



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

LUIGI FERRARI BRAVO
IL DIRITTO INTERNAZIONALE
COME PROFESSIONE

a cura di
GIUSEPPE NESI
PIETRO GARGIULO

2015



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

Facoltà di Giurisprudenza

QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA

16

2015

Al fine di garantire la qualità scientifica della Collana di cui fa parte, il presente volume è stato valutato e approvato da un *Referee* esterno alla Facoltà a seguito di una procedura che ha garantito trasparenza di criteri valutativi, autonomia dei giudizi, anonimato reciproco del *Referee* nei confronti di Autori e Curatori.

PROPRIETÀ LETTERARIA RISERVATA

© *Copyright 2015*
by Università degli Studi di Trento
Via Calepina 14 - 38122 Trento

ISBN 978-88-8443-649-8
ISSN 2284-2810

Libro in Open Access scaricabile gratuitamente dall'archivio IRIS - Anagrafe della ricerca (<https://iris.unitn.it/>) con Creative Commons Attribuzione-Non commerciale-Non opere derivate 3.0 Italia License.

Maggiori informazioni circa la licenza all'URL:
<http://creativecommons.org/licenses/by-nc-nd/3.0/it/legalcode>

Il presente volume è pubblicato anche in versione cartacea per i tipi di Editoriale Scientifica - Napoli (ISBN 978-88-6342-830-8).

Dicembre 2015

LUIGI FERRARI BRAVO

IL DIRITTO INTERNAZIONALE
COME PROFESSIONE

a cura di
Giuseppe Nesi
Pietro Gargiulo

Università degli Studi di Trento 2015

INDICE

	Pag.
Pietro Gargiulo e Giuseppe Nesi	
<i>Presentazione</i>	IX
<i>Curriculum Vitae</i> di Luigi Ferrari Bravo	XIII
Elenco delle principali pubblicazioni di Luigi Ferrari Bravo	XIX
Elenco delle abbreviazioni	XXIII
Antonio Tizzano	
<i>Il contributo di Luigi Ferrari Bravo allo studio della competenza pregiudiziale della Corte di giustizia dell'Unione europea</i>	1
Guido Raimondi	
<i>Il giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo</i>	19
Tullio Treves	
<i>Luigi Ferrari Bravo: il diritto internazionale come professione</i>	31
Mauro Politi	
<i>Luigi Ferrari Bravo alle Nazioni Unite</i>	35
Giorgio Sacerdoti	
<i>Luigi Ferrari Bravo, promotore instancabile in Italia e all'estero del contributo italiano al diritto internazionale: la prassi italiana di diritto internazionale (1970-1980), l'Italian Yearbook of International Law (1975, 1999) e la Società italiana di diritto internazionale (1995)</i>	41

INDICE

	Pag.
Giuseppe Tesaurò	
<i>Costa c. ENEL: qualche riflessione col senno di oggi</i>	55
Ugo Villani	
<i>La rilevazione della consuetudine internazionale: una lezione ancora attuale</i>	67
Ennio Triggiani	
<i>Sovranità statale e integrazione europea</i>	85
Giandonato Caggiano	
<i>Invito alla lettura di Luigi Ferrari Bravo sull'articolo 177 del Trattato CEE</i>	99
Elena Sciso	
<i>L'immunità giurisdizionale dello Stato tra diritto interno e diritto internazionale</i>	109
Roberto Adam	
<i>Rappresentatività democratica e parlamento europeo</i>	129
Attila Tanzi	
<i>Le forme della codificazione e sviluppo progressivo del diritto internazionale</i>	151
Paola Mori	
<i>Autonomia e primato della carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea</i>	169
Roberto Giuffrida	
<i>La protezione sussidiaria e l'interpretazione in senso umanitario dell'art. 78 del Trattato sul funzionamento dell'UE</i>	187

INDICE

	Pag.
Ivan Ingravallo <i>L'incerto statuto dei partiti politici europei</i>	211
Alfredo Rizzo <i>I caratteri dell'adesione all'Unione europea</i>	235
Antonello Tancredi <i>Accordi post-giudiziali e natura del sistema di soluzione delle controversie dell'OMC</i>	249
Francesco Maria di Majo <i>Luigi Ferrari Bravo e l'arbitrato internazionale Italia-Costa Rica (1997-1998). La non rilevanza di un vizio di diritto costituzionale alla conclusione di un accordo internazionale eseguito prima della ratifica</i>	279
Benedetto Conforti e Mario De Dominicis <i>La giurisprudenza della Corte di Strasburgo in tema di obblighi positivi</i>	295
Elenco dei partecipanti al Convegno di Trento	301

Luigi Ferrari Bravo

Il diritto internazionale come professione

Presentazione

È bene chiarire subito che se soltanto nel novembre del 2014 siamo stati in grado di organizzare le *Giornate di studio in onore di Luigi Ferrari Bravo* (Trento, 28 e 29 novembre 2014) la responsabilità è principalmente sua. Tempo fa si era proposto di raccogliere in un volume una serie di scritti in suo onore. Questa proposta fallì immediatamente e, anzi, provocò un certo nervosismo da parte dell'odierno festeggiato e chi scrive dovette prendersi un bonario ma fermo rimprovero. L'iniziativa appariva infatti al Maestro inopportuna, se non poco beneaugurante. Abbiamo riprovato suggerendo di invitare chi gli è stato più vicino a riflettere in un incontro su quanto fatto nella sua lunga e proficua carriera. Anche questa idea fu dal nostro considerata "balzana", per motivi identici a quelli che sconsigliavano la pubblicazione di una raccolta di scritti in suo onore.

