, A. LAWSON (eds.), *European Union Non-Discrimination Law and Intersectionality*, London, 2011.

<sup>62</sup> Dal fascicolo del giudice del rinvio risulta che in primo grado l'*Arbeitsgericht Mönchengladbach* ha ravvisato una discriminazione fondata sulla razza. Infatti, il datore di lavoro si era rifiutato di trasferire la sig.ra Küçükdeveci presso un'altra sede disponibile in ragione del suo accento straniero. V. D. SCHIEK, *Age Discrimination Before the ECJ – Conceptual and Theoretical Issues*, in *CML Rev.*, 2011, p. 794 ss.

<sup>63</sup> Cfr. 14° e 15° “considerando” direttiva 2000/78/CE, cit.

essa subisca tale trattamento in forza di un criterio legato indissolubilmente all'età, assoluta o relativa"<sup>64</sup>. La Corte ha fatto propria questa lettura della normativa svedese, che lega il diritto all'indennità al raggiungimento dell'età pensionabile (ovverosia, sessant'anni nel caso del sig. Andersen)<sup>65</sup>, con il risultato, da un lato, di assicurare una coerenza interpretativa che prescinde dal motivo discriminatorio di cui si contesta la violazione e, dall'altro, di estendere per quanto possibile l'ambito di applicazione dell'art. 2, par. 2, lett. a) direttiva 2000/78/CE.

Passando ora all'esame dello standard probatorio imposto agli Stati membri nel derogare al principio di parità di trattamento in base all'età, è ormai pacifica la possibilità di desumere l'obiettivo perseguito dalla normativa controversa dal contesto generale del provvedimento<sup>66</sup>, sebbene siano spesso i governi che intervengono per specificarne la *ratio*. Ebbene: "semplici affermazioni generiche, riguardanti l'attitudine di un provvedimento determinato a partecipare alla politica del lavoro, del mercato del lavoro o della formazione professionale, non sono sufficienti affinché risulti che l'obiettivo perseguito (...) possa essere tale da giustificare una deroga al principio (...) né costituiscono elementi sulla scorta dei quali poter ragionevolmente ritenere che gli strumenti prescelti siano atti alla realizzazione di tale obiettivo"<sup>67</sup>.

L'eccessiva deferenza inizialmente mostrata nei confronti degli Stati membri è stata ben presto temperata chiarendo che il margine discrezionale loro attribuito "non può avere l'effetto di svuotare della sua sostanza il principio di non discriminazione in base all'età"<sup>68</sup>. In *Age Concern England*, su iniziativa di un ente di assistenza che promuove gli interessi degli anziani, i giudici erano chiamati a pronunciarsi sulla compatibilità del regolamento con il quale il Regno Unito si è conformato alla direttiva 2000/78/CE. Una deroga al divieto di non discriminazione sulla base dell'età era previsto, *inter alia*, per il licenziamento di un dipendente sessantacinquenne legato al raggiungimento dell'età pensionabile (stabilita dal datore di lavoro).

Nell'occasione la Corte ha negato il carattere tassativo delle deroghe previste nel caso di discriminazioni dirette ed aperto la strada ad un numero potenzialmente infinito di giustificazioni. Su questi presupposti, la giurisprudenza ha già individuato un numero cospicuo di finalità "astrattamente" legittime, tra cui: la tutela della salute degli assicurati affiliati al regime pubblico obbligatorio di assicurazione malattia<sup>69</sup>; la tutela dell'accesso all'occupazione giovanile<sup>70</sup>; il

---

<sup>64</sup> Conclusioni del 6 maggio 2010, causa C-499/08, *Andersen*, cit., punto 36. Sulla distinzione tra età assoluta e relativa, v. le conclusioni *Bartsch*, cit., punti 96 ss. Sulle discriminazioni indirette v. anche le conclusioni *Römer*, cit., punto 152.

<sup>65</sup> Sentenza *Andersen*, cit., punto 24.

<sup>66</sup> Cfr. sentenze *Palacios de la Villa*, cit., punto 57; *Age Concern England*, cit., punto 45; e *Rosenbladt*, cit., punto 58.

<sup>67</sup> Sentenza *Age Concern England*, cit., punto 51.

<sup>68</sup> *Ibidem*.

<sup>69</sup> Sentenza *Petersen*, cit.

<sup>70</sup> *Ibidem*.

buon funzionamento del corpo dei vigili<sup>71</sup>; l'incentivo alla prosecuzione degli studi secondari<sup>72</sup>; la protezione dei lavoratori in possesso di una maggiore anzianità di servizio e la promozione del loro reinserimento professionale<sup>73</sup>.

La sentenza *Age Concern England* ha parzialmente colmato le differenze testuali che emergono da una lettura degli articoli 6, par. 1, e 2, par. 2, lett. b) della direttiva. Infatti, la Corte ha rimarcato il carattere aperto della prima disposizione senza attribuire un significato particolare al termine "ragionevole", che come si ricorderà non figura tra i requisiti previsti dalla seconda per giustificare le discriminazioni indirette<sup>74</sup>. Per altro verso, essa ha sottolineato che incombe sugli Stati membri "l'onere di dimostrare la legittimità dell'obbiettivo perseguito nel rispetto di un'elevata soglia probatoria"<sup>75</sup>.

Come anticipato, l'ammissibilità della deroga invocata dallo Stato non vale a giustificare la misura discriminatoria. Occorre ancora provare che il provvedimento nazionale sia idoneo al raggiungimento degli scopi perseguiti e necessario. Il soddisfacimento di questo secondo criterio richiede una valutazione in negativo, volta ad escludere l'esistenza di mezzi meno restrittivi, e, se del caso, una valutazione in positivo, tesa a conciliare l'interesse pubblico alla base dell'eccezione con il sacrificio dei diritti contemplati nella direttiva 2000/78/CE (c.d. proporzionalità in senso stretto<sup>76</sup>) sul presupposto che lo Stato membro è tenuto a "trovare un giusto equilibrio tra i differenti interessi in gioco"<sup>77</sup>. Nell'esercitare il controllo d'idoneità e necessità, tuttavia, la Corte di giustizia si è raramente sostituita alle autorità nazionali, limitandosi a richiedere la coerenza e la non manifesta inadeguatezza del provvedimento interno rispetto agli scopi del legislatore<sup>78</sup> e delegando all'interprete il compito di stabilire il carattere proporzionato della misura.

In *Petersen*, riguardante una normativa tedesca sulla cessazione automatica dei dentisti convenzionati con il regime pubblico obbligatorio di assicurazione malattia al compimento del sessantottesimo anno di età, la Corte ha negato la giustificazione fondata sulla protezione della salute poiché la regola risultava inapplicabile al settore privato<sup>79</sup>. Nel giungere a tale conclusione, i giudici hanno peraltro chiarito – trasponendo a questo settore una giurisprudenza sviluppata e consolidata nell'ambito del mercato interno<sup>80</sup> – che la prevenzione di un

<sup>71</sup> Sentenza *Wolf*, cit.

<sup>72</sup> Sentenze *Hütter*, cit., e *Küçükdeveci*, cit.

<sup>73</sup> Sentenza *Andersen*, cit.

<sup>74</sup> Sentenza *Age Concern England*, cit., punto 65. Cfr. anche le conclusioni *Andersen*, cit., punto 31.

<sup>75</sup> Sentenza *Age Concern England*, cit., punto 65.

<sup>76</sup> Sentenza *Mangold*, cit., punto 65. In materia di discriminazioni fondate sul sesso, v. sentenza del 19 marzo 2002, causa C-476/99, *Lommers*, *Raccolta*, p. I-2891, punto 39.

<sup>77</sup> Sentenza *Palacios de la Villa*, cit., punto 71.

<sup>78</sup> *Ibidem*, punto 72.

<sup>79</sup> Sentenza *Petersen*, cit., punto 62. Con la sua seconda domanda il giudice del rinvio aveva chiesto di giudicare la legittimità della legislazione nazionale alla luce dell'art. 6 della direttiva. Tuttavia, *ex officio*, la Corte di giustizia ha effettuato la valutazione a norma dell'art. 5, par. 2.

<sup>80</sup> Cfr. sentenze della Corte di giustizia del 28 aprile 1998, causa C-158/96, *Kohll*, *Raccolta*, p.



rischio di grave alterazione dell'equilibrio finanziario del sistema di previdenza sociale rientra nell'obiettivo di tutela della sanità pubblica<sup>81</sup>. Per il resto, i giudici hanno ammesso, senza ulteriori indagini sulla proporzionalità, la possibilità di limitare il rischio di esuberi nel settore dei dentisti convenzionati<sup>82</sup>.

L'inidoneità della disciplina nazionale a raggiungere l'obiettivo è stato considerato anche nelle cause *Küçükdeveci* e *Hütter*. Nella prima, l'esclusione dei periodi di lavoro svolti prima del compimento del venticinquesimo anno di età per il calcolo della durata del termine di preavviso in caso di licenziamento è stata giudicata incapace di rafforzare la tutela dei lavoratori in funzione del tempo trascorso nell'impresa, posto che colpisce anche coloro che al momento della cessazione del rapporto vantano una lunga anzianità di servizio<sup>83</sup>.

Nella causa *Hütter*, invece, si è rilevata una contraddizione tra le finalità invocate per giustificare la legge austriaca, secondo la quale i periodi di servizio svolti presso un'università o un istituto di insegnamento superiore potevano essere presi in considerazione solo se svolti dopo il compimento del diciottesimo anno d'età. Secondo il governo nazionale l'intenzione era quella, da un lato, di non pregiudicare la posizione di coloro che hanno seguito studi generali rispetto a coloro che hanno intrapreso un percorso di formazione professionale e, dall'altro, di non trasferire sul settore pubblico il costo della formazione professionale<sup>84</sup>. Con particolare riferimento a questo secondo aspetto, viene colta e rimarcata l'assenza di rapporto diretto tra l'esperienza maturata, criterio legittimo di selezione, e l'obiettivo dichiarato: a parità di esperienza, infatti, la norma distingueva i lavoratori in funzione dell'età alla quale tale esperienza era stata acquisita<sup>85</sup>.

In *Andersen*, poi, la protezione dei lavoratori e l'ausilio al loro reinserimento professionale sono state qualificate come finalità legittime e la scelta di limitare l'indennità di licenziamento ai lavoratori che hanno aderito al sistema previdenziale dopo i cinquant'anni (e che non percepiranno una pensione di vecchiaia) non è apparsa manifestamente inadeguata<sup>86</sup>. La Corte ha però ritenuto che la scelta del legislatore non fosse proporzionata nella misura in cui comportava "un eccessivo pregiudizio agli interessi legittimi dei lavoratori" ed eccedeva "quanto necessario per la realizzazione degli obiettivi di politica sociale perseguiti"<sup>87</sup>. La legge sugli impiegati, infatti, finiva col privare dell'indennità tutti coloro che

---

I-1931, punto 41; del 12 luglio 2001, causa C-157/99, *Smits e Peerbooms*, *ivi*, p. I-5473, punto 72; del 13 maggio 2003, causa C-385/99, *Müller-Fauré e van Riet*, *ivi*, p. I-4509, punto 73; del 16 maggio 2006, causa C-372/04, *Watts*, *ivi*, p. I-4325, punto 103; e del 10 marzo 2009, causa C-169/07, *Hartlauer*, *ivi*, p. I-1721, punto 47.

<sup>81</sup> Sentenza *Petersen*, *cit.*, punto 45.

<sup>82</sup> *Ibidem*, punti 73-77. In questo caso, però, la valutazione del limite di sessantotto anni è stata condotta ai sensi dell'art. 6, par. 1, direttiva 2000/78/CE.

<sup>83</sup> Sentenza *Küçükdeveci*, *cit.*, punto 41.

<sup>84</sup> Sentenza *Hütter*, *cit.*, punto 47.

<sup>85</sup> *Ibidem*, punto 48.

<sup>86</sup> Sentenza *Andersen*, *cit.*, punto 35.

<sup>87</sup> *Ibidem*, punto 47.

avevano raggiunto l'età pensionabile e si erano affiliati al regime di previdenza sociale prima dei cinquant'anni, a prescindere dalla scelta di rimanere sul mercato del lavoro e, dunque, dalla circostanza che il singolo avesse effettivamente rivendicato la pensione di vecchiaia<sup>88</sup>.

L'ampio margine discrezionale concesso agli Stati membri è apprezzabile anche in *Wolf, Rosenblatt e Georgiev*. Nel primo caso, i giudici hanno accettato che il limite massimo di trent'anni previsto dalla legislazione tedesca per entrare a far parte del corpo dei vigili del fuoco costituisse una misura idonea e necessaria ai sensi dell'art. 4, par. 1, della direttiva sui requisiti professionali essenziali. Nel giungere a tali conclusioni, non può farsi a meno di notare che la Corte presume la correttezza, completezza e, quindi, l'attendibilità degli studi prodotti dal governo tedesco in giudizio per giustificare la soglia fissata dal legislatore<sup>89</sup>. Infatti, la scelta di non esercitare un controllo puntuale sulle brevi e generiche affermazioni dello Stato stridono apertamente con lo standard probatorio richiesto in *Age Concern England*<sup>90</sup>.

Le cause *Rosenblatt e Georgiev*, d'altro canto, riguardano la cessazione del rapporto di lavoro per raggiungimento dell'età pensionabile e confermano la cautela dei giudici europei nel sostituire il proprio giudizio a quello delle competenti istanze nazionali. Conformemente a quanto previsto nel contratto collettivo che regolava il lavoro part-time svolto presso un'impresa di pulizie tedesca, al compimento del sessantacinquesimo anno di età la sig.ra Rosenblatt si vedeva recapitare una lettera di fine rapporto. Nonostante i dubbi espressi dallo stesso giudice del rinvio, la Corte ha dichiarato la norma controversa compatibile con la direttiva 2000/78/CE in quanto giustificata e conforme al principio di proporzionalità.

Nell'esercitare il proprio sindacato giurisdizionale essa sembra porre particolare enfasi sul beneficio economico (distinto dal licenziamento e dalle dimissioni) che gli interessati possono ottenere al termine della loro carriera, sulla possibilità di continuare a lavorare dopo i sessantacinque anni nonché sul carattere negoziato della clausola di cessazione automatica inserita nel contratto collettivo applicabile alla ricorrente<sup>91</sup>. Sul punto l'approccio è assai diverso da quello adottato in *Commissione c. Germania*, dove la Corte di giustizia ha sì sottolineato che la contrattazione collettiva costituisce un diritto fondamentale sancito nella Carta, ma ha anche ribadito che l'esercizio delle competenze riservate alle parti sociali non deve compromettere il raggiungimento degli obiettivi dell'Unione<sup>92</sup>. Indipendentemente dal merito, la Corte avalla l'argomento del governo tedesco

<sup>88</sup> *Ibidem* punti 41 e 49.

<sup>89</sup> Sentenza *Wolf*, cit., punto 43. In senso conforme, v. E. BRIBOSIA, T. BOMBOIS, *op. cit.*, p. 58. Si noti, peraltro, che al momento della presentazione della propria candidatura la vittima aveva trentuno anni. La deferenza mostrata in questa occasione non sembra discostarsi dal margine di apprezzamento riconosciuto agli Stati dalla Corte di Strasburgo nella citata sentenza *Schwizgebel c. Svizzera*.

<sup>90</sup> V. sentenza *Age Concern England*, cit., punto 51.

<sup>91</sup> Sentenza *Rosenblatt*, cit., punto 43.

<sup>92</sup> Sentenza del 10 novembre 2010, causa C-271/08, *Commissione c. Germania*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Nella fattispecie si trattava della libera prestazione di servizi negli appalti pubblici perseguiti dall'Unione (punti 36-41).

secondo cui “la cessazione automatica del rapporto di lavoro presenterebbe altresì il vantaggio di non costringere i datori di lavoro a licenziare i lavoratori dichiarandoli non più idonei al lavoro, il che potrebbe rivelarsi umiliante per soggetti in età avanzata”<sup>93</sup> senza ulteriori considerazioni sui diritti degli anziani. Inoltre, a riprova della cautela che anima il suo controllo, essa si è rifiutata di addentrarsi nella valutazione delle condizioni proprie della sig.ra Rosenbladt tenendo in debito conto, ad esempio, la ridotta entità del beneficio dovuto.

In *Georgiev*, la discriminazione nei confronti del docente universitario coinvolto riguardava, in primo luogo, il licenziamento automatico previsto (ed attuato) al compimento del sessantottesimo anno di vita e, in secondo luogo, la possibilità per il datore di lavoro di procedere, una volta raggiunta l'età di sessantacinque anni, con la stipula e il rinnovo di contratti a tempo determinato. Come in *Petersen*, e diversamente da *Mangold*, entrambe le soglie di età sono state ritenute adeguate<sup>94</sup>. Quanto alla proporzionalità in senso stretto, invece, i giudici non hanno ritenuto la misura oltremodo pregiudizievole per i lavoratori poiché “non si basa unicamente su un'età determinata, ma prende altresì in considerazione la circostanza che gli interessati beneficino (...) di una pensione di vecchiaia”<sup>95</sup>. In linea con le pronunce *Palacios de la Villa* e *Age Concern England*, la soluzione della controversia viene dunque devoluta per intero al giudice interno, confermando ancora una volta l'ampio margine discrezionale concesso agli Stati membri nell'elaborazione della disciplina applicabile e nella sua concreta attuazione.

**5.** Prima di concludere, è bene soffermarsi ulteriormente sulla tutela giurisdizionale del principio di non discriminazione sulla base dell'età per verificare se essa sia realmente piena ed effettiva. A riguardo, merita ricordare che, in base alla direttiva 2000/78/CE, gli Stati sono tenuti a garantire l'accesso alla giustizia da parte dei singoli favorendo, *inter alia*, l'intervento di associazioni, organizzazioni e altre persone giuridiche impegnate nella lotta alle discriminazioni a livello interno (29° “considerando” e art. 9, par. 2).

Fatta eccezione per i procedimenti penali, l'onere di dimostrare che non vi sia stata discriminazione incombe in principio sulla parte convenuta (art. 10, par. 1)<sup>96</sup>. Più in generale, occorre assicurare “un'adeguata protezione giuridica in difesa delle vittime” (30° “considerando”) e prescrivere sanzioni effettive, proporzionate e dissuasive, tra cui il risarcimento dei danni (art. 17). Con tutta

---

<sup>93</sup> Sentenza *Rosenbladt*, cit., punti 64 ss.

<sup>94</sup> Sentenza *Georgiev*, cit., punti 51 e 63. In *Mangold* la normativa interna fissava a cinquanta-due anni l'età oltre la quale poteva procedersi ad un'assunzione a tempo determinato senza ragione obiettiva.

<sup>95</sup> Sentenza *Georgiev*, cit., punto 54.

<sup>96</sup> Secondo il 31° “considerando”: “non incombe tuttavia al convenuto provare la religione di appartenenza, le convinzioni personali, la presenza di un handicap, l'età o l'orientamento sessuale dell'attore”. L'inversione dell'onere probatorio, peraltro, vale anche nelle ipotesi di discriminazione per associazione (sentenza *Coleman*, cit., punto 61).

evidenza gli Stati membri sono liberi di offrire una protezione maggiore, ma devono sincerarsi che l'attuazione della direttiva non comporti un abbassamento della tutela rispetto allo standard già garantito dal diritto interno in situazioni rientranti nel suo ambito di applicazione (art. 8).

Di recente, nel citato caso *Bulicke*, la Corte di giustizia si è pronunciata proprio sul divieto di precarizzazione e sul dovere di garantire, anche dopo la cessazione del rapporto controverso, l'accesso a "procedure giurisdizionali e/o amministrative" (ovvero a procedure di conciliazione)<sup>97</sup> per ottenere il risarcimento dei danni. La fattispecie riguardava il rifiuto della Deutsche Büro, società tedesca che offre servizi telefonici, di assumere una signora quarantunenne. Sebbene l'annuncio per la copertura di posti vacanti fosse espressamente rivolto a soggetti compresi tra i diciotto e i trentacinque anni, la ricorrente aveva presentato la propria candidatura.

Il ricorso presentato avverso il respingimento di quest'ultima ha portato il *Landesarbeitsgericht Hamburg* ad interrogarsi circa la compatibilità della normativa interna invocata dalla sig.ra Bulicke con gli articoli 8 e 9 della direttiva. Benché in relazione alle sole discriminazioni basate sul sesso, la disciplina anteriore prevedeva infatti un termine di decadenza più lungo per l'introduzione di un'azione volta ad ottenere il risarcimento dei danni patiti, patrimoniali e non patrimoniali. Rilevando che "l'art. 1 della direttiva non considera il sesso come motivo di discriminazione"<sup>98</sup>, la Corte ha concluso per la compatibilità della normativa interna con l'art. 8<sup>99</sup>. L'ineccepibilità della soluzione sotto il profilo giuridico lascia l'amara constatazione che, almeno in termini di diritto positivo, il recepimento della direttiva ha generato l'occasione per abbassare il livello di tutela (generale) riservato alle vittime<sup>100</sup>.

Per altro verso, il giudice tedesco temeva che il *dies ad quem* previsto dalla normativa interna per chiedere il risarcimento dei danni patiti a causa di una discriminazione violasse i principi di equivalenza ed effettività<sup>101</sup>. Le premesse da cui muovono i giudici di Lussemburgo sono quelle dell'autonomia procedurale e dell'analogia, ma anche dell'assenza di un obbligo, in capo agli Stati

<sup>97</sup> Art. 9, par 1, direttiva 2000/78/CE.

<sup>98</sup> Sentenza *Bulicke*, cit., punto 45. Ma v. anche la sentenza dell'11 luglio 2006, causa C-13/05, *Navas*, *Raccolta*, p. I-6467, punto 56.

<sup>99</sup> Sentenza *Bulicke*, cit., punto 47.

<sup>100</sup> Il dichiarato obiettivo del *Allgemeines Gleichbehandlungsgesetz* (AGG), la legge del 14 agosto 2006 con la quale la Germania ha trasposto nell'ordinamento interno la direttiva 2000/78/CE, è quello "di impedire o eliminare qualsiasi svantaggio basato sulla razza, sull'origine etnica, sul sesso, sulla religione o sulle convinzioni personali, sugli handicap, sull'età o sulle tendenze sessuali" (v. sentenza *Bulicke*, cit., punto 8). A tal proposito è bene ricordare che le discriminazioni basate sul sesso sono già coperte da una serie di direttive più o meno specifiche e variamente dettagliate (cfr. la direttiva 79/7/CEE del Consiglio, del 19 dicembre 1978, relativa alla graduale attuazione del principio di parità di trattamento tra gli uomini e le donne in materia di sicurezza sociale, *GUCE* L 6, 10 gennaio 1979, p. 24 ss.; nonché le citate direttive 1999/70/CE; 2004/113/CE; e 2006/54/CE).

<sup>101</sup> Art. 15, par. 4, AGG.

membri, di estendere il loro regime più favorevole a tutte le azioni proposte in materie coperte dalla direttiva<sup>102</sup>. Lasciando al giudice interno la valutazione circa la comparabilità dei termini procedurali utili ai fini del giudizio sul primo aspetto, la Corte risolve il quesito relativo all'effettività ritenendo adeguato un termine di due mesi dal momento della notifica del rifiuto solo a condizione che risulti confermata l'interpretazione teleologica della norma, sostenuta in causa dal governo tedesco, secondo cui il *dies ad quem* verrebbe a coincidere con la data di avvenuta conoscenza della discriminazione<sup>103</sup>. Il dato dimostra la risolutezza della Corte nel fissare uno standard di protezione elevato, pur nel rispetto delle sovranità statali.

Nel tentativo di ampliare le garanzie giurisdizionali a favore del singolo, l'art. 11 della direttiva 2000/78/CE statuisce che: "Gli Stati membri introducono nei rispettivi ordinamenti giuridici le disposizioni necessarie per proteggere i dipendenti dal licenziamento, o da altro trattamento sfavorevole da parte del datore di lavoro, quale reazione a un reclamo interno all'impresa o a un'azione legale volta a ottenere il rispetto del principio della parità di trattamento". La previsione, che ritroviamo anche nella direttiva 2006/54/CE sulla parità di trattamento tra uomini e donne sul lavoro<sup>104</sup>, trae origine dalla sentenza *Coote*, emanata in vigore dell'ormai abrogata direttiva 76/207/CEE.

Licenziata a causa del suo stato di gravidanza, la ricorrente intentava causa contro il proprio datore di lavoro, ma finiva con l'accettare una transazione. Successivamente, la sig.ra Coote adiva l'*Industrial Tribunal* di Stratford per contestare il rifiuto da parte della Granada Hospitality di fornire referenze all'ufficio di collocamento cui si era nel frattempo rivolta. A suo avviso, il diniego costituiva una reazione alla prima domanda giudiziaria. Tuttavia, poiché la normativa interna non contemplava discriminazioni perpetrate al di fuori del rapporto di lavoro, la domanda veniva respinta. Il giudice d'appello, invece, sospendeva la trattazione per conoscere la posizione della Corte di giustizia in merito alla portata della protezione offerta dall'art. 6 della direttiva.

La questione viene risolta sulla base del principio generale di tutela giurisdizionale piena ed effettiva, comune alle tradizioni costituzionali degli Stati membri ed espressamente sancito dall'art. 6 CEDU<sup>105</sup>: in assenza di una espressa indicazione in senso contrario, occorre ritenere proibite anche le misure che "come nella fattispecie, sono adottate come reazione a un'azione promossa contro il datore di lavoro e sono volte ad ostacolare la ricerca di un nuovo posto di lavoro da parte del lavoratore licenziato"<sup>106</sup>.

La codificazione della regola nella direttiva 2000/78/CE offre maggiore certezza giuridica ai singoli e contribuisce all'effettività del principio di parità di trattamento, anche quando la discriminazione è fondata sull'età. Eppure, i contorni

---

<sup>102</sup> Sentenza *Bulicke*, cit., punto 27.

<sup>103</sup> *Ibidem*, punto 22.

<sup>104</sup> Cfr. art. 6 direttiva 2006/54/CE, cit.

<sup>105</sup> Sentenza *Coote*, cit., punti 21 ss.

<sup>106</sup> *Ibidem*, punto 27.

della tutela giurisdizionale restano da definire. In particolare, non è chiaro se il ricordato art. 11 possa essere invocato nell'ipotesi – ben nota all'ambiente giuslavoristico statunitense e nostrano – della *third party victimisation*: il soggetto discriminato viene danneggiato per avere esercitato i propri diritti, o dissuaso dall'esercitarli, minacciando ritorsioni nei confronti di persone ad esso vicine.

Ad avviso di chi scrive è possibile una lettura estensiva della norma fondandosi, come in *Coote*, sul principio generale di tutela giurisdizionale piena ed effettiva<sup>107</sup>, eventualmente in combinato disposto con l'art. 2, par. 4, direttiva 2000/78/CE<sup>108</sup>. Tuttavia, anche ammettendo il ricorso all'art. 11, un primo problema riguarda il legame che deve esistere tra la vittima e il terzo. Pur con i dovuti distinguo, si ricorderà come in *Coleman* la Corte paia attribuire un certo peso alla circostanza che la vittima della discriminazione fosse il figlio della ricorrente. Tenendo in debita considerazione l'approccio sostanziale che da sempre caratterizza l'intervento dei giudici di Lussemburgo, è verosimile che a prevalere non sarebbe il criterio della parentela, quanto quello del comprovato vincolo affettivo<sup>109</sup>. In secondo luogo, sussistono dubbi circa la possibilità di far valere l'art. 11 quando il datore di lavoro non coincide. A ben vedere, una lettura rigorosa della norma non offre molta protezione alla vittima. Ritorsioni aventi come destinatari individui appartenenti ad altri rami dell'impresa rispetto al soggetto discriminato dovrebbero rimanere escluse, così come, *a fortiori*, le misure sfavorevoli adottate nei confronti di terzi impiegati in contesti imprenditoriali completamente autonomi.

Nella prospettiva dell'adesione dell'Unione europea alla CEDU<sup>110</sup>, il legislatore ed interprete europeo sembrano godere di un certo margine discrezionale

<sup>107</sup> Si ricorderà che ai sensi dell'art. 47, par. 1, della Carta: "Ogni persona i cui diritti e le cui libertà garantiti dal diritto dell'Unione siano stati violati ha diritto a un ricorso effettivo dinanzi a un giudice".

<sup>108</sup> M. CONNOLLY, *Victimising Third Parties: The Equality Directives, the European Convention on Human Rights and EU General Principles*, in *ELR*, 2010, p. 822 ss. La disposizione richiamata recita: "l'ordine di discriminare persone per uno dei motivi di cui all'articolo 1, è da considerarsi discriminazione ai sensi del paragrafo 1". La possibilità di invocare questa disposizione per ampliare la portata dell'art. 11 è però quanto meno dubbia, salvo voler assimilare le discriminazioni per associazione e le ritorsioni a danno di terzi. Mentre nel primo caso vi è pur sempre una violazione diretta dell'art. 1 della direttiva (v. sentenza *Coleman*, cit., punto 38), nel secondo è il reclamo a determinare la reazione illegittima.

<sup>109</sup> V. per analogia le sentenze *Maruko*, cit., punti 67 ss., e *Romer*, cit., punto 42.

<sup>110</sup> V. art. 6, par. 2, TUE. Com'è noto, i negoziati sono in corso. Per maggiori informazioni sullo stato di avanzamento dei lavori, si rinvia al sito del gruppo informale sull'adesione, CDDH-EU ([www.coe.int](http://www.coe.int), reperibile *on line*). Sull'adesione dell'Unione alla CEDU v., tra i tanti, C. KRUGER, *Reflections Concerning Accession of the European Communities to the European Convention on Human Rights*, in *Penn State International Law Review*, 2003, p. 97 ss.; P. MANIN, *L'Adhésion de l'Union Européenne à la Convention de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales*, in L. S. ROSSI (dir.), *Vers une nouvelle architecture de l'Union européenne*, Bruxelles, 2004, p. 265 ss.; A. GIANELLI, *L'adesione dell'Unione europea alla CEDU secondo il Trattato di Lisbona*, in *DUE*, 2009, p. 683 ss.; P. MENGOLZI, *Les caractéristiques spécifiques de l'Union européenne dans la perspective de son adhésion à la CEDH*, *ivi*, p. 231 ss.; nonché i più recenti



circa lo standard minimo di protezione da assicurare ai singoli. In effetti, non si rinviene nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo alcuna indicazione riguardo alla necessità di estendere la tutela sinora accordata<sup>111</sup>. Da un lato, l'operatività dell'art. 14 CEDU resta condizionata all'applicabilità dell'art. 8; dall'altro, la violazione della vita privata sembra configurabile solo in ipotesi estreme quali il licenziamento del terzo. Con tutta evidenza, quanto appena riferito non impedisce all'Unione, così come agli Stati membri, di offrire un livello di tutela più elevato<sup>112</sup>. In questo senso, la risposta più soddisfacente alle perplessità ermeneutiche segnalate sarebbe senza dubbio una modifica dell'art. 11 direttiva 2000/78/CE, che però al momento non sembra programmato<sup>113</sup>.

6. Alla luce di quanto esposto è possibile formulare alcune considerazioni conclusive sulla più recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di discriminazioni basate sull'età. A partire da *Mangold*, è stata affermata l'efficacia orizzontale del principio generale di non discriminazione in base all'età nella misura in cui risulti sufficientemente esplicitato nel diritto derivato e la situazione rientri nell'ambito di applicazione del diritto dell'Unione, senza tuttavia estendere tale ragionamento al principio di non discriminazione fondato sull'orientamento sessuale. In questo senso, *Römer* può considerarsi un'occasione mancata per affermare il valore aggiunto della Carta a seguito dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona e riportare la questione nell'alveo della giurisprudenza *Defrenne II*<sup>114</sup> e *Angonese*<sup>115</sup>.

La pronuncia parrebbe relegare *Mangold* e *Küçükdeveci* a meri 'incidenti di percorso' riconducibili al desiderio di assicurare l'effetto utile e con esso il rispetto della CEDU. Per altro verso, dal caso *Römer* si deduce che l'art. 21 della Carta non è suscettibile, di per sé, di far rientrare una situazione nell'ambito di applicazione del diritto UE abbisognando sempre di una normativa di attuazione o di "altre disposizioni del diritto dell'Unione" per esplicitare effetti diretti, anche orizzontali<sup>116</sup>.

---

contributi di J.-P. JACQUÉ, A. TIZZANO, C. LADEMBURGER e F. TULKENS apparsi sulla *RTDE*, 2011, pp. 7-34.

<sup>111</sup> Per un'interessante ricostruzione della giurisprudenza, che potrebbe essere invocata in ipotesi di discriminazione per associazione o di *third party victimisation*, v. M. CONNOLLY, *op. cit.*, p. 828 ss.

<sup>112</sup> Cfr. art. 52, par. 3, della Carta.

<sup>113</sup> Il dato non deve sorprendere se si considera l'impatto che un simile emendamento dell'art. 11 avrebbe sugli ordinamenti nazionali.

<sup>114</sup> Sentenza del 15 giugno 1978, causa 149/77, *Defrenne*, *Raccolta*, p. I-1365, punti 65-68.

<sup>115</sup> Sentenza del 6 giugno 2000, causa C-281/98, *Angonese*, *Raccolta*, p. I-4139, punti 29-37.

<sup>116</sup> Tra le disposizioni del TFUE suscettibili di attrarre una situazione nell'ambito di applicazione del diritto UE anche in assenza di una normativa di attuazione, ovvero di un elemento transnazionale, è d'obbligo menzionare l'art. 20 TFUE. V. sentenza della Corte di giustizia dell'8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*, non ancora pubblicata in *Raccolta*. Per un primo commento, v. F. PICOD, *Reconnaissance d'un droit de séjour à un ressortissant colombien père de deux enfants devenus citoyens de l'Union*, in *La Semaine Juridique*, 2011, p. 543.

Da un punto di vista sostanziale, i giudici di Lussemburgo hanno esercitato un controllo moderato sugli Stati membri. Dopo la scadenza per la trasposizione della direttiva 2000/78/CE, la disapplicazione della legge interna incompatibile resta una garanzia minima<sup>117</sup>, espressione del primato, che opera nelle controversie verticali<sup>118</sup> e, tramite una lettura congiunta dell'atto derivato e del principio generale di non discriminazione in base all'età, nelle liti tra privati<sup>119</sup>.

Pur dimostrandosi risoluta nel garantire il rispetto della disciplina europea, quale emerge dalla direttiva 2000/78/CE, la Corte ha ammesso che gli Stati membri dispongono di un ampio margine di valutazione discrezionale nella scelta delle misure atte a realizzare i loro obiettivi di politica economica e sociale. Tuttavia, tale discrezionalità non può avere l'effetto di svuotare della sua sostanza l'attuazione del principio di non discriminazione in funzione dell'età. Ulteriori preziose informazioni sullo standard probatorio applicato dalla Corte potranno venire dalla cause gemelle *Fuchs e Khöler*, dove si tratterà di determinare se gli Stati siano tenuti ad addurre dati statistici o di altra natura – e nell'evenienza quali – nel dimostrare l'idoneità e la necessità delle misure nazionali che perseguono finalità legittime<sup>120</sup>.

In linea di principio, spetta al giudice nazionale determinare se e in che misura, ad esempio, una disposizione che consente ai datori di lavoro di licenziare i lavoratori che hanno raggiunto l'età del pensionamento persegua finalità legittime. Esistono tuttavia casi in cui la Corte interviene a difesa del primato e dell'effetto utile. Benché la prassi decisionale esaminata rifletta un approccio casistico, i giudici sembrano modulare il loro intervento in funzione della discriminazione materialmente posta in essere nonché degli interessi nazionali in gioco. Ciò contribuisce a spiegare le soluzioni adottate in *Wolf, Rosenbladt, Petersen e Andersen*.

Resta da capire il ruolo che potrà giocare la Carta sulla discrezionalità del legislatore europeo e sulle esperienze normative degli Stati membri. In particolare, andrà verificata l'incidenza del principio solidaristico sul bilanciamento di interessi operato dalla Corte in punto di valutazione sulla giustificazione e sulla proporzionalità delle misure nazionali che impongono forme di discriminazione diretta ovvero indiretta basate sull'età. Purtroppo, almeno sino ad ora, nessuna delle menzionate pronunce ha utilizzato la Carta per risolvere un conflitto di tipo valoriale, ma non può escludersi che ciò avvenga in un futuro molto prossimo.

Viene invece confermata, qualora ve ne fosse stato bisogno, una delle premesse da cui si è partiti, ovvero che le legislazioni statali di settore faticano a trovare il giusto equilibrio tra le pressioni concorrenziali derivanti dal mercato interno, la promozione della solidarietà intergenerazionale e la tutela dei diritti

<sup>117</sup> D. SIMON, *Le système juridique communautaire*, Paris, 2001. L'autore parla di "justiciabilité minimale".

<sup>118</sup> V. *supra* al par. 5.

<sup>119</sup> Sentenze *Petersen*, cit., punto 81, e *Georgiev*, cit., punto 72.

<sup>120</sup> Sul ricorso a dati statistici nella giurisprudenza della Corte di Strasburgo, v. anche la sentenza *Schwizgebel c. Svizzera*, cit., punto 96.

fondamentali. Lo evidenziano, oltre ai precedenti *Hütter e Petersen*, talune tra le cause attualmente *sub judice*, a cominciare da *Fuchs e Khöler* in cui l'*Arbeitsgericht di Siegburg*, tra l'altro, chiede se la prevenzione di nuove assunzioni al fine di ottenere una riduzione delle spese relative al personale e l'imposizione di un limite di età volto a scongiurare il rischio di controversie promosse da anziani che rivendicano la propria idoneità al lavoro possano giustificare una misura discriminatoria fondata sull'età. Potrebbe essere questa l'occasione per testare la portata dell'art. 25 della Carta<sup>121</sup>.

Dall'analisi svolta emerge la delicata funzione di controllo che l'art. 19 TUE assegna alla Corte di giustizia, specialmente con riguardo alle discriminazioni indirette. In mancanza di precedenti sul punto, è questa la nuova frontiera della politica (giudiziaria) antidiscriminatoria. Nelle cause *Hennings e Mai*, attualmente pendenti, il *Bundesarbeitsgericht* di Berlino chiede se la fissazione di retribuzioni di base per i singoli gradi retributivi secondo livelli di anzianità anagrafica contrasti con il principio di parità di trattamento di cui all'art. 21, par. 1, della Carta, come concretizzato dalla direttiva 2000/78/CE. Tra le domande rivolte alla Corte figura anche la possibilità di giustificare un contratto collettivo che adotti criteri indirettamente discriminatori. Nel rispondere a tale quesito la Corte dovrà quindi tenere in debito conto il diritto di negoziazione delle parti della contrattazione collettiva assicurato dall'art. 28 della Carta, con possibili riflessi sull'impostazione adottata in *Rosenblatt*. Nella circostanza, peraltro, la Corte avrà l'opportunità di pronunciarsi sulle discriminazioni indirette, facendo luce su alcune delle questioni lasciate aperte dal caso *Andersen*<sup>122</sup>.

Infine, sotto il profilo procedurale, si è assistito ad un progressivo ampliamento della tutela giurisdizionale assicurata ai singoli grazie a vere e proprie linee di politica antidiscriminatoria, alcune delle quali sono poi state recepite dal legislatore<sup>123</sup>. La sentenza *Coote* dimostra l'attenzione per il principio di tutela giurisdizionale piena ed effettiva, che dovrebbe poter essere utilmente invocato anche per combattere il fenomeno della *third party victimisation*. Insieme a *Coleman*, essa testimonia il desiderio di garantire una coerenza interpretativa trasversale alle molteplici matrici discriminatorie previste dalla direttiva 2000/78/CE.

Il dato è ancora più significativo se si considera che difficilmente le categorie sospette di cui all'art. 1 vengono in rilievo singolarmente ed isolatamente. Sotto molti profili, invece, la giurisprudenza e la legislazione sono destinate a seguire percorsi logici ed argomentativi diversi in funzione del motivo, o dei motivi, di discriminazione alla base della misura impugnata. In termini concreti, qualificare una fattispecie fattuale come discriminatoria in base all'età piuttosto che al sesso può avere ricadute importanti sull'esito finale. A riguardo, è sufficiente riflettere sulle differenze che attengono al regime derogatorio e doman-

---

<sup>121</sup> Si rammenti che la questione è stata affrontata dalla Corte di giustizia, sebbene solo *incidentaliter tantum*, nella sentenza *Rosenblatt*, cit., punto 43.

<sup>122</sup> V. *supra*, par. 4.

<sup>123</sup> Sentenze *Mangold*, cit., punto 77, e *Küçükdeveci*, cit., punto 51.

darsi cosa sarebbe avvenuto se cause quali *Küçükdeveci* e *Rosenbladt* fossero state trattate come discriminazioni (indirette) fondate sul sesso. Il tenore dell'art. 21 della Carta e l'esigenza di garantire una tutela giurisdizionale effettiva paiono richiedere l'applicazione dello standard più elevato<sup>124</sup>. Appare naturalmente preferibile intervenire sul testo della direttiva, eventualmente tramite una modifica dell'art. 6, ma molto continuerà a dipendere da un adeguato ricorso allo strumento pregiudiziale.

Indipendentemente da questi ultimi rilievi, le cause che seguiranno andranno attentamente monitorate poiché, come si è visto, pongono la Corte di giustizia dinanzi alla necessità di chiarire aspetti cruciali della politica antidiscriminatoria senza pregiudicare, da un lato, le competenze degli Stati membri e, dall'altro, le prerogative costituzionali dell'Unione europea.

## Abstract

### Age Discrimination in Light of the most Recent ECJ Case-law: From *Mangold* to *Georgiev* and beyond

This contribution aims at verifying the latest developments in the case-law of the European Court of Justice (ECJ) related to age discrimination. The analysis assesses the approach of the Luxembourg judges also in light of the jurisprudence on sex, sexual orientation and disability. Taking as a point of reference the relevant legal framework and the controversial *Mangold* and *Küçükdeveci* case-law, the essay critically confronts the margin of appreciation left to the Member States in the definition and implementation of their employment policies as well as the level of judicial protection guaranteed under Directive no. 2000/78/EC. Some final considerations single out the virtues and criticalities of the current state of affairs considering the cases pending before the ECJ.

<sup>124</sup> In argomento, v. la sentenza del 18 novembre 2010, causa C-356/09, *Kleist*, non ancora pubblicata in *Raccolta*, punti 46 ss.

# La direttiva sulla tratta di esseri umani tra cooperazione giudiziaria penale, contrasto dell'immigrazione illegale e tutela dei diritti

SOMMARIO: 1. Premessa. – 2. La tutela dei diritti fondamentali delle vittime e la cooperazione nel quadro del Consiglio d'Europa. – 3. La questione della base giuridica tra cooperazione giudiziaria penale e politica dell'immigrazione. – 4. La proposta di direttiva e la ricerca di un compromesso negoziale. – 5. Analisi del contenuto della direttiva. – 6. *Segue*: la tutela delle vittime. – 7. La questione dell'integrazione differenziata del Regno Unito. – 8. Il pilastro della tutela delle vittime: la direttiva sulla concessione del soggiorno. – 9. Conclusioni.

1. La direttiva sulla tratta 2011/36/UE<sup>1</sup> (d'ora in avanti: direttiva sulla tratta), che sostituisce (salvo che per il Regno Unito) la pre-vigente decisione quadro 2002/629/GAI<sup>2</sup> (d'ora in avanti: decisione quadro), rappresenta la prima misura adottata in materia di cooperazione giudiziaria penale dopo l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona.

La tratta di esseri umani, ovvero il commercio di persone ridotte in schiavitù, costituisce un crimine contro l'umanità di natura consuetudinaria<sup>3</sup>, la cui disci-

<sup>1</sup> Direttiva 2011/36/UE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 5 aprile 2011, concernente la prevenzione e la repressione della tratta di esseri umani e la protezione delle vittime, e che sostituisce la decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, *GUUE* L 101, 15 aprile 2011, pp. 1 ss. Gli Stati membri dovranno recepire la misura entro il 6 aprile 2013.

<sup>2</sup> V. decisione quadro del Consiglio 2002/629/GAI, del 19 luglio 2002, sulla lotta alla tratta degli esseri umani, *GUCE* L 203, 1° agosto 2002, p. 1 ss. Per un commento, v. T. OBOKATA, *EU Council Framework Decision on Combating Trafficking in Human Beings: A Critical Appraisal*, in *CML Rev.*, 2003, p. 917 ss.