Quando nei primi giorni di agosto del 2014, in occasione di una telefonata di auguri, fu lui a ricordarci che gli avevamo "promesso" di fare qualcosa in suo onore, siamo caduti dalle nuvole e, prima che ci ripensasse, abbiamo fissato la data del 28 e 29 novembre 2014 e il luogo – Trento – per incontrarci, a prescindere da un'indagine sulla disponibilità di coloro che avrebbero voluto partecipare all'iniziativa, a parte ovviamente quella dell'interessato.

Così, in maniera forse un po' precipitosa e che non ci ha permesso di contattare tutti coloro che avrebbero aderito all'iniziativa – e con i quali ci scusiamo –, ci siamo ritrovati a fine novembre nella Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento per festeggiare una delle più incisive e poliedriche personalità italiane di studioso del diritto interna-

zionale degli ultimi cinquanta anni. Luigi Ferrari Bravo è stato infatti in primo luogo un professore – tra i più giovani della nidiata napoletana di Rolando Quadri – a Bari, Napoli, Mogadiscio e Roma; per inventarsi poi giurista-diplomatico, testimone diretto e a volte protagonista dei più importanti passaggi storici della seconda metà del XX secolo; e ancora giudice della Corte internazionale di giustizia, principale organo giurisdizionale dell'ONU, e poi della Corte europea dei diritti umani, a Strasburgo. In mezzo a queste diverse funzioni, mille esperienze, dalle innumerevoli e varie missioni diplomatiche, alla Commissione del diritto internazionale, alla Presidenza di UNIDROIT, a complessi arbitrati e all'essere membro dell'*Institut de droit International*, la più prestigiosa tra le associazioni mondiali degli internazionalisti. Autore raffinato di alcune fondamentali opere di diritto internazionale, diritto internazionale privato e diritto dell'Unione europea, tra i fondatori dell'*Italian Yearbook of International Law* e ideatore della Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI) nonché suo primo Segretario Generale. Né va dimenticato il suo contributo di idee ed esperienze alla Società Italiana per l'Organizzazione Internazionale (SIOI). Sin da giovane ha infatti animato le attività della Sezione Campania della SIOI nella sede napoletana di Villa Pignatelli. Nel 1981 entra a far parte del Consiglio direttivo della Società e nel 1988 assume la prestigiosa carica di Direttore responsabile de "La Comunità Internazionale", pubblicazione trimestrale della Società, rinvigorendo l'impegno della Rivista per lo studio del fenomeno dell'organizzazione internazionale, un tema sempre presente nelle sue attività scientifiche e accademiche. Un anno dopo diventa vice presidente della Società e nel biennio 1992-1993, su invito del Prof. Roberto Ago, assume prima la carica di Direttore generale *ad interim* e poi quella di Segretario generale. Nonostante tali molteplici impegni, cui si aggiungono quelli assunti col Ministero degli affari esteri che lo portarono a dirigere il Servizio del Contenzioso diplomatico, non ha rinunciato a insegnare fino a quando ha deciso di ritirarsi dall'Università, anticipatamente rispetto all'età della pensione. Fatto abbastanza insolito in un mondo in cui molti tendono a ritenersi "immortali".

Carattere non facile come sa chi lo ha ben conosciuto, per qualcuno anche burbero fino a sembrare scostante; persona di immensa cultura giuridica e straordinariamente appassionata di storia e di politica, il che

gli ha sempre permesso di inquadrare in maniera completa qualsiasi tema oggetto di discussione. È questo ciò che ci siamo sentiti ripetere da tutti coloro che hanno avuto la fortuna di lavorare con lui alla monumentale raccolta della prassi italiana in materia di diritto internazionale condotta per il CNR negli anni '70 e '80, e quello che abbiamo avuto modo di constatare *de visu* in tanti anni di assidue frequentazioni. Aggiungeremmo una nota: uomo di grande “fiuto” nell'intuire le linee di sviluppo del diritto internazionale e del diritto comunitario (oggi dell'Unione), e di grande generosità nel condividere con chi gli stava accanto queste intuizioni. Formidabile conoscitore della macchina dello Stato e per questo ascoltato consigliere di politica estera e diritto internazionale ed europeo da parte di chi lo interpellava per decidere la posizione del Paese e sapeva quanto la conoscenza del diritto rilevi nell'affrontare qualsiasi complessa situazione.