<sup>3</sup> V. Statuto del Tribunale penale internazionale, art. 7, par. 1, lett. c) (“trafficking in persons, in particular women and children”) e gli *Elements of Crimes* n. 11. Non è certo se l'art. 7 si riferisca solo alle forme più gravi o a tutte le forme di *trafficking*. Per un compendio delle regole e dei principi in vigore, v. Office of the United Nations High Commissioner for Human Rights, *Recommended Principles and Guidelines on Human Rights and Human Trafficking: Commentary*, New York-Geneva, 2010. Sulla tratta e sui crimini contro l'umanità v. M. C. BASSIOUNI, *Crimes Against Humanity*, in M. C. BASSIOUNI (ed.), *International Criminal Law*, New York-Dobs Ferry, 1999, II ed., p. 521 ss.; D. ROBINSON, *Defining Crimes Against Humanity*, in *AJIL*, 1999, p. 43 ss.; *Id.*,

plina è stata sviluppata da strumenti internazionali<sup>4</sup>. Si tratta di una fattispecie ben più grave delle ipotesi di “contrabbando” (*smuggling*) e di “traffico” (*trafficking*) di migranti<sup>5</sup>. Tuttavia, i confini tra queste fattispecie di illecito possono essere di non facile identificazione in quanto le persone, che cercano di emigrare o di ottenere protezione internazionale, sono spesso coinvolte nello sfruttamento da parte di organizzazioni criminali proprio in occasione della ricerca di un “mezzo di trasbordo” illegale.

L’azione per l’armonizzazione legislativa delle norme penali in materia di tratta di esseri umani si colloca all’intersezione delle competenze dell’Unione per il contrasto della criminalità organizzata, i diritti delle vittime e l’immigrazione clandestina. L’art. 83 TFUE (già art. 31 del vecchio TUE) prevede l’adozione, tramite la procedura legislativa ordinaria, di misure di armonizzazione

---

*Crimes Against Humanity: Reflection on State Sovereignty, Legal Precision and the Dictate of the Public Conscience*, in F. LATTANZI, W. SCHABAS (eds.), *Essays on the Rome Statute of the International Criminal Court*, I, Ripa Fagnano Alto, 2000, p. 139 ss.; F. SALERNO, *Evoluzione e determinatezza del divieto di tratta nel diritto penale internazionale ed italiano*, in *Studi di diritto internazionale in onore di Gaetano Arangio-Ruiz*, III, Napoli, 2004, p. 2107 ss.; F. POCAR, *Human Trafficking: A Crime Against Humanity*, in E. U. SAVONA, S. STEFANIZZI (eds.), *Measuring Human Trafficking: Complexities And Pitfalls*, New York, 2007, p. 5 ss.

<sup>4</sup> V. la Convenzione delle Nazioni Unite contro la criminalità organizzata transnazionale, specie il Protocollo per prevenire, reprimere e punire la tratta di persone, in particolare di donne e bambini, adottato con risoluzione dell’Assemblea Generale n. 55/25 del 15 novembre 2000, aperto alla firma a Palermo dal 12 al 15 dicembre 2000 ed entrato in vigore nel dicembre 2003 (d’ora in avanti: Protocollo di Palermo). Sinora tale Protocollo è stato ratificato da ventisei Stati membri dell’Unione (la Repubblica Ceca lo ha firmato ma non ratificato). La Comunità europea ha aderito al Protocollo contro la tratta mediante decisione 2006/618/CE del Consiglio, del 24 luglio 2006, GUUE L 262, 22 settembre 2006, p. 44 ss.

<sup>5</sup> Tali fattispecie presuppongono il consenso della vittima o, in qualche modo, la sua partecipazione al trasferimento clandestino da uno Stato ad un altro. In particolare, le persone coinvolte sono oggetto di “contrabbando” (*smuggling*), quando, al fine di entrare illegalmente in uno Stato, entrano in contatto con le organizzazioni criminali; mentre nel traffico generico (*trafficking*) sono avviati con la forza alla prostituzione e all’accontonaggio. In argomento, v., tra gli altri, L. SICO, *Contrasto internazionale all’immigrazione clandestina*, in U. LEANZA (a cura di), *Le migrazioni. Una sfida per il diritto internazionale, comunitario e interno*, Napoli, 2005, p. 136 ss.; G. PALMISANO, *Smuggling via mare e responsabilità internazionale degli Stati*, *ivi*, p. 215 ss.; I. CARACCILO, *Il diritto internazionale nella prevenzione e contrasto al traffico illecito di migranti clandestini*, in I. CARACCILO, M. C. CICIRIELLO (a cura di), *Migrazione, Formazione ed Integrazione*, Napoli, 2006, p. 57 ss.; B. NASCIBENE, A. DI PASCALE, *Riflessioni sul contrasto al traffico di persone nel diritto internazionale, comunitario e nazionale*, in G. PALMISANO (a cura di), *Il contrasto al traffico di migranti nel diritto internazionale, comunitario e interno*, Milano, 2008, p. 27 ss., specie p. 29 ss. e bibliografia *ivi* citata; G. PALMISANO, *Il contrasto al traffico di migranti clandestini dal punto di vista del diritto internazionale*, in P. BENVENUTI (a cura di), *Flussi migratori e fruizione dei diritti fondamentali*, Ripa Fagnano Alto, 2008, p. 75 ss., specie pp. 78-81; M. CARTA, *Lo smuggling nel Mediterraneo tra strumenti internazionali ed europei di prevenzione e di contrasto*, in E. TRIGGIANI (a cura di), *Europa e Mediterraneo. Le regole per la costruzione di una società integrata*, Napoli, 2010, p. 189 ss.; A. T. GALLAGHER, *International Law of Human Trafficking*, New York-Cambridge, 2010; J. TODRES, *Taking Prevention Seriously: Developing a Comprehensive Response to Child Trafficking and Sexual Exploitation*, in *Vanderbilt JTL*, 2010, p. 1 ss.



minimale per la definizione dei reati e delle sanzioni, includendo tra le forme di criminalità particolarmente la tratta di esseri umani e lo sfruttamento sessuale delle donne e dei minori. In tali ipotesi, l' art. 82, par. 2, lett. c) TFUE prevede l'armonizzazione dei diritti delle vittime della criminalità. Inoltre, la prevenzione e il contrasto rafforzato dell'immigrazione illegale, ivi compresa la tratta di esseri umani, rappresenta un aspetto caratterizzante della politica comune dell'immigrazione (art. 79, paragrafi 1 e 2, lett. d). In precedenza, la tratta rappresentava l'unico aspetto delle politiche dell'immigrazione relegato nel terzo pilastro (art. 29, vecchio TUE).

Per quanto riguarda la tutela dei diritti delle vittime, occorre subito sottolineare che la direttiva sulla tratta compie alcuni rilevanti progressi, mentre di scarsa efficacia si è ormai rivelata l'applicazione della direttiva 2004/81/CE (ancora vigente) sulla concessione "premiata" di un titolo di soggiorno "breve e provvisorio" alle vittime che cooperino con le autorità competenti<sup>6</sup>. La tutela delle vittime è comunque rafforzata dalla giurisprudenza della Corte di Strasburgo, che equipara la tratta di esseri umani alla schiavitù e al lavoro forzato, affermando la responsabilità degli Stati contraenti per l'omissione di standard di diligenza nel perseguimento delle indagini per "assicurare alla giustizia" i responsabili.

Il Trattato di Lisbona, sopprimendo il precedente sistema a pilastri, ha incluso nello Spazio unificato di libertà, sicurezza e giustizia (SLSG) la cooperazione giudiziaria in materia penale (Capo 4 del Titolo V). Secondo il Protocollo sulle disposizioni transitorie (art. 10), la "rinegoziazione e riadozione" degli atti dell'*ex* terzo pilastro può avvenire "atto per atto" nell'arco di cinque anni (vale a dire entro il 2014), secondo la nomenclatura e le caratteristiche degli atti dell'Unione<sup>7</sup>. Solo a quella data si realizzerà la loro generale trasformazione nel diritto dell'Unione post-Lisbona. Nel frattempo, dopo l'entrata in vigore della direttiva sulla tratta, la Commissione potrà agire in caso di mancata trasposizione o incorretta attuazione degli obblighi ivi previsti, mediante procedura d'infrazione contro gli Stati membri; sarà inoltre possibile l'interpretazione pregiudiziale della Corte di giustizia, mentre attualmente solo due terzi degli Stati membri consentono tale facoltà in riferimento agli atti dell'*ex* terzo pilastro.

Il presente lavoro intende, dopo un inquadramento sui diritti fondamentali e umani, procedere ad una trattazione del contenuto e delle innovazioni della direttiva sulla tratta in relazione alla decisione quadro. Saranno affrontate, con priorità ed evidenza, le questioni della base giuridica e dell'integrazione differenziata del Regno Unito.

---

<sup>6</sup> V. direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti, *GUUE* L 261, 6 agosto 2004, p. 19 ss. V. *infra*, par. 8.

<sup>7</sup> V. Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie allegato al Trattato di Lisbona, specie Titolo VII, art. 10.

2. Sembra opportuno iniziare questo lavoro dagli elementi più significativi in materia di tratta di esseri umani nella Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, nella recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo e nella Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta (d'ora in avanti: Convenzione *ad hoc* del Consiglio d'Europa).

Nella Carta è previsto il divieto di tratta (art. 5, par. 3), rafforzato dalla specifica protezione dei minori (art. 24). La proibizione è inserita nel titolo I, denominato "Dignità", insieme a diritti consolidati, quali la tutela della dignità umana, il diritto alla vita, il diritto all'integrità fisica e psichica, il divieto di tortura e di schiavitù<sup>8</sup>. Le Spiegazioni<sup>9</sup> distinguono i divieti di schiavitù e lavoro forzato dalla proibizione della tratta di esseri umani. In sostanza, il contenuto dei primi due paragrafi dell'art. 5 della Carta sarebbero da considerarsi dello "stesso tenore" della Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU); invece, il par. 3 del medesimo articolo trarrebbe "direttamente origine dalla dignità della persona umana e tiene conto degli ultimi sviluppi della criminalità organizzata, quali le organizzazioni che favoriscono, a scopo di lucro, l'immigrazione illegale o lo sfruttamento sessuale". Quali strumenti di interpretazione della norma vengono indicati l'allegato della Convenzione Europol<sup>10</sup> e la Convenzione di applicazione dell'Accordo di Schengen<sup>11</sup>, oltre alla decisione quadro sulla tratta (abrogata dalla direttiva sulla tratta).

Questa distinzione sembra essere divenuta obsoleta per effetto della recente giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Infatti, se è vero che la CEDU non contiene un esplicito riferimento al divieto della tratta di esseri umani, la Corte, nella sentenza *Rantsev*<sup>12</sup>, ha omologato il crimine in parola ai divieti di schiavitù e lavoro forzato, interpretando così in maniera evolutiva l'art. 4 CEDU. La que-

<sup>8</sup> Insieme a principi di "nuova generazione" nel campo della medicina e della biologia (il diritto al consenso libero e informato, il divieto delle pratiche eugenetiche e della clonazione riproduttiva degli esseri umani).

<sup>9</sup> Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali, *GUUE C 303*, 14 dicembre 2007, p. 17.

<sup>10</sup> Atto del Consiglio 2002/C 312/01 che stabilisce un protocollo recante modifica della convenzione che istituisce un Ufficio europeo di polizia (convenzione *Europol*) e del protocollo relativo ai privilegi e alle immunità dell'*Europol*, dei membri dei suoi organi, dei suoi vicedirettori e agenti, *GUCE C 312*, 16 dicembre 2002.

<sup>11</sup> L'Accordo di Schengen, integrato nell'*acquis* dell'Unione e al quale il Regno Unito e l'Irlanda partecipano, contiene (art. 27, par. 1) la seguente disposizione in materia di organizzazioni di immigrazione clandestina: "Le Parti contraenti si impegnano a stabilire sanzioni appropriate nei confronti di chiunque aiuti o tenti di aiutare, a scopo di lucro, uno straniero ad entrare o a soggiornare nel territorio di una Parte contraente in violazione della legislazione di detta Parte contraente relativa all'ingresso ed al soggiorno degli stranieri".

<sup>12</sup> V. sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 7 gennaio 2010, *Rantsev v. Cyprus and Russia*, specie paragrafi 272-289. In argomento, v. A. ANNONI, *La tratta di donne e bambine nella recente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, 2010 ([www.unive.it](http://www.unive.it), reperibile on line); R. PATI, *States' Positive Obligations with Respect to Human Trafficking: The European Court of Human Rights Breaks New Ground in Rantsev v. Cyprus and Russia*, in *Boston IJLJ*, 2011, p. 79 ss.

stione<sup>13</sup> riguardava la pretesa violazione da parte degli Stati coinvolti (Cipro e Russia, vale a dire Stato di destinazione e di provenienza della vittima) dell'obbligo di diligenza nella prevenzione e nelle indagini per "assicurare alla giustizia" i trafficanti di esseri umani (art. 4 in combinato disposto con l'art. 1 della CEDU). Negli interventi davanti alla Corte, l'applicabilità della norma sulla riduzione in schiavitù veniva contrastata dalla Russia<sup>14</sup>, in quanto non vi sarebbero state prove che la vittima fosse in una tale condizione quando si trovava ancora nella giurisdizione territoriale.

Come in altre precedenti pronunce<sup>15</sup>, la Corte ha sottolineato la necessità di interpretare la CEDU "in harmony with other rules of international law of which it forms part"<sup>16</sup>, richiamando espressamente il Protocollo di Palermo (di cui entrambi gli Stati sono Parte contraente) e la Convenzione *ad hoc* del Consiglio d'Europa (ratificata però solo da Cipro). Tali strumenti internazionali confermano che la tratta è ormai percepita come una forma contemporanea di schiavitù. Un'interpretazione che miri a salvaguardare l'effetto utile della disposizione CEDU di cui all'art. 4 non può non tenere conto di questa evoluzione<sup>17</sup>.

Per quanto riguarda la prevenzione e la repressione, ivi compreso l'impegno investigativo, la Corte ha sottolineato l'esistenza di obblighi positivi degli Stati in argomento (articoli 4 ed 1), che non sono assolti per la semplice previsione di sanzioni penali nell'ordinamento nazionale. Infatti, sia il Protocollo di Palermo che la Convenzione *ad hoc* del Consiglio d'Europa prevedono altresì l'adozione di efficaci misure di prevenzione e di protezione delle vittime<sup>18</sup>. La mancata adozione di tali misure costituisce un elemento dell'inadempimento degli Stati coinvolti. Ne consegue la responsabilità di Cipro per non aver provveduto ad un adeguato addestramento delle forze di polizia (così come previsto dall'art. 10 del Protocollo di Palermo)<sup>19</sup>; e quella della Russia per non aver investigato sulle modalità di reclutamento della cittadina nazionale e sul presunto traffico di cui era vittima, almeno sino a quando si trovava nel territorio nazionale<sup>20</sup>. Pur in mancanza di accertamento di un comportamento di lesione diretta del diritto della vittima, la Corte condanna uno Stato contraente (Cipro) per le carenze od omissioni riscontrate nelle azioni di prevenzione, di protezione delle vittime e nelle relative indagini investigative; e l'altro Stato contraente (la Russia) per

---

<sup>13</sup> Il ricorso riguardava una giovane donna russa, che risultava morta per suicidio pochi giorni dopo essersi trasferita a Cipro per lavorare nello spettacolo. In realtà, secondo le testimonianze, la vittima era stata spinta al trasferimento con l'inganno, in quanto sarebbe stata poi indotta con la forza a prostituirsi.

<sup>14</sup> Sentenza *Rantsev*, cit., par. 209.

<sup>15</sup> V., per tutte, sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 21 novembre 2001, *Al-Adsani v. United Kingdom*, par. 55.

<sup>16</sup> Sentenza *Rantsev*, cit., par. 274. V., a tal proposito, l'art. 31, par. 3, lett. c) della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

<sup>17</sup> Sentenza *Rantsev*, cit., par. 282.

<sup>18</sup> *Ibidem*, par. 285.

<sup>19</sup> *Ibidem*, par. 294.

<sup>20</sup> *Ibidem*, par. 308.

l'omesso svolgimento di accertamenti sulle condizioni di ingaggio della vittima. Dunque, in settori così cruciali, quali il diritto alla vita (art. 2), il divieto di schiavitù (art. 4) e il diritto alla libertà personale (art. 5), va considerata una presunzione di responsabilità con inversione dell'ordine della prova in capo agli Stati contraenti, che devono dimostrare di non aver potuto impedire l'illecito.

Per completezza, vale la pena di ricordare gli aspetti principali della Convenzione *ad hoc* del Consiglio d'Europa<sup>21</sup>, il cui contenuto aiuta a comprendere l'evoluzione normativa in materia. La definizione della fattispecie penale, mutuata dal Protocollo di Palermo, comprende tre elementi costitutivi, vale a dire: la condotta di "reclutamento, trasporto, trasferimento, ospitalità ovvero accoglienza di persone"; le modalità dell'azione ("impiego o minaccia di impiego della forza o di altre forme di coercizione, di rapimento, frode, inganno, abuso di potere o di una posizione di vulnerabilità, ovvero il dare o ricevere somme di denaro o vantaggi per ottenere il consenso di una persona che ha un'autorità su un'altra"); la finalità di sfruttamento (art. 4, lett. a)<sup>22</sup>. Per i minori, risultano irrilevanti i mezzi adoperati, se la condotta è comunque determinata dalla finalità di sfruttamento (art. 4, lett. c).

Non sono previsti, quali elementi costitutivi della fattispecie, né la transnazionalità, né l'azione di un'organizzazione criminale (art. 2). La prevenzione comprende programmi di coordinamento tra i diversi organismi responsabili, diretti alla promozione dei diritti umani e dell'immigrazione regolare, per ridurre il rischio di sfruttamento (capitolo II). Tra le misure di assistenza e di tutela, è prevista la concessione di un permesso di soggiorno speciale, che non richiede la collaborazione giudiziaria da parte delle vittime (capitolo III). La cooperazione non si limita all'interazione tra le autorità giudiziarie, ma si estende a tutte le modalità di prevenzione e tutela delle vittime (capitolo VI).

**3.** Le questioni istituzionali più rilevanti della direttiva sulla tratta riguardano la base giuridica e l'integrazione differenziata.

Per quanto riguarda la prima questione, secondo i principi dell'ordinamento dell'Unione, occorre individuare il "centro di gravità" dell'atto.

<sup>21</sup> V. STCE n. 197, Convenzione del Consiglio d'Europa sulla lotta contro la tratta degli esseri umani, adottata il 3 maggio 2005, aperta alla firma a Varsavia il 16 maggio 2005 ed entrata in vigore il 1° febbraio 2008. Sinora la Convenzione è stata ratificata solo da 20 Stati membri dell'Unione europea; infatti alcuni Stati (Estonia, Finlandia, Germania, Grecia, Lituania ed Ungheria) non hanno provveduto alla relativa ratifica, mentre la Repubblica ceca non l'ha ancora firmata. In argomento, v. A. T. GALLAGHER, *Recent Legal Developments in the Field of Human Trafficking: A Critical Review of the 2005 European Convention and Related Instruments*, in *EJML*, 2006, p. 163 ss. Sui rapporti tra diritto dell'Unione europea e convenzioni internazionali, v., da ultimo, M. GUIDI, *I rapporti tra il diritto dell'UE e alcune convenzioni internazionali alla luce delle disposizioni di "coordinamento" previste negli atti del titolo VI*, in questa *Rivista*, 2009, p. 629 ss.

<sup>22</sup> Secondo la Convenzione, la condotta vietata deve comprendere come minimo "(...) lo sfruttamento della prostituzione altrui o altre forme di sfruttamento sessuale, il lavoro o i servizi forzati, la schiavitù o pratiche simili alla schiavitù, la servitù o l'espianto di organi" (art. 4, lett. a, ultimo cpv.).

Da un lato, la direttiva si colloca nell'azione della cooperazione giudiziaria in materia penale, sotto il profilo della tutela delle vittime della criminalità (art. 82, par. 2, lett. c, TFUE) e del contrasto alla criminalità organizzata (art. 83, par. 1, TFUE)<sup>23</sup>. Basta ricordare il contesto normativo: in primo luogo, la tratta è prevista tra i reati che danno luogo a consegna in base al mandato d'arresto europeo secondo la decisione quadro 2002/584/GAI<sup>24</sup>; in secondo luogo, è coerente con le disposizioni contenute nella decisione quadro 2001/220/GAI sulla posizione della vittima nel procedimento penale<sup>25</sup> e con la decisione quadro 2008/841/GAI relativa alla lotta contro la criminalità organizzata<sup>26</sup>; infine, è evidente il collegamento con la direttiva 2004/80/CE relativa all'indennizzo delle vittime nelle situazioni transfrontaliere<sup>27</sup>.

Dall'altro lato, può ugualmente essere presa in considerazione la base dell'armonizzazione delle norme penali nel settore dell'immigrazione (art. 67, par. 3)<sup>28</sup> e, in particolare, la norma che contiene un riferimento testuale alla tratta quale componente della politica dell'immigrazione (art. 79, par. 2, lett. d, TFUE: "lotta contro la tratta degli esseri umani, in particolare donne e minori")<sup>29</sup>.

La questione della base giuridica è stata sollevata nel dibattito al Parlamento europeo. A riguardo, le Commissioni sui diritti della donna e uguaglianza di genere (FEMM) e sulle libertà civili, giustizia e affari interni (LIBE)<sup>30</sup> proponevano di indicare una base giuridica plurima. In senso contrario si esprimeva la Commissione giuridica (JURI), che considerava prevalente la definizione delle fattispecie penali e delle sanzioni in materia di criminalità transnazionale, specie in considerazione delle disposizioni in materia di istigazione, favoreggiamento, concorso e tentativo e relative sanzioni (articoli 3 e 4 della direttiva).

---

<sup>23</sup> V. proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la prevenzione e la repressione della tratta degli esseri umani e la protezione delle vittime, che abroga la decisione quadro 2002/629/GAI, COM(2010)95 def., del 29 marzo 2010, specie par. 3.3.

<sup>24</sup> Decisione quadro 2002/584/GAI del Consiglio, del 13 giugno 2002, relativa al mandato d'arresto europeo e alle procedure di consegna tra Stati membri, *GUCE* L 190, 18 luglio 2002, p. 1 ss.

<sup>25</sup> Decisione quadro 2001/220/GAI del Consiglio, del 15 marzo 2001, relativa alla posizione della vittima nel procedimento penale, *GUCE* L 82, 22 marzo 2001, p. 1 ss.

<sup>26</sup> Decisione quadro 2008/841/GAI del Consiglio relativa alla lotta contro la criminalità organizzata, *GUUE* L 300, 11 novembre 2008, p. 42 ss.

<sup>27</sup> Direttiva 2004/80/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, relativa all'indennizzo delle vittime di reato, *GUUE* L 261, 6 agosto 2004, p. 15 ss.

<sup>28</sup> Questa base giuridica è stata introdotta dal Trattato di Lisbona, mentre precedentemente era possibile solo il ricorso all'art. 63, par. 3, lett. b) (immigrazione e soggiorno irregolari, compreso il rimpatrio delle persone in soggiorno irregolare), v. direttiva 2009/52/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, *GUUE* L 168, 30 giugno 2009, p. 24 ss.

<sup>29</sup> V. parere del 20 settembre 2010, allegato a PE A7-0348/2010, Relazione del 2 dicembre 2010 sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la prevenzione e la repressione della tratta degli esseri umani e la protezione delle vittime, che abroga la decisione quadro 2002/629/GAI.

<sup>30</sup> Nella riunione del 2 settembre 2010, tenutasi nel quadro della procedura di cooperazione di cui all'art. 51 del regolamento.

A noi sembra che questa opzione sia giustificabile in forza del grave disvalore sottostante ad un crimine contro l'umanità, ma che rischi di decontestualizzare la fattispecie della tratta dal fenomeno dell'immigrazione. Basti ricordare qui brevemente la giurisprudenza della Corte di giustizia in materia. La scelta della base giuridica di un atto deve essere fondata su circostanze obiettive e sottoponibili a controllo giurisdizionale, tra cui lo scopo e il contenuto dell'atto<sup>31</sup>. In linea di massima, deve essere unica, dal momento che sulla legittimità di basi giuridiche plurime la Corte di giustizia ha sempre avuto una posizione restrittiva. Quando l'atto abbia due distinti obiettivi o componenti, si deve però considerare il "centro di gravità", vale a dire l'aspetto principale o preponderante dell'atto<sup>32</sup>. Non è ammessa una scelta "ispirata" al fondamento giuridico adottato per altri atti aventi, eventualmente, caratteristiche analoghe<sup>33</sup>. In via eccezionale, ove si tratti di un atto che riguarda aspetti inscindibili, senza una reciproca gerarchia, potrà fondarsi sulle diverse basi giuridiche corrispondenti<sup>34</sup>, purché le loro procedure siano compatibili<sup>35</sup>. È questo il caso della direttiva sulla tratta, in cui nelle due categorie di norme ipotizzate non si riscontrano profili di incompatibilità applicativa.

La questione così descritta mostra chiaramente l'importanza dei passi in avanti nell'integrazione europea compiuti in materia penale. È noto che, prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, la Corte di giustizia aveva "aperto" con cautela alla competenza della Comunità europea in materia di sanzioni penali<sup>36</sup> e gli Stati membri si erano mostrati restii a procedere su questa strada. Ora, pur in presenza di un riferimento esplicito nel diritto primario alla tratta di esseri umani quale componente della politica dell'immigrazione, il legislatore dell'Unione privilegia la base giuridica della cooperazione giudiziaria in materia penale. È evidente che il ricorso a tale opzione è motivata dalla natura di crimine

<sup>31</sup> V. sentenze della Corte di giustizia dell'11 giugno 1991, causa C-300/89, *Commissione c. Consiglio*, detta "Biossido di titanio", *Raccolta*, p. I-2867, punto 10; del 29 aprile 2004, causa C-338/01, *Commissione c. Consiglio*, *ivi*, p. I-4829, punto 54 e giurisprudenza *ivi* citata.

<sup>32</sup> V., in tal senso, sentenze della Corte di giustizia del 29 aprile 2004, *Commissione c. Consiglio*, *cit.*, punto 60; del 26 gennaio 2006, causa C-533/03, *Commissione c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-1025, punto 45; del 20 maggio 2008, causa C-91/05, *Commissione c. Consiglio*, *ivi*, p. I-365, punto 73.

<sup>33</sup> V. sentenza del 20 maggio 2008, *cit.*, punto 106.

<sup>34</sup> V., in tal senso, sentenze della Corte di giustizia dell'11 settembre 2003, causa C-211/01, *Commissione c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-8913, punto 40 e del 20 maggio 2008, *cit.*, punto 75.

<sup>35</sup> V. sentenza "Biossido di titanio", *cit.*, punti 17-21; più di recente, v. sentenze del 29 aprile 2004, *cit.*, punto 57, nonché del 10 gennaio 2006, causa C-94/03, *Commissione c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-1, punto 52 e del 10 gennaio 2006, causa C-178/03, *Commissione c. Parlamento e Consiglio*, *ivi*, p. I-107, punto 57.

<sup>36</sup> Sentenza della Corte di giustizia del 23 ottobre 2007, causa C-440/05, *Commissione c. Consiglio*, *Raccolta*, p. I-9097, punti 66 e 70; precedentemente, v. sentenza del 13 settembre 2005, causa C-176/03, *Commissione c. Consiglio*, *ivi*, p. I-7879, punto 48. A seguito della sentenza del 23 ottobre 2007, *cit.*, è stata adottata la direttiva 2009/123/CE del Parlamento europeo e del Consiglio, del 21 ottobre 2009, che modifica la direttiva 2005/35/CE relativa all'inquinamento provocato dalle navi e all'introduzione di sanzioni per violazioni, *GUUE* L 280, 27 ottobre 2009, p. 52 ss.



contro l'umanità della fattispecie in parola e dalla provenienza della direttiva dalla decisione quadro 2002/629/GAI adottata a suo tempo nell'ambito dell'*ex* terzo pilastro.

Sulla seconda questione, oggetto di questo paragrafo, la direttiva sulla tratta rappresenta un'ulteriore manifestazione di flessibilità nell'applicazione del diritto dell'Unione tramite integrazione differenziata. Come abbiamo detto, la direttiva costituisce una misura modificativa della precedente decisione quadro (30° “considerando” e art. 21). Tuttavia, il nuovo atto legislativo vincola gli Stati membri ad eccezione del Regno Unito, mentre la Danimarca non partecipava neanche alla decisione quadro.

Il risultato del negoziato va nel senso della contemporanea vigenza di due atti con differenti caratteristiche sostanziali e procedurali in ambiti non coincidenti di applicazione soggettiva. È un fenomeno noto nel diritto internazionale, che si produce quando un trattato viene sostituito da una nuova versione o il suo testo è modificato, parzialmente, tramite un emendamento, nell'ipotesi che non tutti gli Stati contraenti del primo trattato accettino il successivo o l'emendamento modificativo. La decisione sulla compatibilità tra i due atti e sulla legittimità dell'atto successivo appartiene agli Stati contraenti, che spesso preferiscono non ridurre l'ambito di applicazione soggettiva del regime convenzionale, non escludendo, sia pure con standard sostanziali differenziati, nessuno dei partecipanti al primo trattato o al testo prima dell'adozione degli emendamenti.

**4.** L'attività legislativa dell'Unione in materia è stata preparata mediante l'adozione di un piano sulle migliori pratiche, le norme e le procedure di contrasto e prevenzione<sup>37</sup>, di una raccomandazione del Parlamento europeo<sup>38</sup> e di un libro bianco<sup>39</sup>. Il programma di Stoccolma<sup>40</sup> ha sancito poi la priorità alla lotta contro la tratta, mediante azioni di prevenzione, repressione e protezione delle vittime (par. 4.4.2). Anche le proposte di modifica delle direttive “accoglienza”<sup>41</sup> e “qualifiche”<sup>42</sup> hanno incluso le vittime della tratta tra le “persone vulnerabili”,

---

<sup>37</sup> Piano UE sulle migliori pratiche, le norme e le procedure per contrastare e prevenire la tratta di esseri umani, del 1° dicembre 2005, *GUUE* C 311, 9 dicembre 2005, p. 1 ss.

<sup>38</sup> V. Commissione LIBE, raccomandazione 2006/2078(INI), del 21 giugno 2006, progetto di relazione recante una proposta di raccomandazioni del Parlamento europeo al Consiglio sulla lotta al traffico di esseri umani – impostazione complessiva e proposte di un piano d'azione.

<sup>39</sup> V. Libro bianco sulle iniziative per rafforzare la dimensione esterna dell'Unione nelle iniziative contro la tratta di esseri umani: verso un'azione dell'Unione europea a livello mondiale contro la tratta di esseri umani, del 30 novembre 2009.

<sup>40</sup> V. Programma di Stoccolma – Un'Europa aperta e sicura al servizio e a tutela dei cittadini, *GUUE* C 115, 4 maggio 2010, p. 1 ss.

<sup>41</sup> V. direttiva 2003/9/CE del Consiglio, del 27 gennaio 2003, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, *GUUE* L 31, 6 febbraio 2003, p. 18 ss; proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 3 dicembre 2008, recante norme minime relative all'accoglienza dei richiedenti asilo negli Stati membri, COM(2008)815 def., specie allegato I, par. 2.

<sup>42</sup> V. direttiva 2004/83/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, recante norme minime sull'attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di rifugiato o di persona altrimenti biso-

le cui esigenze sono da tenere in specifica considerazione nel Sistema unico europeo dell'asilo.

La decisione quadro 2002/629/GAI si proponeva di armonizzare alcuni aspetti delle legislazioni degli Stati membri (competenza; condizioni di estradizione; responsabilità delle persone giuridiche, fattispecie di reato e relative sanzioni; aggravanti). Da notare che già essa introduceva il principio secondo cui il consenso della vittima non rileva ai fini del perfezionamento della fattispecie<sup>43</sup>. La misura in parola specificava altresì che le legislazioni nazionali devono contemplare “sanzioni penali efficaci, proporzionate e dissuasive che possono comportare l’extradizione” (art. 3). In casi piuttosto gravi (messa a repentaglio della vita della persona; vittima particolarmente vulnerabile; violenza o danno particolarmente gravi; presenza di organizzazioni criminali), la decisione quadro stabiliva come pena massima la reclusione per almeno otto anni (*ivi*, par. 2). Uno degli aspetti più innovativi era rappresentato dal riconoscimento della responsabilità civile e penale anche delle persone giuridiche (art. 4) e dalla previsione delle relative specifiche sanzioni (art. 5). Tuttavia, la decisione quadro si caratterizzava soprattutto per la disciplina degli aspetti repressivi, mentre risultava carente dal punto di vista della tutela delle vittime. Infatti, sotto quest’ultimo profilo, essa si limitava a prevedere che il reato non dipendesse da una denuncia della parte offesa (art. 7, par. 1) e che, in caso di coinvolgimento di minori, fosse garantita da parte dello Stato membro un’appropriata assistenza alle famiglie (art. 7, par. 3).

La Commissione aveva presentato una proposta di modifica della decisione quadro<sup>44</sup>, che è stata poi sostituita da una proposta di direttiva<sup>45</sup>. Entrambe le proposte, differenziate solo dal diverso strumento giuridico dovuto all’entrata in vigore del Trattato di Lisbona, si caratterizzavano per una maggiore attenzione al contrasto dello sfruttamento di manodopera e alla protezione delle vittime, nell’ambito di un approccio coerente con le politiche dell’asilo<sup>46</sup>. La proposta mirava a ravvicinare il diritto penale sostanziale e le norme procedurali degli Stati membri in modo più ampio rispetto alla decisione quadro, con un impatto positivo sulla cooperazione di polizia e giudiziaria internazionale, nonché sulla protezione e l’assistenza alle vittime. Rispetto alla Convenzione *ad hoc* del Consiglio d’Europa, la proposta di direttiva prevedeva il rafforzamento delle

---

gnosa di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, *GUUE* L 304, 30 settembre 2004, p. 12 ss.; proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 21 ottobre 2009, recante norme minime sull’attribuzione, a cittadini di paesi terzi o apolidi, della qualifica di beneficiario di protezione internazionale, nonché norme minime sul contenuto della protezione riconosciuta, COM(2009)551 def., specie art. 20, par. 3.

<sup>43</sup> V. decisione quadro 2002/629/GAI, cit., art. 2.

<sup>44</sup> Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 10 giugno 2009, Uno Spazio di libertà, sicurezza e giustizia al servizio dei cittadini, COM(2009)262 def.

<sup>45</sup> V. COM(2010)95 def., cit.

<sup>46</sup> V. a tal proposito doc. Consiglio GAI, n. 10845/10, 10 giugno 2010, sull’opportunità dell’adozione di un “approccio globale” in materia, che includa azioni penali, di prevenzione, di protezione delle vittime e di monitoraggio.

pene, proporzionate alla gravità del reato (art. 4); il principio della giurisdizione universale degli Stati membri per i propri cittadini e residenti abituali (art. 9); un'applicazione più ampia del principio di non punibilità delle vittime coinvolte in attività illecite (art. 6); la garanzia di un alto livello di assistenza alle vittime, specie sotto il profilo dell'assistenza medica (art. 10) e della protezione dei minori (articoli da 12 a 14).

L'accordo sul testo della direttiva sulla tratta è stato raggiunto da Parlamento europeo e Consiglio<sup>47</sup>, che lo hanno adottato mediante procedura legislativa ordinaria<sup>48</sup> in prima lettura, senza presentazione formale di emendamenti, ma solo tramite un negoziato informale tra le due istituzioni<sup>49</sup>, di cui è possibile commentare soltanto il risultato finale e ricavare implicitamente le posizioni del Parlamento europeo accolte dal Consiglio, per comparazione dal testo pubblico del Consiglio. Tale procedimento, in uso ormai costante nello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia (d'ora in avanti: SLGS), è certamente poco trasparente e impedisce al Parlamento di rendere nota la sua posizione su di un atto, come invece accade nella seconda lettura<sup>50</sup>.

Per ciò che riguarda le modifiche formulate dal Consiglio<sup>51</sup>, vi è stata una diminuzione delle circostanze aggravanti (in presenza di un minore ma non di adulti con problemi di salute e disabilità o in stato di gravidanza)<sup>52</sup>. Inoltre, il Consiglio ha escluso il principio dell'esercizio della giurisdizione universale per gli atti commessi da cittadini e residenti degli Stati membri, previsto nella proposta della Commissione<sup>53</sup>. In materia di assistenza alle vittime, l'obbligo di prestare assistenza alla presunta vittima è garantita solo in presenza di "ragionevoli motivi"<sup>54</sup>. La proposta di una norma sull'anonimato della testimonianza delle vittime<sup>55</sup> non è stata poi accettata. Infine, è stato introdotto un riferimento al diritto all'istruzione per i minori<sup>56</sup>, ma eliminato il patrocinio gratuito incondizionato<sup>57</sup>.

Il Parlamento europeo è riuscito ad imporre modifiche alla proposta iniziale solo per specifici aspetti<sup>58</sup>. Tra gli altri, sono stati respinti gli emendamenti

---

<sup>47</sup> V. doc. Consiglio dell'Unione europea n. 17201/10, 30 novembre 2010, proposta di direttiva concernente la prevenzione e la repressione della tratta degli esseri umani e la protezione delle vittime, che sostituisce la decisione quadro 2002/629/GAI.

<sup>48</sup> Com'è noto, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, sulla maggior parte delle questioni di diritto penale si applica la procedura legislativa ordinaria (codecisione).

<sup>49</sup> Sui negoziati, v. S PEERS, *Legislative Update EU Immigration and Asylum Law 2010: Extension of Long-Term Residence Rights and Amending the Law on Trafficking in Human Beings*, in *EJML*, 2011, p. 201 ss., specie p. 213 ss.

<sup>50</sup> Sul punto, v. T. BUNYAN, *European Parliament: Abolish 1st [and 2nd] Reading Secret Deals – Bring Back Democracy "Warts and All"* ([www.statewatch.org](http://www.statewatch.org), reperibile on line).

<sup>51</sup> V. doc. Consiglio GAI n. 10845/10, 10 giugno 2010, cit.

<sup>52</sup> Cfr. doc. Consiglio n. 17201/10, cit., art. 4, par. 2 e COM(2010)95 def., cit., art. 4, par. 2, lett. b).

<sup>53</sup> V. COM(2010)95 def., cit., art. 9, par. 1, lett. b).

<sup>54</sup> V. doc. Consiglio n. 17201/10, cit., art. 10, par. 2.

<sup>55</sup> V. COM(2010)95 def., cit., art. 11, par. 3.

<sup>56</sup> V. doc. Consiglio n. 17201/10, cit., art. 13, par. 1.

<sup>57</sup> V. COM(2010)95 def., cit., art. 14, par. 2.

<sup>58</sup> V. doc. n. A7-0348/2010, relazione del 2 dicembre 2010 sulla proposta di direttiva del Parla-

sull'innalzamento delle pene, sulla giurisdizione universale e sull'incriminazione dei "clienti" delle vittime costrette alla prostituzione<sup>59</sup>, mentre la disciplina risulta più *avanzata* soltanto sotto il profilo della protezione dei minori e del ruolo dei relatori nazionali e del coordinatore anti-tratta.

5. A questo punto del lavoro appare opportuno evidenziare gli aspetti più significativi e qualificanti della nuova direttiva sulla tratta<sup>60</sup> in relazione alla preminente decisione quadro<sup>61</sup>.

La nuova misura si è mossa sostanzialmente nel solco della precedente disciplina, cercando di colmarne le lacune più evidenti. La definizione di "tratta" comprende l'attività di reclutare, trasferire o accogliere delle persone, mediante coercizione, rapimento, frode, inganno o abuso<sup>62</sup>, ai fini del loro sfruttamento (art. 2, par. 1). Sono inclusi nella definizione il passaggio o il trasferimento

---

mento europeo e del Consiglio concernente la prevenzione e la repressione della tratta degli esseri umani e la protezione delle vittime, che abroga la decisione quadro 2002/629/GAI, da cui si evince che il Parlamento ha ottenuto, tra l'altro: l'inserimento, tra gli obiettivi della misura, del riferimento alla "prospettiva di genere" (direttiva 2011/36/UE, art. 1); che il reato commesso da pubblici ufficiali nelle loro funzioni fosse ritenuta una circostanza aggravante (*ivi*, art. 4, par. 3); la nuova disposizione sul sequestro e la confisca dei beni (*ivi*, art. 7); il principio dell'irrelevanza della collaborazione nelle indagini da parte delle vittime al fine di ricevere assistenza (*ivi*, art. 11, par. 3); l'esplicito rimando (*ivi*, art. 11, par. 6) alla possibilità per le vittime di fare domanda di protezione internazionale (sulla base delle direttive 2004/81/CE e 2004/85/CE) o di avere accesso al diritto di soggiorno al fine di cooperare con l'indagine penale (ai sensi della direttiva 2004/81/CE), con in più l'inserimento di una disposizione sulle vittime con "esigenze specifiche" (*ivi*, art. 11, par. 7); la fornitura "senza indugio" dell'assistenza legale alle vittime (*ivi*, art. 12, par. 2); l'inserimento di un riferimento all'interesse superiore dei bambini (*ivi*, art. 13), dell'opportunità di trovare "una soluzione duratura" per i minori (*ivi*, art. 14, par. 1), del loro diritto ad un tutore (*ivi*, art. 14, par. 2) e all'assistenza legale gratuita nel procedimento penale (*ivi*, art. 15, par. 2); la previsione di una nuova e dettagliata disposizione sui minori non accompagnati (*ivi*, art. 16); il diritto al risarcimento delle vittime (*ivi*, art. 17); norme in materia di prevenzione (*ivi*, art. 18); una disposizione che si occupa della raccolta dei dati statistici da parte dei relatori nazionali (*ivi*, art. 19); la nuova disposizione relativa al coordinatore UE anti-tratta (*ivi*, art. 20); la previsione che la direttiva dovesse essere attuata entro due anni, come proposto dalla Commissione (art. 22); infine, la disposizione secondo cui la relazione dovesse avere luogo quattro anni dopo l'adozione e quella secondo cui una relazione specifica dovesse riguardare l'incriminazione dei "clienti" (art. 23).

<sup>59</sup> V. doc. PE442.887, Commissione LIBE, 28 giugno 2010, progetto di relazione sulla proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio concernente la prevenzione e la repressione della tratta degli esseri umani e la protezione delle vittime, che abroga la decisione quadro 2002/629/GAI, specie art. 4, paragrafi 1 e 2; art. 9, paragrafi 2 e 4; art. 15, par. 4.

<sup>60</sup> V. S. H. KRIEG, *Trafficking in Human Beings: The EU Approach Between Border Control, Law Enforcement and Human Rights*, in *ELJ*, 2009, p. 775 ss.

<sup>61</sup> V. A. WEYEMBERGH, V. SANTAMARIA (eds.), *The Evaluation of European Criminal Law: The Example of the Framework Decision on Combatting Trafficking in Human Beings*, Bruxelles, 2009; J. BERMAN, C. FRIESENDORF, *EU Foreign Policy and the Fight against Human Trafficking: Coercive Governance as Crime Control*, in *EFA Rev.*, 2008, p. 189 ss.

<sup>62</sup> In tale concetto rientrano l'abuso di potere e della posizione di vulnerabilità delle persone. La direttiva definisce "posizione di vulnerabilità" una situazione in cui la vittima "non ha altra scelta effettiva ed accettabile se non cedere all'abuso" (art. 2, par. 2). Gli Stati membri, nel valutare la vulnerabilità della vittima, devono tenere conto di altre circostanze specifiche, quali il ses-

dell'autorità sulle persone, così come l'offerta o l'accettazione di somme di denaro o di vantaggi per ottenere il consenso di una persona che abbia autorità su un'altra. Lo sfruttamento può assumere varie forme, tra cui, oltre a quello sessuale, il lavoro forzato, la servitù domestica e il prelievo di organi (art. 2, par. 3), ma sono illegali anche comportamenti quali l'adozione illegale o il matrimonio forzato<sup>63</sup>. Rispetto alla decisione quadro, la direttiva amplia il novero delle attività che conducono alla commissione del reato (art. 2), quali l'accattonaggio forzato, lo sfruttamento di condotte criminali (come borseggio, taccheggio, traffico di stupefacenti) e il prelievo di organi<sup>64</sup>.

Altra novità di rilievo è l'inasprimento dei massimi sanzionatori, in quanto la direttiva (art. 4) ha imposto agli Stati membri di prevedere che i reati in parola siano punibili con la reclusione della durata massima di almeno cinque anni (mentre nella decisione quadro tale limite massimo non era determinato); nei casi più gravi<sup>65</sup>, è previsto un aumento della pena massima ad almeno dieci anni (prima era di otto anni). Inoltre, la direttiva ha introdotto un ampliamento del concetto di "tratta aggravata", che include ora tutti i casi di vittime minori e (senza una pena massima specifica) i reati commessi dai pubblici ufficiali nell'esercizio delle loro funzioni (art. 4, par. 3)<sup>66</sup>. Quanto all'esercizio della giurisdizione, la decisione quadro ne affermava l'obbligatorietà per gli Stati membri soltanto in relazione a fattispecie commesse sul proprio territorio; la direttiva (art. 10, par. 2) introduce la facoltà della giurisdizione universale (a differenza della proposta di carattere obbligatorio avanzata dalla Commissione). Inoltre, la direttiva contiene una nuova norma in materia di sequestro e confisca dei beni (art. 7), non prevista nella proposta originaria della Commissione, bensì inserita successivamente nel corso dei negoziati su iniziativa del Parlamento<sup>67</sup>. In maniera innovativa rispetto alla disciplina precedente, la direttiva prevede altresì l'adozione da parte degli Stati membri di misure di prevenzione (art. 18), ad esempio in materia di istruzione e formazione, destinate a scoraggiare e ridurre la domanda, da cui traggono origine tutte le forme di sfruttamento correlate alla

---

so, lo stato di gravidanza, le condizioni di salute, la disabilità, i disturbi mentali, le gravi forme di violenza (art. 11, par. 7).

<sup>63</sup> V. 11° "considerando".

<sup>64</sup> Come abbiamo già detto nel testo, ciò che qualifica e distingue la tratta da altre fattispecie di reato è la condizione che le condotte illecite siano finalizzate allo sfruttamento delle vittime, il cui eventuale consenso al riguardo risulta irrilevante (art. 2, par. 4). Qualora lo sfruttamento coinvolga un minore, esso si presume come riconducibile alla "tratta" pur in assenza della minaccia o dell'uso della forza o di altre forme di coercizione, rapimento, frode, inganno o abuso (art. 2, par. 5).

<sup>65</sup> Vale a dire in presenza di una vittima particolarmente vulnerabile (specie minori); di un'organizzazione criminale; di procurato pericolo per la vita della vittima con dolo o colpa grave; di violenze o pregiudizio gravi alla vittima (art. 4, par. 2).

<sup>66</sup> La decisione quadro invece prevedeva solo quattro circostanze aggravanti: messa in pericolo della vita della vittima; vittima "particolarmente vulnerabile" (bambini al di sotto dell'età del consenso; vittime di tratta a scopo di sfruttamento sessuale); l'uso di "violenza grave" o di "un danno particolarmente grave" alla vittima; l'atto commesso nell'ambito della criminalità organizzata (art. 3, par. 2).

<sup>67</sup> V. doc. n. A7-0348, del 10 dicembre 2010, cit., art. 6 *bis*.

tratta<sup>68</sup>. La direttiva prevede anche che gli Stati membri possano valutare l'adozione di misure che qualifichino come reato la condotta di chi usufruisce dei servizi oggetto di sfruttamento prestati da una persona vittima di tratta (par. 4). In questo quadro, si inserisce il riferimento ad un'altra misura<sup>69</sup> che commina sanzioni penali a carico dei datori di lavoro che consapevolmente ricorrono al lavoro e ai servizi di stranieri irregolari, in taluni casi vittime di tratta.

Per ciò che riguarda l'istituzione dei relatori nazionali (art. 19), si tratta di organi con il compito di valutare le tendenze del fenomeno (mediante studi e statistiche), di misurare i risultati delle azioni di contrasto e di riferire alle autorità nazionali competenti (art. 19)<sup>70</sup>. Le informazioni raccolte da tali relatori nazionali devono essere trasmesse ad una nuova figura, quella del coordinatore anti-tratta UE (art. 20), il quale ha un compito di raccordo tra i vari organismi nazionali, dell'Unione ed internazionali, al fine di evitare una duplicazione degli sforzi. Esso inoltre dovrebbe coadiuvare lo sviluppo di politiche e strategie dell'Unione nell'ambito della lotta contro la tratta; svolgere attività di comunicazione ed infine contribuire alla relazione che la Commissione è tenuta a presentare in merito ai progressi nelle azioni di contrasto alla tratta.

La nuova misura ribadisce in ogni caso l'applicazione del principio di non respingimento per i richiedenti asilo<sup>71</sup>.

**6.** Ma è soprattutto sotto il profilo della protezione delle vittime che la direttiva (articoli da 11 a 17) ha introdotto una disciplina innovativa rispetto alla decisione quadro, specie per ciò che riguarda la tutela a favore dei minori.

Innanzitutto la nuova disciplina si distingue rispetto a quella precedente in quanto prevede che la protezione sia concessa anche sulla base di una "prospettiva di genere" (art. 1), in quanto la tratta delle donne spesso persegue finalità specifiche e, per tale motivo, appaiono opportune particolari misure di assistenza e sostegno<sup>72</sup>. La direttiva si propone altresì di fornire incentivi a collaborare e a rendere testimonianza nei processi contro i trafficanti imputati<sup>73</sup>. A tal fine, rispetto alla decisione quadro, prevede innanzitutto una tutela a favore delle vittime dal rischio di subire accuse penali, per atti criminali che siano state

<sup>68</sup> A tale scopo, la direttiva promuove l'adozione di azioni adeguate, quali campagne di informazione e di sensibilizzazione, programmi di ricerca e istruzione e la promozione della formazione regolare dei funzionari, anche appartenenti alle forze di polizia, che possano entrare in contatto con le vittime di tratta effettive o potenziali.

<sup>69</sup> V. direttiva 2009/52/CE, del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 giugno 2009, che introduce norme minime relative a sanzioni e a provvedimenti nei confronti di datori di lavoro che impiegano cittadini di paesi terzi il cui soggiorno è irregolare, *GUUE* L 168, 30 giugno 2009, p. 24 ss. In argomento, v. N. BOSCHIERO, *Lo sfruttamento economico dei lavoratori migranti: vecchie o nuove forme di schiavitù nell'era della 'private economy'?*, in *DUDI*, 2010, p. 344 ss.

<sup>70</sup> In realtà sussiste già una rete informale di relatori nazionali anti-tratta, in seguito alle conclusioni del Consiglio GAI del 4 giugno 2009.

<sup>71</sup> V. 10° "considerando".

<sup>72</sup> V. 3° "considerando".

<sup>73</sup> V. 14° "considerando".



costrette a commettere (art. 8); una nuova disposizione sulle indagini e sull'azione penale, vale a dire il principio dell'irrilevanza della denuncia o della ritrattazione (art. 9); il principio secondo cui i reati, se commessi contro minori, debbano essere perseguiti per un congruo periodo di tempo dopo il raggiungimento della maggiore età (art. 9, par. 2). L'assistenza e il sostegno alle vittime dovrebbero essere garantiti sia nella fase che precede, sia in quella che segue il procedimento penale. Infatti, fatte salve le disposizioni della direttiva 2004/81/CE sul titolo di soggiorno da rilasciare alle vittime<sup>74</sup>, è previsto che l'assistenza in favore delle persone non sia subordinata alla loro volontà di collaborazione (art. 11, par. 3). Le attività di assistenza e di sostegno comprendono la fornitura di mezzi che consentano perlomeno la sussistenza delle vittime, quali alloggio, assistenza materiale, cure mediche, informazioni varie ed eventualmente un servizio di traduzione (art. 11, par. 5). Devono essere fornite informazioni anche riguardo al "periodo di riflessione" e a quello di ristabilimento<sup>75</sup> e alla possibilità di avere accesso alla protezione internazionale<sup>76</sup> (art. 11, par. 6). Le misure in parola dovrebbero consentire alla vittima di ristabilirsi e di sottrarsi all'influenza degli autori del reato. Tali interventi non dovrebbero comunque essere imposti alle vittime, bensì forniti su base consensuale ed informata<sup>77</sup>. La disciplina contiene altresì disposizioni sulla tutela delle vittime nelle indagini e nei procedimenti penali, specie riguardo l'accesso alla consulenza e all'assistenza legale gratuite, anche a fini risarcitori (art. 12). Le vittime hanno diritto a ricevere protezione adeguata mediante l'accesso a programmi specifici (art. 12, par. 3). La normativa prevede che, al fine di evitare ulteriori traumi alle vittime, si eviti per quanto possibile di sottoporre le persone a ripetizioni delle audizioni, al contatto visivo con gli imputati, a deposizioni e a domande non necessarie sulla vita privata (art. 12, par. 4). Tra le disposizioni degne di nota, quella relativa al diritto delle vittime di tratta di avere accesso al risarcimento per reati dolosi violenti (art. 17).

Per ciò che riguarda le misure di assistenza, sostegno e protezione dei minori (articoli 13 e seguenti), la direttiva detta una normativa specifica, in quanto i soggetti in parola sono a maggior rischio di finire vittime di tratta. Qualora l'età della vittima sia incerta, è prevista una presunzione di minore età in suo favore ai fini dell'accesso immediato all'assistenza e alla protezione (art. 13, par. 2). Per ciò che riguarda le specifiche condizioni di assistenza e sostegno, la normativa stabilisce che la posizione di ogni singolo minore debba essere valutata individualmente (art. 14); inoltre, dovrebbe essere garantito l'accesso all'istruzione, in quanto ciò potrebbe costituire un sostegno al recupero fisico e psicosociale del minore. In presenza di un conflitto tra gli interessi del minore e quelli di chi ne esercita la responsabilità genitoriale, è prevista la nomina di un tutore o di un rappresentante, sempre nell'ottica del perseguimento dell'interesse supe-

---

<sup>74</sup> *Infra*, par. 8.

<sup>75</sup> Ai sensi della direttiva 2004/81/CE, cit.

<sup>76</sup> Sulla base delle direttive 2004/83/CE e 2004/85/CE, cit.

<sup>77</sup> V. 21° "considerando".

riore del bambino stesso (art. 14, par. 2). L'assistenza al minore può comprendere altresì il sostegno alla famiglia, se presente nel territorio dello Stato membro. Nell'ambito delle indagini e dei procedimenti penali (art. 15), la direttiva stabilisce la nomina di un rappresentante e l'accesso gratuito alla consulenza ed assistenza, seppur a condizione che il minore risulti indigente. È previsto altresì che le audizioni dei minori abbiano luogo con speciali cautele, vale a dire ove possibile nell'immediatezza dei fatti, in luoghi adatti, ad opera di operatori specializzati<sup>78</sup>. Infine, disposizioni specifiche sono previste a favore dei minori non accompagnati (art. 16).

7. Come abbiamo visto, all'adozione della direttiva sulla tratta non ha partecipato il Regno Unito, che si è avvalso della clausola di esenzione (c.d. *opting-out*) prevista dai Trattati; mentre l'Irlanda ha deciso di aderirvi (c.d. *opting-in*)<sup>79</sup>. Va sottolineato come il Regno Unito abbia sinora partecipato alle misure approvate in materia penale sulla tratta, vale a dire alla originaria azione comune<sup>80</sup> e alla citata decisione quadro<sup>81</sup>. Ora invece Regno Unito ed Irlanda hanno la facoltà di decidere di volta in volta se aderire entro tre mesi alle proposte che riguardano lo SLSSG. Al contrario, la Danimarca non può scegliere di aderire alle misure post-Lisbona fino a quando e a meno che non decida di modificare il suo Protocollo speciale sulle questioni GAI<sup>82</sup>. Quest'ultima circostanza potrebbe verificarsi solo mediante ricorso a referendum popolare.

Il Regno Unito potrebbe decidere in qualsiasi momento di aderire alla direttiva 2011/36/UE. Infatti, la relativa partecipazione sarebbe condizionata solo all'approvazione della Commissione, la quale fino ad ora non si è mai opposta alle richieste di adesione di Regno Unito o Irlanda a provvedimenti in ambito GAI in un periodo successivo alla loro definitiva approvazione<sup>83</sup>. Va notato che, attualmente, quella in parola è l'unica misura di diritto penale dalla quale il Regno Unito ha deciso di tenersi fuori. Infatti, finora esso aveva aderito alle

<sup>78</sup> La direttiva stabilisce anche che i minori dovrebbero entrare in contatto sempre con le stesse persone e che le audizioni dovrebbero essere limitate e previste solo se strettamente indispensabili (*ivi*, par. 3). Gli Stati membri devono garantire che le audizioni siano videoregistrate e che abbiano valore di prova. Le udienze dovrebbero svolgersi a porte chiuse e l'audizione del minore dovrebbe avere luogo non in presenza, bensì mediante l'utilizzo di apposite tecnologie.

<sup>79</sup> Per un'analisi della partecipazione differenziata del Regno Unito alla direttiva in parola, v. S. PEERS, *The New Directive on Trafficking in Persons* (www.statewatch.org, reperibile *on line*).

<sup>80</sup> V. azione comune 97/154/GAI del Consiglio, del 24 febbraio 1997, per la lotta contro la tratta degli esseri umani e lo sfruttamento sessuale dei bambini, *GUCE* L 63, 4 marzo 1997, p. 2 ss.

<sup>81</sup> Tuttavia Regno Unito ed Irlanda non hanno aderito alla direttiva 2004/81/CE, che, come vedremo (*infra*, par. 8), detta una normativa *ad hoc* sulla concessione a favore delle vittime di tratta del permesso di soggiorno al fine di facilitare la cooperazione alle indagini. In caso di futura adesione alla direttiva sulla tratta, il Regno Unito non sarebbe comunque obbligato a sottoscrivere anche la misura in parola.

<sup>82</sup> V. Protocollo n. 22 sulla posizione della Danimarca, allegato al Trattato di Lisbona.

<sup>83</sup> Tale circostanza si è già verificata in cinque occasioni, due per il Regno Unito e tre per l'Irlanda. Sul punto, v. S. PEERS, *UK and Irish Opt-outs from EU Justice and Home Affairs (JHA) Law* (www.statewatch.org, reperibile *on line*).

proposte di direttiva presentate in materia, vale a dire sullo sfruttamento sessuale di donne e bambini<sup>84</sup>; sul diritto all'informazione nei procedimenti penali<sup>85</sup>; sull'ordine europeo di indagine penale<sup>86</sup> e sulla criminalità informatica<sup>87</sup>.

Le motivazioni dell'*opting-out* britannico sono state molteplici<sup>88</sup> e sostanzialmente riconducibili alla mancanza di un valore aggiunto della direttiva, in assenza di misure operative; al fatto che il Parlamento europeo, in sede di negoziato, avesse insistito sul sostegno a favore delle vittime non ancora identificate come tali e su una più ampia giurisdizione extraterritoriale; al fatto che alcune norme discrezionali fossero state rese obbligatorie, come ad esempio la nomina di un tutore speciale per i minori. Infine, decisiva in senso contrario all'adesione sarebbe risultata la circostanza che la partecipazione alla direttiva avrebbe richiesto modifiche alla legislazione britannica. Le motivazioni in parola sono apparse tuttavia deboli o contraddittorie. Infatti, da una parte, il governo inglese ha addotto come giustificazione la mancanza di un *added value* della direttiva rispetto alla normativa interna, mentre, dall'altra, ha motivato la non adesione sulla circostanza del carattere obbligatorio di alcune parti della misura. A quest'ultimo proposito, risulta inoltre difficile comprendere come l'obbligatorietà della nomina del tutore o del rappresentante per i bambini non accompagnati o separati dai genitori, o in presenza di un conflitto di interessi tra il bambino e i genitori, potesse costituire un problema per il Regno Unito, vista la gravità dei reati e la delicata situazione dei bambini vittime di tratta. Sull'obiezione della mancanza di misure operative, non si vede per quale motivo si debba rinunciare ad un provvedimento solo perché esso non comprende misure sulla cooperazione operativa e in ogni caso il Regno Unito ha già aderito alla proposta sullo sfruttamento sessuale dei bambini<sup>89</sup>, che ugualmente non contiene disposizioni di questo tipo. Per quanto riguarda il negoziato condotto dal Parlamento, in realtà l'argomento appare debole in quanto il testo licenziato dal Consiglio, come abbiamo visto<sup>90</sup>, non ha subito modifiche sui punti relativi al sostegno delle vittime potenziali e all'ampliamento della giurisdizione. Infine,

---

<sup>84</sup> V. proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio del 29 marzo 2010, relativa alla lotta contro l'abuso e lo sfruttamento sessuale dei minori e la pedopornografia, che abroga la decisione quadro 2004/68/GAI, COM(2010)94 def.

<sup>85</sup> V. proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 20 luglio 2010, sul diritto all'informazione nei procedimenti penali, COM(2010)392 def.

<sup>86</sup> V. doc. n. 2010/C 165/02, iniziativa del Regno del Belgio, della Repubblica di Bulgaria, della Repubblica di Estonia, del Regno di Spagna, della Repubblica d'Austria, della Repubblica di Slovenia e del Regno di Svezia per una direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio relativa all'ordine europeo di indagine penale, *GUUE* C 165, 24 giugno 2010, p. 22 ss. In argomento, v. S. PEERS, *The Proposed European Investigation Order* ([www.statewatch.org](http://www.statewatch.org), reperibile *on line*).

<sup>87</sup> V. proposta di direttiva del Parlamento europeo e del Consiglio, del 30 settembre 2010, relativa agli attacchi contro i sistemi di informazione, e che abroga la decisione quadro 2005/222/GAI del Consiglio, COM(2010)517 def.

<sup>88</sup> V. la lettera del 29 giugno 2010 del ministro dell'immigrazione britannico che illustra le ragioni dell'*opting-out*, su cui v. S. PEERS, *The New Directive*, cit.

<sup>89</sup> V. COM(2010)94 def., cit.

<sup>90</sup> V. *supra* par. 4.

l'obiezione circa la necessità di modifica della legislazione primaria britannica non appare corretta, in quanto lo *European Communities Act* (cap. 2, par. 2) consente l'attuazione della normativa dell'Unione mediante legislazione delegata, senza necessità di modifica della relativa normativa penale<sup>91</sup>. In sostanza, il governo britannico non ha offerto solide argomentazioni contro l'*opting-in*<sup>92</sup>. Al contrario, l'argomento più efficace a favore dell'adesione del Regno Unito alla direttiva sulla tratta è che la sua mancata partecipazione, senza valide argomentazioni, potrebbe costituire un segnale di debolezza nella lotta al fenomeno, non solo nei confronti dei potenziali trafficanti, ma anche riguardo agli altri Stati, con la conseguenza di un affievolimento degli sforzi diplomatici sulla ratifica e dell'applicazione dei relativi trattati internazionali.

Il Regno Unito, sei mesi prima della scadenza del periodo transitorio (vale a dire nel giugno 2014), dovrà decidere se uscire dallo SLGS, oppure se aderirvi integralmente<sup>93</sup>. La mancata partecipazione alla direttiva sulla tratta, il cui termine di attuazione scade tra due anni, potrebbe costituire un segno negativo o, semplicemente, una riserva per non compromettere la decisione finale sulla permanenza nello SLGS.

Com'è noto<sup>94</sup>, la posizione di Regno Unito ed Irlanda rispetto allo SLGS<sup>95</sup> non è giuridicamente identica<sup>96</sup> e si è peraltro diversificata ulteriormente al momento dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona. Infatti solo il Regno Unito potrà esercitare la facoltà di uscire da tutte le misure dello Spazio alla fine del periodo transitorio di cinque anni, previsto per l'"adattamento" degli atti adottati in base al titolo VI del TUE (atti provenienti dal terzo pilastro) al nuovo regime generale del TFUE<sup>97</sup>. Al contrario, nella Conferenza di Lisbona, l'Irlanda aveva espresso, in una Dichiarazione *ad hoc*<sup>98</sup>, l'intenzione di partecipare, per

<sup>91</sup> Com'è noto, in seguito all'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, l'attuazione delle norme penali ha luogo mediante l'European Union (Amendment) Act del 2008, che ha sostituito l'European Communities Act.

<sup>92</sup> Sul punto, v. S. PEERS, *The New Directive*, cit.

<sup>93</sup> Sul punto, v. G. CAGGIANO, *L'evoluzione dello Spazio di libertà, sicurezza e giustizia nella prospettiva di un'Unione basata sul diritto*, in questa *Rivista*, 2007, p. 335 ss., specie p. 374.

<sup>94</sup> In argomento, ci sia consentito rimandare a C. GABRIELLI, *La partecipazione differenziata del Regno Unito all'acquis di Schengen ed alla Carta dei diritti fondamentali secondo la giurisprudenza della Corte ed il Trattato di Lisbona*, in P. BENVENUTI (a cura di), *op. cit.*, p. 355 ss.

<sup>95</sup> V. Protocollo n. 21 sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, allegato al Trattato di Lisbona.

<sup>96</sup> Il rapporto tra Regno Unito e Irlanda, oltre ad essere collegato dalla comune condizione insulare, prevede un regime "di libero spostamento" e di intese sulla circolazione delle persone nei rispettivi territori. Per un'analisi complessiva della materia, v. S. PEERS, *EU Justice and Home Affairs Law*, Oxford, 2006, II ed.

<sup>97</sup> V. Protocollo n. 36 sulle disposizioni transitorie allegato al Trattato di Lisbona, titolo VII, art. 10, specie paragrafi 4 e 5.

<sup>98</sup> V. Dichiarazione n. 56 dell'Irlanda allegata all'atto finale della Conferenza intergovernativa che ha adottato il Trattato di Lisbona, relativa all'articolo 3 del Protocollo sulla posizione del Regno Unito e dell'Irlanda rispetto allo Spazio di libertà, sicurezza e giustizia, allegata agli atti della Conferenza di Lisbona.

quanto possibile, all'adozione delle misure relative allo SLSG, in particolare nel settore della cooperazione di polizia. Nella medesima Dichiarazione, aveva altresì manifestato l'intenzione di riconsiderare, entro tre anni dall'entrata in vigore del Trattato, il suo particolare statuto in materia ed eventualmente di rinunciare a tutte le deroghe di cui beneficiava.

Nel Protocollo n. 21 al Trattato di Lisbona tuttavia non vi sono disposizioni che si occupano espressamente della questione relativa alla *sopravvivenza* delle normative precedenti in seguito agli *opting-out* britannici e irlandesi nel settore GAI. La questione in parola rileva non solo per la direttiva sulla tratta, ma altresì per le misure in materia penale<sup>99</sup> e per quelle in materia di asilo, alla maggior parte delle quali in una prima fase Regno Unito ed Irlanda avevano partecipato, ma a cui hanno deciso di non aderire nell'attuale seconda fase legislativa. Al riguardo, potrebbero verificarsi due ipotesi.

Qualora Regno Unito o Irlanda decidano di non aderire ad una nuova misura e quest'ultima modifichi (ma non abroghi formalmente) quella precedente alla quale i due Stati erano vincolati, la Commissione ha la facoltà di proporre al Consiglio che i due Stati membri interrompano la loro partecipazione alla misura preesistente, qualora la mancata adesione alla misura di modifica dovesse rendere "inoperabile" la situazione per gli altri Stati membri o per l'Unione europea. Il Consiglio ha la facoltà, con un voto a maggioranza qualificata, di approvare la proposta in parola, se ritiene soddisfatti tali requisiti di "inoperabilità". Una situazione di "inoperabilità" potrebbe verificarsi, ad esempio, per l'attuazione del mandato di arresto europeo, di *Europol* o *Eurojust*, vale a dire in tutti i casi nei quali sia necessario instaurare un sistema di cooperazione tra le amministrazioni nazionali. La non partecipazione del Regno Unito alla direttiva sulla tratta, al contrario, non comporterebbe conseguenze di questo tipo; così la disapplicazione della precedente decisione quadro 2002/629/GAI non è stata prevista.

Nel caso in cui un atto dell'UE dovesse abrogare espressamente la normativa precedente e il Regno Unito non parteciparvi, automaticamente lo Stato in parola non sarebbe più vincolato nemmeno dalla misura abrogata<sup>100</sup>. Tuttavia, nel caso della direttiva sulla tratta, se fosse prevalsa tale interpretazione, si sarebbe posta un'ulteriore questione. Infatti la decisione quadro abrogata aveva sostituito, a sua volta, un'azione comune e quest'ultima, con il venir meno del suo atto abrogativo, avrebbe potuto essere considerata ancora in vigore. La questione si pone per analogia con tutta una serie di altre misure di diritto penale, qualora Regno Unito ed Irlanda dovessero decidere di non aderire alle relative misure abrogative.

---

<sup>99</sup> V. ad esempio l'*opting-out* irlandese sulla proposta sull'ordine europeo di indagine penale (doc. n. 2010/C 165/02, cit., *supra* nota 86).

<sup>100</sup> Questa soluzione non appare pienamente conforme ai citati Protocolli, secondo i quali Regno Unito, Irlanda e Danimarca non possono essere vincolati da una legislazione alla quale non abbiano aderito espressamente. Infatti, non avendo partecipato alla nuova normativa, gli Stati in parola non dovrebbero essere ritenuti vincolati nemmeno dalla norma ivi contenuta che abroga la legislazione precedente.

In ogni caso, il Regno Unito entro il 1° giugno 2014 avrà la possibilità di decidere se *uscire* da tutte le misure dell'*ex* terzo pilastro (comprese le citate decisione quadro e azione comune), adottate prima dell'entrata in vigore del Trattato di Lisbona, che continuano a trovare applicazione. Se dovesse esercitare l'*opting out*, la decisione quadro (o l'azione comune) cesserebbero di produrre effetti a partire dal 1° dicembre 2014 (sebbene il Regno Unito potrebbe in qualsiasi momento decidere nuovamente di applicarle o di aderire alla direttiva sulla tratta). Al contrario, se il Regno Unito decidesse una nuova partecipazione, o di non interrompere la sua adesione alle precedenti misure del terzo pilastro, da quella data la Corte di giustizia sarebbe competente a giudicare sull'applicazione della decisione quadro (o dell'azione comune) sul suo territorio.

8. Prima di chiudere questo lavoro, vale la pena di ricordare il secondo strumento previsto dal diritto dell'Unione nella lotta alla tratta. Si tratta della direttiva 2004/81/CE<sup>101</sup>, che ha introdotto il principio di premialità a favore delle vittime al fine di incentivare la loro collaborazione nel procedimento penale<sup>102</sup>. È prevista infatti la concessione da parte degli Stati membri di un permesso di soggiorno, malgrado l'ingresso illegale nel territorio<sup>103</sup>. Tuttavia, al pari della decisione quadro 2002/629/GAI, anche questo strumento è risultato piuttosto lacunoso dal punto di vista della tutela delle vittime, specie nel caso nel quale quest'ultime decidano di non collaborare o non siano in possesso di informazioni utili. Si tratta dunque di uno strumento che persegue più fini repressivi che di tutela. Infatti, sempre che l'interessato non rappresenti una minaccia per l'ordine pubblico e la sicurezza, il rilascio del permesso è subordinato alla presenza di alcune condizioni: l'opportunità della sua permanenza nel territorio nazionale ai fini delle indagini o del procedimento giudiziario; la sua "chiara volontà" di cooperare; la mancanza di legami con i presunti autori del reato (art. 8). La previsione della concessione di un "periodo di riflessione" indeterminato a favore della vittima, durante il quale non è consentita la sua espulsione, per consentirgli di sottrarsi all'influenza dei trafficanti (art. 6), non è valsa a mitigare il carattere eccessivamente repressivo e poco sensibile alla protezione delle vittime<sup>104</sup>. Inoltre la concessione del beneficio del permesso di soggiorno appare di durata eccessivamente breve (sei mesi rinnovabili). Suscita infine non poche perplessità<sup>105</sup> la sua non applicabilità nei confronti dei cittadini dell'Unione europea.

<sup>101</sup> V. direttiva 2004/81/CE del Consiglio, del 29 aprile 2004, cit.

<sup>102</sup> In argomento, S. SCARPA, *La tutela dei diritti delle vittime di tratta degli esseri umani ed il sistema premiale previsto dalla direttiva comunitaria 2004/81/CE*, in *Dir. imm.*, 2005, n. 2, p. 45 ss.

<sup>103</sup> Oltre che alle vittime di tratta, gli Stati membri avrebbero potuto a loro discrezione applicare il beneficio del permesso di soggiorno altresì ai cittadini di Paesi terzi coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale (art. 3).

<sup>104</sup> A tale riguardo, è stato giustamente notato che la base giuridica della direttiva in parola (art. 63, par. 3, TCE) è volta al contrasto dell'immigrazione illegale e non alla tutela dei diritti umani, v. B. NASCIBENE, A. DI PASCALE, *op. cit.*, p. 46.

<sup>105</sup> V. ancora B. NASCIBENE, A. DI PASCALE, *op. cit.*, p. 45.



Sull'attuazione della direttiva 2004/81/CE, la Commissione<sup>106</sup> ha evidenziato soprattutto lo scarso utilizzo da parte degli Stati membri di quello che poteva rappresentare uno strumento fondamentale di contrasto alla tratta e un *modus operandi* rispettoso dei diritti delle vittime. Infatti, per ciò che riguarda l'effettiva concessione dei titoli di soggiorno, il ricorso allo strumento in parola è apparso modesto o nullo in molti Stati<sup>107</sup>. Varie sono le possibili spiegazioni: scarsa informazione dello straniero<sup>108</sup>; mancata o insufficiente concessione del periodo di riflessione<sup>109</sup> o prematura interruzione di quel periodo<sup>110</sup>; condizioni eccessivamente restrittive per il rilascio del titolo di soggiorno<sup>111</sup>.

Nel suo rapporto di monitoraggio periodico sull'applicazione, la Commissione ha rilevato difficoltà di applicazione della direttiva sotto l'aspetto del periodo di validità del titolo di soggiorno<sup>112</sup> e del relativo rinnovo<sup>113</sup>. Per ciò che riguarda il trattamento delle vittime, si sono avute difficoltà di applicazione sotto il profilo della loro assistenza psicologica<sup>114</sup>, della loro protezione<sup>115</sup>, dell'assistenza linguistica<sup>116</sup> e di quella medica<sup>117</sup>. Limiti nell'applicazione della normativa si sono avuti infine nell'ambito della protezione dei minori<sup>118</sup> e del diritto al lavoro, alla formazione professionale e all'istruzione<sup>119</sup>.

La Commissione ha auspicato un accesso più efficace delle vittime alle informazioni in ordine ai loro diritti; una maggiore collaborazione tra le autorità competenti degli Stati membri, le organizzazioni non governative e le associa-

---

<sup>106</sup> V. relazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio, del 15 ottobre 2010, sull'applicazione della direttiva 2004/81/CE riguardante il titolo di soggiorno da rilasciare ai cittadini di paesi terzi vittime della tratta di esseri umani o coinvolti in un'azione di favoreggiamento dell'immigrazione illegale che cooperino con le autorità competenti (d'ora in avanti: "la relazione"), COM(2010)493 def.

<sup>107</sup> In alcuni Stati membri le vittime di tratta individuate sono state numerose centinaia o circa duemila l'anno, mentre il numero dei titoli di soggiorno, rilasciati sulla base della direttiva in discussione, ha superato di rado poche decine di unità l'anno.

<sup>108</sup> V. art. 5 della direttiva, su cui v. par. 4.1 della relazione.

<sup>109</sup> Infatti la direttiva non dispone la durata del periodo di riflessione, ma lascia che sia la legge nazionale a definirla (v. art. 6, par. 1). A tal proposito gli Stati membri hanno adottato soluzioni differenziate (par. 4.2 della relazione).

<sup>110</sup> La direttiva (art. 6, par. 4) prevede che l'interruzione operi solo in caso l'interessato di sua volontà abbia ristabilito un legame con gli autori del reato, oppure per motivi attinenti alla pubblica sicurezza e alla salvaguardia della sicurezza nazionale (par. 4.4 della relazione).

<sup>111</sup> Art. 8 della direttiva, su cui v. par. 4.5 della relazione.

<sup>112</sup> Sulla base della direttiva (art. 8, par. 3), il titolo di soggiorno dovrebbe avere validità per almeno sei mesi; inoltre se le condizioni per il rilascio dovessero continuare ad essere soddisfatte, il titolo dovrebbe essere rinnovato (v. a riguardo par. 4.6 della relazione).

<sup>113</sup> Art. 13 della direttiva, su cui v. paragrafi 4.11 e 4.12 della relazione.

<sup>114</sup> V. art. 7, par. 1 della direttiva. Secondo la relazione della Commissione (par. 4.7.2), finora solo pochi Stati membri hanno attuato le disposizioni in parola.

<sup>115</sup> Art. 7, par. 2 e art. 9, par. 1 della direttiva, sulla cui applicazione v. par. 4.7.3 della relazione.

<sup>116</sup> Art. 7, par. 3 e art. 9, par. 1 della direttiva, su cui v. par. 4.7.4 della relazione.

<sup>117</sup> Art. 7, par. 1 e art. 9, par. 2 della direttiva, sui quali v. par. 4.7.6 della relazione.

<sup>118</sup> Art. 10 della direttiva, su cui v. paragrafi 4.8.1, 4.8.2 e 4.8.3 della relazione.

<sup>119</sup> Art. 11 della direttiva, su cui v. par. 4.9 della relazione.

zioni. Essa inoltre ha indicato la necessità di modifica della misura nel senso del rilascio del titolo di soggiorno temporaneo sulla base della sola situazione di vulnerabilità della vittima e non necessariamente in cambio della cooperazione con le autorità. Ulteriori modifiche potrebbero riguardare la specifica determinazione della durata del “periodo di riflessione” per le vittime (attualmente lasciate alla libera determinazione delle legislazioni nazionali) e il potenziamento del quadro giuridico relativo al loro trattamento, specie se minori.

9. La direttiva sulla tratta costituisce certamente un’importante tappa di avvicinamento verso l’approccio globale affermato dal Parlamento europeo e dal Consiglio nei riguardi di un crimine contro l’umanità commesso ad opera della criminalità organizzata. Tuttavia, la nuova direttiva risulta priva di riferimenti alle modalità di coinvolgimento dei Paesi terzi nella lotta al fenomeno, così come era stato auspicato dal Consiglio nel citato Libro bianco<sup>120</sup>. Sarebbe risultato opportuno l’inserimento di una disposizione sulle azioni da intraprendere nei Paesi da cui provengono i flussi o nei quali vengono trasferite le vittime, ad esempio azioni di sensibilizzazione e di sostegno specifico, ai fini dello sviluppo di una legislazione adeguata di contrasto nei Paesi terzi interessati. Inoltre, sarebbe utile un completamento della disciplina mediante norme amministrative e l’organizzazione di una cooperazione amministrativa sullo scambio di informazioni e di migliori prassi tra gli Stati membri, soprattutto in merito all’identificazione delle vittime<sup>121</sup>.

Per ciò che riguarda le prospettive di nuovi interventi in materia, è prevista l’approvazione di ulteriori misure volte alla protezione e all’assistenza delle vittime, in particolare lo sviluppo di meccanismi di risarcimento; il rimpatrio sicuro; l’assistenza al reinserimento nel Paese d’origine in caso di rimpatrio volontario, mediante accordi di cooperazione *ad hoc* con gli Stati terzi; l’emanazione di orientamenti per servizi consolari e guardie di frontiera ai fini dell’identificazione più agevole delle vittime<sup>122</sup>.

<sup>120</sup> V. *supra* nota 39.

<sup>121</sup> V. 4° “considerando” della direttiva sulla tratta.

<sup>122</sup> V. Piano d’azione per l’attuazione del programma di Stoccolma, del 20 aprile 2010, COM(2010)171 def.

## Abstract

### Directive on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings and Protecting Its Victims, between Criminal Law Cooperation, Illegal Immigration and Fundamental Human Rights Protection

The Directive on preventing and combating trafficking in human beings, no. 2011/36/EU, is the first measure in criminal law cooperation since the entry into force of the Treaty of Lisbon. This article, after framing the fundamental human rights, proceeds to analyze the content and innovations regarding trafficking in human beings, especially in relation to the previous regulation. Issues regarding the legal basis of the new measure and the United Kingdom's non-participation in it are also been addressed.

It is well-known that trafficking in human beings constitutes a crime against humanity under customary law, whose regulation was developed by international instruments. It is in fact a far more serious offense than those of smuggling or trafficking of migrants.

The trafficking in human beings Directive represents important progress regarding the protection of the victims' rights. Defence of victims has in any case been strengthened by the jurisprudence of the Strasbourg Court, which has made trafficking in human beings tantamount to slavery and forced work, affirming the responsibility of a State Party for omissions of standards of care in carrying out investigations to ensure that those responsible be brought to justice.

After the entry into force of the Directive, the Commission will be able to act in case of the lack of transposition or the incorrect implementation of the obligations provided therein through infraction procedures against the Member States; a prejudicial interpretation by the Court of Justice will also be possible, while currently only two thirds of the Member States allow for this competence with reference to the acts of the former third pillar.





# Recensioni





Pietro Gargiulo (a cura di)

# Politica e diritti sociali nell'Unione europea. Quale modello sociale europeo?

Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. XI-378.



Poche volte capita di riscontrare nel titolo di un volume collettaneo tanta densità sia sul piano dei contenuti, sia su quello della ricostruzione sistematica e delle implicazioni metodologiche. Tale densità si ritrova nei numerosi contributi, apprezzabili anche per la loro connotazione interdisciplinare, che affrontano gli sviluppi – consistenti quanto problematici – che hanno caratterizzato il processo di integrazione europea in poco più di mezzo secolo. Sviluppi che riguardano l’ambito sociale e che, anche alla luce della grave crisi economica e finanziaria esplosa nel 2008, pongono con inedito vigore la questione se sia possibile intravedere una diversa relazione tra Europa economica ed Europa sociale.

L’impulso particolare ad indagare in questa direzione è offerto – come ben esplicita lo stesso curatore – dalle più recenti innovazioni normative, intervenute, non solo sull’assetto ordinamentale, ma anche sul quadro di valori e principi entro i quali sono destinati a muoversi gli attori – istituzionali e non – del sempre più complesso scenario europeo. Il riferimento è alla riforma istituzionale varata a Lisbona e, in particolare, all’attribuzione di valore giuridico alla Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea. Questo scenario viene efficacemente illustrato da Pietro Gargiulo nel capitolo di apertura del Volume, che riprende i contenuti presenti già nel titolo, ma ne ribalta l’ordine, così che l’attenzione viene subito e direttamente posta sul “modello sociale europeo”, oggetto non tanto oscuro di un desiderio che si traduce in un poderoso sforzo di analisi e di ricostruzione critica e sistematica. Un’analisi che trae particolare linfa proprio dai due aspetti “fondamentali e tra loro strettamente connessi” messi ben a fuoco, appunto, sin nelle prime battute: lo “sviluppo e [gli] assetti attuali della politica sociale dell’Unione, da un lato, e l’insieme dei diritti sociali cui la stessa fa riferimento, dall’altro” (p. 2).

In questo modo appare sgomberato il campo dai possibili equivoci che possono generare formule come “diritti sociali” o “modello sociale europeo”, oggetto ed esito di risalenti e importanti riflessioni in diversi ambiti disciplinari (come quelli della filosofia del diritto, della filosofia politica, della sociologia dei processi culturali, ecc.). Infatti, messa da parte l’ipotesi di indagarne la valenza concettuale, la riflessione si dipana lungo il versante delle dinamiche concrete della integrazione europea e, dunque, affronta l’ampia e articolata gamma di

misure che ruotano intorno all'antico dilemma sulla conciliabilità dell'Europa sociale con le regole della concorrenza.

Dichiarato l'intento ambizioso, illustrate le *rationes* e tracciate le tappe fondamentali della complessa evoluzione sulla possibile configurazione di un modello sociale nel contesto del processo di integrazione europea, l'attenzione si sposta sui diversi contenuti di questo, come "ideati, sviluppati – talvolta solo auspicati – dalle istituzioni dell'Unione" (p. 2), senza tuttavia trascurare l'altra faccia del modello sociale europeo, ovvero quella della politica sociale, intesa quale "strumento incrementale" della portata dei diritti sociali.

La trattazione complessiva del "modello sociale europeo" si articola, dunque, lungo i più rilevanti ambiti di incidenza dei diritti sociali, preceduti da una analisi di taglio politico-economico che si sofferma sulla crisi del modello europeo di economia di mercato anche, e soprattutto, in relazione alla situazione di congiuntura internazionale. A questo, seguono i "capitoli" più propriamente attinenti ai profili giuridici e politico-sociali del modello sociale europeo. Innanzitutto, quelli di più risalente e consolidata tradizione, come il *principio di eguaglianza e il divieto di discriminazioni*, tema magistralmente trattato anche nella declinazione più rilevante nell'ordinamento europeo: la *parità tra uomo e donna*; segue, poi, un altro tema di risalente interesse: la *libertà di circolazione e soggiorno* dei cittadini nello spazio europeo.

Nel proseguo sono affrontati temi di più recente emersione, ma di sempre problematico inquadramento, come il *diritto di lavorare* e il *diritto di accesso ai servizi di collocamento*, o *l'equità e giustizia nelle condizioni di lavoro*; segue, poi, la trattazione di un tema già da tempo di interesse 'europeo', ma che solo ora sembra acquisire più concreta rilevanza, come il *diritto dei lavoratori all'informazione e alla consultazione*. Segue la disamina del *diritto di sciopero e della libertà di contrattazione collettiva*, uno degli argomenti più controversi per la particolare virulenza che assume il rapporto tra libertà economiche e diritti sociali (collettivi, oltre che individuali) quando questi sono il portato diretto e, probabilmente, più significativo della grande tradizione del costituzionalismo europeo.

Chiudono il Volume i contributi su *sicurezza e assistenza sociale, lavoro minorile, schiavitù e lavoro forzato, diritto all'istruzione, tutela della salute e regime giuridico dei cittadini dei Paesi terzi*. Si tratta di "capitoli" non certo secondari del modello sociale europeo ma, forse, più distanti dalle concrete forme che, nella pur breve storia dell'integrazione europea, hanno assunto gli interventi comunitari in materia sociale. Essi, infatti, riguardano problemi tenuti fuori dall'ambito di competenza sovranazionale per precisa scelta politica e/o perché non presentavano la consistenza e la gravità che hanno assunto oggi, con l'allargamento dell'Unione e la maggiore mobilità collegata al fenomeno della globalizzazione, ma anche a causa del crescente divario tra zone ricche e zone povere, ora anche evidente all'interno dello *spazio* dell'Unione europea. E nonostante questi fenomeni destino oramai più di qualche preoccupazione e rendano urgenti interventi coordinati e di matrice sovranazionale, essi non trovano adeguati spazi e forme di azione.

Non è possibile dar conto adeguatamente, in questa sede, della ricchezza delle analisi condotte con riferimento ai diversi ambiti di rilevanza del modello sociale europeo, né dei tanti spunti di tipo ricostruttivo e interpretativo offerti al lettore. Si cercherà, allora, di rimarcare alcune delle particolari ragioni che rendono la lettura di questo Volume di accattivante interesse, per poi tracciare un breve quadro delle principali tematiche affrontate e, dunque, soffermarsi sui profili più di rilievo, lungo il filo conduttore che corrisponde ad una scelta precisa e bene illustrata del curatore e sostanzialmente seguita nei diversi contributi: il modello sociale europeo, i suoi contenuti, i profili di problematicità.

Se è facile capire le ragioni, anche solo in termini di attualità, dell'analisi del catalogo, del contenuto e della garanzia dei diritti sociali nell'ordinamento dell'Unione europea, è anche facile intuirne le tante criticità. Questi implicano una articolata e complessa attività interpretativa, che si spera possa svilupparsi nella intensa (e feconda) interazione tra dottrina e giurisprudenza, nelle varie *corti* interessate. Tuttavia, questi aspetti di problematicità non possono certo essere tutti compresi e risolti in una dimensione esclusivamente giuridica. Riveste particolare rilevanza, infatti, anche la dimensione della politica o, secondo una formula forse più efficace a rappresentarne contenuto e finalità, di *policy*. Ne consegue che le istituzioni e tutti gli attori coinvolti, ai vari livelli e nelle diverse forme, sono chiamati ad attivarsi per imprimere al processo di integrazione europea una direzione compatibile con le conquiste di emancipazione e civiltà promosse dal costituzionalismo del secondo dopoguerra.

Tra le ragioni di interesse per la lettura di questo libro, vale forse la pena sottolineare che si tratta di un'opera ideata ed elaborata all'interno di un gruppo composto, prevalentemente, da giuristi di diritto internazionale e di diritto pubblico e arricchito dal contributo dell'analisi politico-economica e di quella di genere. Già questo colpisce non poco nella lettura, soprattutto se effettuata con le lenti del giurista del lavoro e non perché non sia nota la crescente rilevanza degli spazi di sovrapposizione, interferenza o, meglio, intersecazione tra le diverse discipline, in parallelo all'avanzamento del processo di integrazione europea, oltre al rilievo della prospettiva interdisciplinare, cui pure è avvezzo il giuslavorista. Piuttosto, appare diversa la prospettiva della osservazione e – a volte – sorprendono taluni risultati cui conducono le analisi effettuate. Risultati che, in molti casi, suggeriscono nuovi e più efficaci percorsi di approfondimento, soprattutto sul versante dell'interpretazione e, in particolare, dell'interpretazione sistematica che, specialmente a seguito delle interessanti novità in materia sociale introdotte con il Trattato di Lisbona, estendono notevolmente – e complicano – l'ambito delle fonti di riferimento, sia pure dotate di diversa valenza giuridica.

Proprio in relazione a queste nuove sollecitazioni per l'attività ermeneutica, l'approccio dell'internazionalista, geneticamente avvezzo a confrontarsi con le c.d. "norme di conflitto", appare suggestivo e foriero di intriganti percorsi di indagine ancora da sviluppare. È opportuna, tuttavia, un'avvertenza che appartiene, questa volta, al bagaglio genetico del giuslavorista, più avvezzo alla disciplina materiale del rapporto giuridico: la necessità, nella maggior parte dei casi

che riguardano l'ambito sociale e, in particolare, il diritto del lavoro, di tener ben presente il forte radicamento dei diritti sociali (oggi riconosciuti anche nell'ordinamento dell'Unione europea) nei sistemi giuridici nazionali e, in particolare, nelle relative tradizioni costituzionali, con implicazioni e ricadute non sempre facili da rappresentare e tutelare nel contesto del diritto dell'Unione europea.

Un punto di snodo particolarmente efficace è rappresentato da un contributo di taglio politico-economico e dal titolo eloquente – *La crisi economica e la crisi di un modello di economia di mercato* – che, opportunamente, segue il saggio introduttivo e precede la trattazione più specifica dei diversi contenuti del modello sociale europeo. L'accento posto sulla dimensione di *policy*, oltre che su quella più propriamente giuridica, consente di allargare lo sguardo dalle dinamiche delle politiche europee in campo sociale alla considerazione del più ampio e problematico contesto nel quale queste si svolgono. Il contesto è quello profondamente segnato dalla globalizzazione dei mercati e dalla recente crisi economica e finanziaria, tanto da riportare al centro dell'attenzione la riflessione sul rapporto tra Stato e mercato; un tema cruciale anche, e soprattutto, nell'ambito dei sistemi a struttura multilivello che, come nel “caso europeo”, sono gravemente connotati dalla complessa distribuzione dei poteri di intervento, ma anche dai limiti al potere (statale) di spesa pubblica, conseguenti all'appartenenza alla c.d. eurozona.

Alla luce di questo e dei ben più intricati scenari che emergono nel saggio di Di Giannatale e Passarelli, è evidente la necessità di riconsiderare – in una prospettiva più politica che normativa e di lungo periodo – la relazione tra stabilità finanziaria e crescita. Necessità tanto più urgente ove si consideri come “le reazioni asimmetriche messe in atto dai governi europei alla crisi economica hanno invertito quel processo di convergenza verso un modello sociale più unitario che si era manifestato a partire dagli anni novanta” (p. 32). Necessità, infine, che stabilità e crescita si articolino in una “relazione virtuosa” nell'ambito di un “approccio integrato alla *governance* della zona euro”, che dia voce alla domanda di maggiore coordinamento e condivisione delle scelte (p. 41).

Tali scelte – e la stessa Commissione europea ne è ben consapevole – non investono solo le aree del risanamento dei conti pubblici e delle misure che favoriscano la crescita, ma anche quella – parimenti complessa e delicata – delle riforme del mercato del lavoro. Si tratta, peraltro, di riforme che riguardano anche la *stabilità*, ma di un tipo poco indagato dagli studiosi della stabilità finanziaria e che, con quest'ultima, presenta molteplici profili di contiguità e, forse, di solo apparente contrasto, ovvero la stabilità della occupazione, da considerare come il portato storicamente più rilevante del diritto del lavoro e che, proprio la lettura di questo e altri saggi raccolti nel Volume, suggerisce di approfondire ulteriormente.

Provando, ora, ad illustrare alcune delle suggestive prospettive di approfondimento “aperte” anche grazie ad un approccio diverso da quello tipico del giuslavorista, sembra utile partire dalla trattazione – in qualche modo paradigmatica – di uno dei temi più tradizionali e più delicati del diritto del lavoro: i diritti di azione collettiva a confronto con le libertà di stabilimento e di libera prestazione

di servizi, nell'interpretazione della Corte di giustizia in alcuni casi (relativamente) recenti (spec. *Viking*, *Laval* e *Rüffert*). Dal raffronto tali diritti escono ridimensionati perché, in definitiva, la Corte riconosce lo sciopero e la contrattazione collettiva “negli stessi termini in cui essi sono riconosciuti dall'articolo 28 della Carta dei diritti fondamentali” e, dunque, non paragonabili al ruolo – e alle relative garanzie – assegnato in contesti nazionali come, ad esempio, quelli coinvolti nei casi sottoposti alla Corte (Finlandia, Svezia, Germania) o, ancora più in particolare, in quello italiano. Così, anche se alcune affermazioni contenute in queste sentenze “non sembrano condivisibili nel merito” neanche per l'internazionalista, questi deve poi osservare come “il percorso argomentativo utilizzato dalla Corte di giustizia non è nuovo né tantomeno rivoluzionario, poiché conferma la prevalenza delle ragioni del mercato nel processo di integrazione europea, a discapito dei diritti sociali fondamentali” (p. 222).

Un'amara constatazione che, tuttavia, induce a guardare *altrove*. Non solo a valorizzare la dimensione dell'azione politica ed il ruolo delle parti sociali, peraltro nel contesto dell'Europa ‘allargata’, ma anche a considerare altri percorsi di tipo “giudiziario”. Così, ad esempio, la possibilità (per quanto estrema) di ricorrere alla teoria dei c.d. “controlimiti” costituzionali (p. 236) o, in una prospettiva differente e sempre più interessante (a seguito della prospettata adesione della Unione alla CEDU), alla giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo, che appare più attenta dei giudici di Lussemburgo ai diritti sociali (p. 240) o, ancora, di indagare potenzialità e implicazioni di altre innovazioni introdotte con la riforma di Lisbona, pure indicate e trattate in altri “capitoli” che “raccontano” contenuti e problematiche del modello sociale europeo.

Tra questi, desta molto interesse la parte che – sempre dalla prospettiva del diritto internazionale – affronta un altro grande tema del diritto (del lavoro) europeo: il principio di eguaglianza e il divieto di discriminazione e che, già dal titolo, incuriosisce per la diretta assegnazione al tema di una funzione “sociale”. Inoltre, la trattazione appare *anomala*, se raffrontata alla più diffusa manualistica italiana ed europea, nella quale il tema dell'eguaglianza e del divieto di discriminazione suole essere scomposto in due principali filoni, corrispondenti, almeno secondo una risalente sistemazione del(l'allora) diritto comunitario del lavoro, a due gruppi di regole: quelle direttamente funzionali all'instaurazione di un mercato comune del lavoro e quelle rivolte a definire una politica sociale comunitaria la quale, tuttavia, doveva permettere a tale mercato, ma anche al mercato *tout court*, di operare correttamente. Alla prima compagine normativa, beninteso, apparteneva il grande tema della libera circolazione dei lavoratori subordinati (solo di recente assurti al rango di “cittadini”); alla seconda, l'insieme di strumenti attribuiti alla Comunità per l'attuazione di una politica sociale, tra i quali il principio di parità uomo-donna che, presente sin dalle origini nel diritto primario, ha per lungo tempo dominato la scena.

Col tempo, è noto, entrambi i filoni hanno conosciuto un'evoluzione consistente. Tuttavia, è rimasta la tendenza a tenere separato il profilo dell'eguaglianza collegato alla nazionalità rispetto a quello collegato al sesso e – da Amsterdam (articoli 12 e 13, ora 18 e 19 TFUE), come confermato dalla riforma

di Lisbona – anche ad altri fattori di rischio (razza o origine etnica, religione o convinzioni personali, *handicap*, età od orientamento sessuale), così da fornire una espressa base giuridica per l'adozione di una vera e propria politica antidiscriminatoria.

La libertà di circolazione e soggiorno, così come i diversi sviluppi in ambito sociale – a partire da quelli di assoluto rilievo che hanno riguardato la parità di genere – sono oggetto di specifica trattazione, nelle parti successive del Volume, in quanto tutte componenti importanti del modello sociale europeo. Questo consente, allora, di leggere l'analisi "unitaria" del tema dell'eguaglianza da parte di Alfredo Rizzo quale contrappunto, sul versante giuridico (internazionalistico), alla trattazione di Pietro Gargiulo, più tarata sulla dimensione politico/sociale (dell'Unione europea), ma parimenti mirata a dar conto della evoluzione del modello sociale europeo.

Ma l'*anomalia* della trattazione unitaria si spiega del tutto appena si indossano le lenti dello studioso del diritto internazionale e ci si accorge dei molteplici problemi di coordinamento e delle tante opportunità interpretative che derivano dalla esistenza di diversi sistemi normativi: quello delle fonti del diritto internazionale convenzionale e quello del diritto dell'Unione europea. Solo per dare il senso della complessità di questi problemi, basti ricordare la differente prospettiva con la quale queste fonti guardano all'eguaglianza: nell'ambito del sistema dell'Unione europea non si è mai inteso istituire un sistema di tutela dei diritti fondamentali della persona umana. Tuttavia, nel tempo e grazie al fondamentale contributo della Corte di giustizia, sono stati realizzati notevoli progressi nella direzione di un sempre più ampio riconoscimento dei diritti sociali, con riferimento alla libertà di circolazione e soggiorno dei lavoratori (si rinvia al contributo di Carolina Simoncini), sia, e soprattutto, al grande versante della parità uomo-donna. Peraltro, il tema della parità uomo-donna, "capitolo" di assoluto rilievo nel modello sociale europeo e, dunque, nel Volume curato da Gargiulo, offre un altro efficace esempio dell'utilità dell'approccio interdisciplinare che – in questo caso attraverso gli strumenti dell'analisi di genere – consente a Barbara Pezzini e Anna Lorenzetti di indagare specificità ed evoluzione di un principio che è diventato l'*archetipo* dell'eguaglianza" (p. 86) proprio a partire – pur ridimensionandone la portata – dalla differente matrice storica dell'eguaglianza tra i sessi nell'ordinamento europeo e nel costituzionalismo moderno.

Così, l'attenzione si sposta – e con grande efficacia – sul percorso *a contrario* che ha caratterizzato l'ordinamento europeo, nel quale i divieti di discriminazione hanno preceduto l'affermazione del principio di eguaglianza, tanto da rendere evidente come "l'eguaglianza non possa essere intesa in un'accezione meramente formale: il collegamento ai fenomeni sociali sottostanti mostra l'intrinseca valenza emancipatoria", perché "il divieto non colpisce qualsiasi differenziazione, ma quella individuata come una base materiale (*ground*) di specifica discriminazione" (p. 86). Ricostruite le *origini*, il saggio ripercorre le fasi salienti della legislazione antidiscriminatoria sempre più "orientata nei termini di una accentuazione della dimensione sociale, con una tendenza verso una tutela universalistica della persona, a prescindere dalle differenze, ascritte,



immutabili (razza o età) o scelte (religione o convinzioni personali)” (p. 94). Tuttavia, proprio l’analisi di genere apre la riflessione su uno degli aspetti più problematici della dimensione antidiscriminatoria e della logica *assimilazionistica* di cui è intrisa: “la società fonda sul sesso la ripartizione degli spazi privato e pubblico, domestico ed extradomestico, e l’attribuzione asimmetrica del potere di accesso alle risorse economiche, politiche, sociali” (p. 98). Questa logica, lasciando sopravvivere intatta l’*asimmetria* di genere (p. 99), ha *paradossalmente* influenzato anche l’ordinamento italiano, che ha finito “per porre il solo diritto comunitario a fondamento della parità uomo-donna così come di tutto il diritto antidiscriminatorio – lasciando sullo sfondo, se non addirittura perdendo, il proprio autonomo fondamento costituzionale”.

È una affermazione forte, ma vera e, proprio per questo, particolarmente grave. Se è vero, infatti, che le previsioni costituzionali in materia di eguaglianza uomo-donna (articoli 36 e 37) fotografano una divisione dei ruoli sessuali con riferimento alle funzioni riproduttive e di cura, da un lato, e al lavoro produttivo, dall’altro, è anche vero che proprio la lettura combinata di questi articoli con il principio di eguaglianza sostanziale (art. 3, 2° comma) rivela una costruzione giuridica del genere in chiave “antisubordinatoria”, da (ulteriormente) esplorare e valorizzare, anche e soprattutto entro gli spazi offerti dalla dialettica tra piano nazionale ed europeo.

Tra i temi affrontati nel Volume merita, infine, un cenno particolare quello sulla tutela della salute, che consente di effettuare anche qualche considerazione conclusiva. Come avvertono gli autori, le politiche sanitarie rappresentano un elemento centrale e particolarmente qualificante del modello di *welfare state*, a lungo sottratto – pressoché interamente – al processo di integrazione europea (p. 325). È noto, infatti, che nella tradizione europea dei sistemi di *welfare* la salute è tutelata con soluzioni organizzative diverse quanto a meccanismi di finanziamento, livelli di spesa e tipo di organizzazione e prestazione dei servizi (p. 330). Le innovazioni contenute nei Trattati di Maastricht e di Amsterdam – e, in particolare l’introduzione di una esplicita base giuridica per la configurabilità di una dimensione europea dei servizi sanitari – insieme al ruolo prezioso della Corte di giustizia, hanno fortemente contribuito al riconoscimento del valore di portata trasversale della tutela della salute, ora riconosciuta quale “diritto” nella Carta dei diritti fondamentali. Rimane, tuttavia, la difficile conciliabilità del valore della concorrenza con la tradizione europea dei sistemi di *welfare*, la cui promozione e la cui difesa passano ormai attraverso una sinergia tra politiche e azioni integrate, volte a fornire risposte a bisogni sempre più complessi. È proprio in questa prospettiva che sembra cogliersi un “carattere nuovo” nella costruzione delle politiche comunitarie in materia di tutela della salute, le quali sarebbero “sempre più caratterizzate da una sorta di *antropocentrismo dalla natura espansiva*” (p. 346).

Ebbene, come pure si afferma in altri contributi del Volume (soprattutto in quello di Lara Appicciafuoco), anche le politiche del lavoro rivestono indubbia centralità nel processo di definizione del modello sociale europeo e sollecitano riflessioni non solo sulla portata e sulle criticità di tali politiche, ma più in gene-

rale sul valore del diritto del lavoro e sul suo contributo al consolidamento del modello sociale europeo (p. 141). Si ricorda, opportunamente, come soprattutto con la “costituzionalizzazione” dei diritti sociali negli ordinamenti statali del secondo dopoguerra il diritto del lavoro sia divenuto il fulcro di un più ampio sistema di diritti, individuali e collettivi ad esso strettamente connessi, nonché il presupposto fondamentale per il finanziamento dei sistemi di *welfare* basati su meccanismi solidaristici di redistribuzione del reddito (p. 142).

Aurora Vimercati

# Libri ricevuti

Edoardo Ales, Marzia Barbera, Fausta Guarriello (a cura di), *Lavoro, welfare e democrazia deliberativa*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. XIX-750.

Amedeo Arena, *La nozione di servizio pubblico nel diritto dell'integrazione economica. La specificità del modello sovranazionale europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. XIII-226.

Paolo Bargiacchi, *Orientamenti della dottrina statunitense di diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. XXXVII-362.

Giacomo Biagioni, *La connessione attributiva di giurisdizione nel regolamento CE n. 44/2001*, Padova, CEDAM, 2011, pp. XIII-268.

Franco Botta, Giovanna Scianatico (a cura di), *Lezioni per l'Adriatico. Argomenti in favore di una nuova euroregione*, Milano, FrancoAngeli, 2010, p. 153.

Vincenzo Buonomo, *Il diritto della Comunità internazionale. Principi e regole per la governance globale*, Città del Vaticano, Lateran University Press, 2010, pp. XII-374.

Enzo Cannizzaro, *Corso di diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2011, pp. XV-499.

Gian Luigi Cecchini, *Trattato v. Costituzione. Le aporie giuridiche del Trattato che adotta una "Costituzione" per l'Europa e del Trattato di Lisbona: un vulnus per il futuro dell'Unione Europea*, Padova, CEDAM, 2009, II ed., pp. XIV-377.

Patrizia De Cesari, *Diritto internazionale privato dell'Unione europea*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. XVII-468.

*Diritto dell'Ambiente*, Napoli, Edizioni Giuridiche Simone, 2011, IX ed., pp. 448.

Chiara Favilli (a cura di), *Procedure e garanzie del diritto di asilo*, Padova, CEDAM, 2011, pp. XIII-429.

Francesco Galgano, Fabrizio Marrella, *Diritto del commercio internazionale*, Padova, CEDAM, 2011, III ed., pp. XXXII-986.

Pietro Gargiulo (a cura di), *Politica e diritti sociali nell'Unione europea. Quale modello sociale europeo?*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. XI-378.

*Il diritto processuale civile nell'avvicinamento giuridico internazionale. Omaggio ad Aldo Attardi*, Cleup, Padova, 2009, I, pp. XIII-1-698, II, pp. VIII-699-1270.

Laura Magi, *Protezione dei diritti fondamentali dei lavoratori e attività delle organizzazioni economiche e finanziarie internazionali. Problemi di coordinamento e di responsabilità internazionale*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, pp. 370.

Bruno Nascimbene, Stefano Bastianon, *Diritto europeo dello sport*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. VIII-132.

Marco Pedrazzi, Ilaria Viarengo, Alessandra Lang (eds.), *Individual Guarantees in the European Judicial Area in Criminal Matters*, Bruxelles, Bruylant, 2011, pp. IX-389.

Pasquale Pirrone (a cura di), *Circolazione dei valori giuridici e tutela dei diritti e delle libertà fondamentali*, Torino, Giappichelli, 2011, pp. IX-238.

Christian Ponti, *Crimini transnazionali e diritto internazionale*, Milano, Giuffrè, 2010, pp. XIV-277.

Marco Ragusa, *Da Maastricht a Nizza. Il ruolo dell'Italia nella formazione dell'Unione Europea*, Roma, Luiss University Press, 2011, pp. 117.

Natalino Ronzitti, *Diritto internazionale dei conflitti armati*, Torino, Giappichelli, 2011, IV ed., pp. XIX-410.

Lucia Serena Rossi (a cura di), *La protezione dei diritti fondamentali. Carta dei diritti UE e standards internazionali*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. 459.

Lucia Serena Rossi, Elisa Baroncini (a cura di), *Rapporti tra ordinamenti e diritti dei singoli. Studi degli allievi di Paolo Mengozzi*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, pp. XXIV-493.

Elisa Ruozi, *La tutela dell'ambiente nella giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo*, Napoli, Jovene, 2011, pp. VII-279.

Ennio Triggiani (a cura di), *Le nuove frontiere della cittadinanza europea*, Bari, Cacucci, 2011, pp. XXIX-492.

Ennio Triggiani, *L'Unione europea dopo la riforma di Lisbona*, Bari, Levante, 2011, pp. 268.

Anna Lisa Verdecchia, *Lo Stato partner-cosmopolitico. Origine e regimi normativi di partnership e human rights*, Salerno, Bruno Libri, 2011, pp. XII-364.

Armin von Bogdandy, *I principi fondamentali dell'Unione europea. Un contributo al costituzionalismo europeo*, Napoli, Editoriale Scientifica, 2011, pp. 172.

Salvatore Zappalà, *La tutela internazionale dei diritti umani*, Bologna, Il Mulino, 2011, pp. 142.

# Elenco delle abbreviazioni

*AFDI* – Annuaire français de droit international  
*AJIL* – The American Journal of International Law  
*BVerfGe* – Entscheidungen des Bundesverfassungsgerichts  
*Boston UILJ* – Boston University International Law Journal  
*Cambridge LJ* – Cambridge Law Journal  
*CDE* – Cahiers de droit européen  
*CIJ Rec.* – Recueil des arrêts, avis consultatifs et ordonnances de la Cour internationale de justice  
*CML Rev.* – Common Market Law Review  
*Columbia LR* – Columbia Law Review  
*Dig. disc. pubb.* – Digesto delle discipline pubblicistiche  
*Dir. imm.* – Diritto, immigrazione e cittadinanza  
*Dir. lav.* – Diritto del lavoro  
*DPCE* – Diritto pubblico comparato ed europeo  
*DUDI* – Diritti umani e diritto internazionale  
*DUE* – Il Diritto dell'Unione Europea  
*EdD* – Enciclopedia del diritto  
*EFA Rev.* – European Foreign Affairs Review  
*EG* – Enciclopedia giuridica Treccani  
*EJIL* – European Journal of International Law  
*EJML* – European Journal of Migration and Law  
*ELJ* – European Law Journal: Review of European Law in Context  
*ELR* – European Law Review  
*EPIL* – Encyclopedia of Public International Law  
*EPL* – European Public Law  
*EuR* – Europarecht  
*Foro it.* – Il foro italiano  
*G. dir. amm.* – Giornale di diritto amministrativo  
*Giur. cost.* – Giurisprudenza costituzionale  
*Giur. it.* – Giurisprudenza italiana  
*Giust. civ.* – Giustizia civile  
*GLJ* – German Law Journal  
*GUCE* – Gazzetta ufficiale delle Comunità europee  
*GURI* – Gazzetta ufficiale della Repubblica italiana

*GUUE* – Gazzetta ufficiale dell'Unione europea  
*GYIL* – German Yearbook of International Law  
*HRQ* – Human Rights Quarterly  
*ILM* – International Legal Materials  
*Int. J. Const. Law* – International Journal of Constitutional Law  
*LIEI* – Legal Issues of Economic Integration (già Legal Issues of European Integration)  
*Maastricht JECL* – Maastricht Journal of European and Comparative Law  
*NILR* – Netherlands International Law Review  
*Pol. dir.* – Politica del diritto  
*Q. cost.* – Quaderni costituzionali  
*Raccolta* – Raccolta della giurisprudenza della Corte e del Tribunale dell'Unione europea  
*Rass. DPE* – Rassegna di diritto pubblico europeo  
*RDI* – Rivista di diritto internazionale  
*Resp. civ. prev.* – Responsabilità civile e previdenza  
*RGDIP* – Revue générale de droit international public  
*RHDI* – Revue hellénique de droit international  
*RIDC* – Revue internationale de droit comparé  
*RIDU* – Rivista internazionale dei diritti dell'uomo  
*Riv. dir. agr.* – Rivista di diritto agrario  
*Riv. dir. cost.* – Rivista di diritto costituzionale  
*Riv. dir. ind.* – Rivista di diritto industriale  
*Riv. it. dir. lav.* – Rivista italiana di diritto del lavoro  
*Riv. trim. dir. pubbl.* – Rivista trimestrale di diritto pubblico  
*RMCUE* – Revue du marché commun et de l'Union européenne  
*RMUE* – Revue du marché unique européen  
*RTDE* – Revue trimestrielle de droit européen  
*Vanderbilt JTL* – Vanderbilt Journal of Transnational Law  
*Washington ULR* – Washington University Law Review  
*YILC* – Yearbook of the International Law Commission



# Indice degli autori



Paolo MENGOZZI

Avvocato generale della Corte di giustizia dell'Unione europea

Luigi DANIELE

ordinario di diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma "Tor Vergata"

Carlo CURTI GIALDINO

associato di diritto internazionale dell'Università degli studi di Roma "La Sapienza"

Lorenzo Federico PACE

associato di diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi del Molise

Cristiana FIORAVANTI

associato di diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Ferrara

Mario CARTA

ricercatore di Diritto dell'Unione europea nell'Università degli studi di Roma "Unitelma-La Sapienza"

Loredana MURA

ricercatore di diritto internazionale nell'Università degli studi di Bescia

Giacomo DI FEDERICO

ricercatore di Diritto internazionale nell'Università degli studi di Bologna

Chiara GABRIELLI

dottore di ricerca in Diritto europeo nell'Università degli studi di Roma TRE





# Indice del Volume VI (2011)

<i>Antonio Saggio</i> , par Paolo Mengozzi	207
<b>ARTICOLI</b>	
Giandonato CAGGIANO La regolazione delle reti delle comunicazioni e dell'energia nel diritto dell'Unione europea	41
Umberto CARABELLI Il contrasto tra le libertà economiche fondamentali e i diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia: il sostrato ideologico e le implicazioni giuridiche del principio di equivalenza gerarchica	217
Carlo CURTI GIALDINO Osservazioni sul contenuto e sul valore giuridico del preambolo del Trattato sull'Unione europea	457
Luigi DANIELE Il dialogo tra Corte di giustizia e Corti supreme degli Stati membri: il caso del mandato di arresto europeo	433
Patrizia DE PASQUALE Le iniziative dell'Unione europea in materia di soluzione alternativa delle controversie tra privati e pubbliche amministrazioni	65
Cristiana FIORAVANTI La politica comune della pesca nel Trattato sul funzionamento dell'Unione europea	505
Paolo FOIS Applicazione differenziata e flessibilità nel diritto dell'Unione europea	25
Luciano GAROFALO Ordinamento dell'Unione europea e ordinamento italiano: "prove tecniche" d'integrazione	245
Francesca IPPOLITO Principio di non discriminazione e cittadini extracomunitari	279
Paolo MENGOZZI La sentenza <i>Zambrano</i> : prodromi e conseguenze di una pronuncia inattesa	417
Lorenzo Federico PACE L'applicazione del diritto <i>antitrust</i> da parte dei giudici nazionali: l'influenza dell'"armonizzazione negativa" della Corte di giustizia e l'esperienza italiana	483

Francesco SEATZU Sulla <i>primauté</i> della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nell'ordinamento giuridico italiano	265
Ugo VILLANI Gli sviluppi del Trattato di Lisbona in materia di politica estera e di sicurezza comune	9
<b>NOTE E COMMENTI</b>	
Chiara AMALFITANO Unione europea e garanzie processuali: il diritto all'interpretazione e alla traduzione nei procedimenti penali	83
Mariacristina BOTTINO Il diritto di accesso agli atti di causa. Il caso API	303
Mario CARTA <i>Historical Injustices</i> : legittimazione passiva e forme della riparazione nel diritto internazionale ed europeo	523
Giacomo DI FEDERICO Le discriminazioni in base all'età nella più recente giurisprudenza della Corte di giustizia: da <i>Mangold</i> a <i>Georgiev</i> e oltre	585
Chiara GABRIELLI La libertà personale dell'immigrato irregolare nella direttiva-rimpatri e la disapplicazione di norme italiane contrastanti: la sentenza <i>El Dridi</i>	367
Chiara GABRIELLI La direttiva sulla tratta di esseri umani tra cooperazione giudiziaria penale, contrasto dell'immigrazione illegale e tutela dei diritti	609
Luigi IANNUZZI La sentenza sul caso <i>Küçükdeveci</i> : la Corte di giustizia applica la Carta dei diritti fondamentali nel suo valore vincolante	163
Maura MARCHEGIANI Regolamento Dublino II e Convenzione europea dei diritti umani: il caso <i>M.S.S. c. Belgio e Grecia</i>	357
Elsa MILANESI La fiscalità diretta nelle sentenze della Corte di giustizia dell'Unione europea. Una riflessione sul principio di non restrizione delle libertà fondamentali	133
Loredana MURA Il principio di eguaglianza nel diritto dell'Unione europea alla luce della più recente giurisprudenza della Corte di giustizia in materia di assicurazioni	555

Rossana PALLADINO Il diritto di soggiorno nel <i>proprio</i> Stato membro quale (nuovo) corollario della cittadinanza europea?	331
Vito RUBINO Competenza giurisdizionale e luogo di esecuzione dei contratti di fornitura di beni mobili o di servizi nello spazio giudiziario europeo fra prospettive e retrospettive modalità applicate dall'Italia	111
<b>RECENSIONI</b>	
Maria Caterina BARUFFI (a cura di), <i>Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo</i> , Padova, CEDAM, 2010 (U. Villani)	180
Angela DI STASI, <i>Diritti umani e sicurezza regionale. Il «sistema» europeo</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, II ed. (I. Ingravallo)	386
Pietro GARGIULO (a cura di), <i>Politica e diritti sociali nell'Unione europea. Quale modello sociale europeo?</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2011 (A. Vimercati)	635
Riccardo MONACO, Carlo CURTI GIALDINO, <i>Manuale di diritto internazionale pubblico Parte generale</i> , Torino, UTET, 2009, III ed., pp. L-862 (U. Villani)	383
Peter OLIVER (General Editor), <i>Free Movement of Goods</i> , Oxford-Portland, Hart Publishing, 2010, V ed. (L. Daniele)	175
Giuseppe SPERA, <i>Il regime della pesca nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea</i> , Torino, Giappichelli, 2010, pp. X-340 (R. Virzo)	388
Libri ricevuti	183, 391, 643
Elenchi delle abbreviazioni	185, 393, 645
Indice degli autori	187, 395, 647





# Index of Volume VI (2011)

*Antonio Saggio*, by Paolo Mengozzi 207

## ARTICLES

- Giandonato CAGGIANO  
The Sector-specific Regulation of Electronic Communications and Energy Networks in EU Law 41
- Umberto CARABELLI  
The Contrast between the Fundamental Economic Freedoms and the Rights to Strike and Collective Bargaining in the Recent European Court of Justice Jurisprudence: The Ideological Substratum and the Legal Implications of the Principle of Hierarchical Equivalence 217
- Carlo CURTI GIALDINO  
Observations on the Content and the Legal Value of the Preamble to the Treaty on the European Union 457
- Luigi DANIELE  
The Dialogue between the European Court of Justice and the Supreme Courts of the Member States: The Case of the European Arrest Warrant 433
- Patrizia DE PASQUALE  
The Initiatives of the EU Regarding Alternative Dispute Resolutions between Individuals and Public Authorities 65
- Cristiana FIORAVANTI  
The Common Fisheries Policy in the Treaty on the Functioning of the European Union 505
- Paolo FOIS  
“Differentiated Application” and Flexibility in European Union Law 25
- Luciano GAROFALO  
EU Law and Italian Law: ‘Tests’ of Integration 245
- Francesca IPPOLITO  
Non-discrimination Principle and Non-EU Citizens 279
- Paolo MENGOZZI  
The *Zambrano* Case: Forerunners and Consequences of an Unexpected Pronouncement 417
- Lorenzo Federico PACE  
The Application of Antitrust Law by National Judges: The Influence of “Negative Harmonization Framework” of the Court of Justice and the Italian Experience 483

Francesco SEATZU The Primacy of the European Convention on Human Rights over the Italian Legal Order	265
Ugo VILLANI The Developments of the Lisbon Treaty in the Field of Common Foreign and Security Policy	9
<b>NOTES AND COMMENTS</b>	
Chiara AMALFITANO Procedural Guarantees in EU Law: The Right to Interpretation and Translation in Criminal Proceedings	83
Mariacristina BOTTINO The Right of Access to Pleadings: The <i>API</i> Case	303
Mario CARTA <i>Historical Injustices</i> : Passive Legitimation and Forms of Reparations in International and European Law	523
Giacomo DI FEDERICO Age Discrimination in Light of the most Recent ECJ Case-law: From <i>Mangold</i> to <i>Georgiev</i> and beyond	585
Chiara GABRIELLI Compliance with Fundamental Rights of Illegal Immigrants and Obligation for National Courts to Refuse to Apply Any National Provision which Is Contrary to the Result of the Directive on the Return	367
Chiara GABRIELLI Directive on Preventing and Combating Trafficking in Human Beings and Protecting Its Victims, between Criminal Law Cooperation, Illegal Immigration and Fundamental Human Rights Protection	609
Luigi IANNUZZI The Judgment on the Case <i>Küçükdeveci</i> : The European Court of Justice Applies the European Charter of Fundamental Rights in Its Binding Force	163
Maura MARCHEGIANI The “Dublin II” Regulation and the European Convention on Human Rights in Light of the <i>M.S.S. v. Belgium &amp; Greece</i> Case	357
Elsa MILANESI Direct Taxation in the EU Court of Justice Ruling. Debate Concerning the Principle of Non-restriction of Fundamental Freedom	133

Loredana MURA The Equality Principle in European Union Law in Light of the most Recent ECJ Case-law in Insurance Matters	555
Rossana PALLADINO The Right of European Citizens to Reside in Their Own Member State as a (New) Corollary of European Citizenship?	331
Vito RUBINO Jurisdiction and Place of Performance in Sales of Goods or Provisions of Services in European Judicial Area: Prospects and Retrospectives	111
<b>BOOK REWIEWS</b>	
Maria Caterina BARUFFI (a cura di), <i>Cittadinanza e diversità culturale nello spazio giuridico europeo</i> , Padova, CEDAM, 2010 (U. Villani)	180
Angela DI STASI, <i>Diritti umani e sicurezza regionale. Il «sistema» europeo</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2010, II ed. (I. Ingravallo)	386
Pietro GARGIULO (a cura di), <i>Politica e diritti sociali nell'Unione euro- pea. Quale modello sociale europeo?</i> , Napoli, Editoriale Scientifica, 2011 (A. Vimercati)	637
Riccardo MONACO, Carlo CURTI GIALDINO, <i>Manuale di diritto inter- nazionale pubblico Parte generale</i> , Torino, UTET, 2009, III ed., pp. L-862 (U. Villani)	383
Peter OLIVER (General Editor), <i>Free Moviment of Goods</i> , Oxford- Portland, Hart Publishing, 2010, V ed. (L. Daniele)	175
Giuseppe SPERA, <i>Il regime della pesca nel diritto internazionale e nel diritto dell'Unione europea</i> , Torino, Giappichelli, 2010, pp. X-340 (R. Virzo)	388
Books received	183, 391, 643
Table of abbreviations	185, 393, 645
List of contributors	187, 395, 647

# Radicata nel futuro



7,013

5,824

3,689

4,563



**BANCA  
POPOLARE  
DI BARI**



## Un palazzo per le imprese

E' terra di commercianti la nostra, ma anche di validi e creativi artigiani, di audaci imprenditori. La storia della Camera di Commercio e la storia di Bari sono una cosa sola, un unico intreccio di simboli, di emblemi, legati non solo alla collocazione fisica di questa grande "casa del mercato" nel cuore murattiano del capoluogo, ma anche alla sua capacità di rappresentare l'anima della città.

Sono più di 155mila le aziende iscritte al Registro delle Imprese, per lo più imprese commerciali, manifatturiere, di costruzioni, di servizio, trasporti. Ma a formare questo grande numero, che fa dell'ente la quinta Camera di Commercio italiana, contribuiscono anche le aziende che operano nei servizi pubblici e sociali, nel turismo e nell'intermediazione finanziaria.

Attraverso le loro associazioni di categoria, rappresentate nel Consiglio, vere e proprie rappresentanze di interessi economici, i protagonisti dell'economia locale manifestano bisogni ed esigenze.

Alla Camera di Commercio spetta comporre in una visione di sintesi strategica, perché uno sviluppo consapevole può attuarsi solo componendo interessi diversi, siano di imprenditori, artigiani, commercianti, agricoltori, consumatori e lavoratori.

Questa intermediazione, con compiti di garanzia *super partes*, viene attuata anche con le altre amministrazioni locali e con il sistema bancario, dando forte slancio alla collaborazione.

Camera di Commercio, Industria, Artigianato e Agricoltura di Bari



PIÙ VALORE AL TERRITORIO





# Studi sull'integrazione europea

CACUCCI EDITORE  
Via Nicolai, 39 - 70122 Bari

INTEGRAZIONE FATTURA	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)	
	INDIRIZZO	N. CIVICO
	CAP LOCALITÀ	PROV.
	PIVA (SE NECESSITA FATTURA) CODICE FISCALE (OBBLIGATORIO)	
	TEL.	FAX
INDIRIZZO DI SPEDIZIONE (se diverso)	COGNOME E NOME (O RAGIONE SOCIALE)	
	INDIRIZZO	N. CIVICO
	CAP LOCALITÀ	PROV.
ABBONAMENTI	ITALIA	ESTERO
	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2012	<input type="checkbox"/> abbonamento annuale 2012
	€ 60,00	€ 90,00

Gli abbonamenti hanno durata annuale. Allo scadere l'abbonamento deve essere rinnovato mediante semplice lettera o e-mail.

La sottoscrizione dell'abbonamento, a prescindere dal periodo in cui è sottoscritto, comporta la spedizione di tutti i numeri pubblicati e da pubblicare nell'annata.

Modalità unica di abbonamento tramite 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 2012).

Il corrispettivo per l'abbonamento a questo periodico è comprensivo dell'IVA assolta dall'editore ai sensi e per gli effetti del combinato disposto dall'art. 74 del D.P.R. 26/10/1972, n. 633 e del D.M. 29/12/1989 e successive modificazioni ed integrazioni.

*Arretrati, cambi d'indirizzo, ecc.*

Cacucci Editore S.a.s. - Servizio clienti, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari  
Tel. 080/62030890, Fax 080/5234777, e-mail: riviste@cacuccieditore.it

Egregio abbonato, ai sensi dell'art. 13 del D.Lgs. 30 giugno 2003, n. 196, La informiamo che i Suoi dati saranno conservati nel database informatico del titolare del trattamento Cacucci Editore Sas. I Suoi dati saranno utilizzati dalla nostra società, da enti e società esterne ad essa collegati, nonché da soggetti terzi, titolari autonomi del trattamento, solo per l'invio di materiale amministrativo-contabile, commerciale e promozionale. Ai sensi dell'art. 7 del citato D.Lgs., Lei ha diritto di conoscere, aggiornare, rettificare, cancellare i Suoi dati, nonché di esercitare tutti i restanti diritti ivi previsti, mediante comunicazione scritta a Cacucci Editore Sas, Via Nicolai, 39 - 70122 Bari.

DATA

FIRMA





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)



# Le nuove frontiere della cittadinanza europea

TRIGGIANI Ennio (a cura di)

XXX, 498 Pagine  
prezzo: 48,00 €



## Sommario:

*Presentazione del volume.* ENNIO TRIGGIANI, *Le nuove frontiere della cittadinanza europea. PROFILI GENERALI E POLITICI*: MASSIMO STARITA, *Democrazia e partecipazione politica nella giurisprudenza della Corte di giustizia dell'Unione europea*. GIUSEPPE MORGESE, *Principio e strumenti della democrazia partecipativa nell'Unione europea*. ANGELA MARIA ROMITO, *Il Mediatore europeo nel Trattato di Lisbona*. VALERIA DI COMITE, *L'uguaglianza tra cittadini europei? Una nuova sfida per un problema annoso*. GIOVANNI CELLAMARE, *I diversi regimi normativi applicabili all'ingresso e al soggiorno degli stranieri nell'Unione europea in base alla cittadinanza degli stessi*. IVAN INGRAVALLO, *La (fragile) dimensione esterna della cittadinanza europea*. EGERIA NALIN, *Riforma della legge italiana sulla cittadinanza e diritto dell'Unione europea*. MARTINA GUIDI, *La rilevanza della cittadinanza ai fini dell'esecuzione del mandato d'arresto europeo*. PROFILI ECONOMICI E SOCIALI: GIANDONATO CAGGIANO, *La "filigrana del mercato" nello status di cittadino europeo*. PIETRO GARGIULO, *La cittadinanza sociale europea tra mito e realtà*. ROSSANA PALLADINO, *I diritti di sciopero e di contrattazione collettiva nell'ordinamento europeo: il "cittadino lavoratore" tra logiche di mercato e tutela dei diritti sociali fondamentali*. LARA APPICCIAFUOCO, *Lo status sociale dei cittadini europei economicamente non attivi: una "cittadinanza sociale di mercato europea"?* LUIGI RAIMONDI, *Circolazione degli studenti universitari e principio di non discriminazione nella recente giurisprudenza della Corte di giustizia*. ALFREDO RIZZO, *La disciplina comunitaria in materia previdenziale nell'interpretazione della Corte di giustizia: da strumento di tutela della circolazione dei lavoratori a strumento di tutela della circolazione dei cittadini dell'Unione*. MICAELA FALCONE, *La direttiva 2011/24 sulla mobilità dei pazienti alla luce della cittadinanza europea*. MARCO EVOLA, *Adesione all'Unione europea della Turchia e condizione giuridica dei cittadini turchi nella giurisprudenza della Corte di giustizia*. ANDREA ROSENTHAL, *La direttiva europea sui lavoratori altamente qualificati: elementi di cittadinanza sociale o di cittadinanza mercantile?* MARIA CHIARA VITUCCI, *Lo status di coppia omosessuale fra Strasburgo e Lussemburgo (passando per Roma)*. ANDREA GRATTERI, *La titolarità dei diritti sociali nelle Costituzioni europee: cittadini e stranieri*

# Profili giuridici del sistema agro-alimentare tra ascesa e crisi della globalizzazione

JANNARELLI Antonio

328 Pagine  
prezzo: 28,00 €



## Sommario:

PARTE I. Il sistema agro alimentare tra diritto europeo e diritto nazionale: il contesto generale. PARTE II. Le regole interne alla filiera agro-alimentare tra disciplina dell'attività e disciplina del prodotto. PARTE III: Il world food regime nella globalizzazione dei mercati e dell'economia: ascesa e crisi del fenomeno.





In copertina **François Boucher** (Parigi 1703-1770)

*Ratto d'Europa*, 1732-1734 – olio su tela, cm 234 x 277 – Londra, Wallace Collection

A François Boucher, uno dei più grandi interpreti del *rococo* europeo, infaticabile regista di scene mitologiche rivisitate in chiave di sensualità e di grazia, si deve una delle più affascinanti e complesse messe in scene del mito di Europa – la giovane figlia di Agenore sedotta da Giove nelle sembianze di un placido toro – nel dipinto di questo soggetto conservato nella Wallace Collection di Londra.

Il mito ovidiano è qui rappresentato nel momento iniziale, quando il re degli dei, mimetizzato tra il bestiame di Agenore, presentatosi alla fanciulla e alle compagne che giocavano con lei sulla spiaggia, viene vezzeggiato e inghirlandato di fiori dalle giovani donne, ignare della reale identità del pacifico bovino. Europa, rappresentata come un'incantevole giovinetta dalle chiome bionde intrecciate e dall'incarnato chiarissimo, coperta solo da un succinto drappo di lucido raso color corallo che le lascia scoperti il seno e le gambe, è addirittura seduta, con evidente divertimento, sul dorso del toro, mentre tutt'intorno le sue compagne, seminude, partecipano al gioco. Nella parte alta del dipinto, su una grande nuvola scura (quasi un annuncio del dramma che sta per compiersi) si distinguono un'aquila, simbolo dello stesso Giove, acquattata tra i corruschi bagliori dei fulmini, e tre puttini alati di cui uno, armato di freccia e di fionda, è identificabile come Eros. Lo stesso Eros è riconoscibile anche in basso, in primo piano, mentre sta per scoccare la freccia che legherà l'ingenua Europa al re degli dei.

La scena si svolge in un pittoresco paesaggio marino, animato da rupi, cascate e da una folta vegetazione costituita da palme, pioppi, cipressi, e improntato al più vivace e brillante gusto *rococo*, ma nello stesso tempo memore dei luminismi e delle preziosità cromatiche della pittura veneta rinascimentale e barocca.

Il dipinto costituisce il *pendant* di un altro, di identiche dimensioni e conservato anch'esso nella Wallace Collection di Londra, che raffigura *Mercurio che affida alle Ninfe Bacco neonato* (di entrambi sopravvivono i bozzetti, rispettivamente nel Musée de Picardie ad Amiens e in collezione privata a New York). Essi furono eseguiti tra il 1732 e il 1734, insieme ad altri sei anch'essi di soggetto mitologico, per lo scultore parigino François Derbais.

Per quel che riguarda il *Ratto d'Europa*, tradotto in stampa da Pierre Aveline (1748) e in seguito da Edme Bovinet, è noto che nel 1779 esso si trovava nel Cabinet Basan, da cui passò nella collezione Watelet, venduta nel 1786, e di qui in quella di Paul Périer. Pervenuto, nel 1843, nella collezione di Lord Hertford a Parigi, passò infine in quella di sir Richard Wallace a Londra.

Il tema iconografico del *Ratto d'Europa* fu ripreso da Boucher, in una versione non molto dissimile, in una tela del Museo del Louvre (olio su tela, cm 160,5 x 193,5): la prima, in ordine di esecuzione, di sette tele, in gran parte perdute, che componevano la serie *Gli amori degli dei*, da servire per la realizzazione di altrettanti arazzi eseguiti dalla Manifattura di Beauvais a partire dal 1750.

**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. 1/2011, sono le seguenti:

- Abbonamento Italia € 60,00
- Abbonamento per l'estero € 90,00
- Fascicolo € 22,00

La sottoscrizione dell'abbonamento 2011, 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 2011).

ISBN 978-88-6611-076-7



9 788866 110767

€ 22,00