È apparso dunque naturale che “Il diritto internazionale come professione” dovesse essere il titolo – suggeritoci da una chiacchierata con Tullio Treves al quale riconosciamo volentieri il *copyright* – delle giornate di studio in onore di Luigi Ferrari Bravo e di questo volume che raccoglie gran parte degli interventi tenuti a fine novembre del 2014. La registrazione completa dell'evento è disponibile nell'archivio web della Facoltà di Giurisprudenza di Trento¹. E ringraziamo di cuore il dott. Luca Poltronieri Rossetti che con diligenza e passione ci ha aiutati per arrivare a questo risultato.

L'incontro di Trento si è svolto in un clima disteso e costruttivo e in uno spirito amichevole e conviviale. Alla fine delle due giornate ci aspettavamo che il nostro, pacatamente soddisfatto di quanto si era riusciti a organizzare, ci chiedesse di raccogliere testimonianze e contributi scientifici in un volume che fosse pubblicato dalla Facoltà di Giurisprudenza dell'Università degli Studi di Trento; la nostra aspettativa non è andata delusa. Questo volume è un piccolo, affettuoso omaggio allo studioso, al giurista-diplomatico e al giudice internazionale. È dunque a Luigi Ferrari Bravo che questo volume è dedicato a nome di tutti coloro che all'incontro di Trento hanno partecipato e di chi con lui ha

¹ <http://webmagazine.unitn.it/evento/giurisprudenza/2871/giornate-di-studio-in-onore-di-luigi-ferrari-bravo>.

PRESENTAZIONE

lavorato nel corso degli anni confermando che il diritto internazionale è una professione.

Pietro Gargiulo e Giuseppe Nesi

Roma e Trento, novembre 2015

CURRICULUM VITAE DI LUIGI FERRARI BRAVO

A) Esperienza in ambito accademico

- 1956 Laurea col massimo dei voti e la lode, Università di Napoli.
- 1956-61 Assistente di diritto internazionale, Università di Napoli.
- 1961 “Libero docente” di diritto internazionale pubblico e privato.
- 1961-65 Professore incaricato di Organizzazione Internazionale, Università di Bari.
- 1965-68 Professore incaricato di diritto internazionale, Università di Bari.
- 1962-68 Professore incaricato di diritto internazionale, Istituto Universitario Orientale, Napoli.
- 1968-74 Professore ordinario di diritto internazionale, Facoltà di Giurisprudenza, Università di Bari; nella stessa Facoltà, Direttore dell’Istituto di Diritto Internazionale.
- 1974-79 Professore ordinario di Organizzazione Internazionale, Istituto Universitario Orientale, Napoli.
- 1975-76 Direttore del Dipartimento di Scienze Politiche nella medesima Università.
- 1965-79 Professore di diritto delle Comunità Europee, Scuola di Alta Amministrazione, Roma.
- 1979-82 Professore ordinario di diritto delle Comunità Europee, Facoltà di Scienze Politiche, “La Sapienza” Università di Roma.
- 1982-91 Professore ordinario di diritto internazionale pubblico, nella medesima Facoltà.
- 1991-97 Professore ordinario di diritto delle Comunità Europee, Facoltà di Giurisprudenza, “La Sapienza” Università di Roma.
- 1997-98 Professore ordinario di diritto internazionale pubblico, nella medesima Facoltà.

B) Incarichi e *membership* in ambito scientifico ed accademico

- Docente di diritto internazionale presso l'Università Nazionale della Somalia, Mogadiscio, 1971.
- Docente, Accademia dell'Aja di Diritto Internazionale, 1975 e 1982.
- In svariate occasioni ha tenuto corsi di diritto internazionale presso l'Istituto di formazione per i diplomatici, Ministero degli affari esteri.
- Coordinatore generale (1965-1981) del gruppo di ricerca del Centro Nazionale Ricerche (SIOI – Ministero per gli affari esteri) sul tema “Il contributo dell'Italia alla formazione delle consuetudini internazionali”, pubblicato in 7 volumi.
- Membro del Comitato di redazione, Commentari al Trattato CEE e CECA.
- Membro del Comitato di redazione, Cahiers de droit européen, Brussels.
- Membro del Comitato scientifico, Rivista di diritto internazionale.
- Fondatore e direttore, Italian Yearbook of International Law.
- Membro del Comitato di redazione, German Yearbook of International Law.
- Direttore responsabile, La Comunità Internazionale.
- Membro del Comitato di direzione, Europäische Rechtsakademie (ERA), Trier, fino al 2003.
- Membro del Comitato di direzione, già Segretario Generale della Società italiana per l'organizzazione internazionale (SIOI).
- Membro del Comitato di direzione e già Segretario Generale dell'Istituto Internazionale di Diritto Umanitario (1986-1992).
- Membro dell'Institut de Droit International.
- Socio fondatore e tuttora socio presso la Società Italiana di Diritto Internazionale (SIDI). Segretario Generale della stessa dal 1995 al 1999.
- Presidente, International Law Association.
- Socio presso: American Society of International Law, Associazione italiana di diritto comparato, Italian-German Association of Jurists, Italian-American Association of Jurists, Istituto affari internazionali, Associazione italiana per l'arbitrato, Société française pour le droit international.

C) Attività e affiliazioni in ambito internazionale

- Vice Presidente, Comitato per le Relazioni Internazionali, Consiglio Nazionale per le Ricerche (1974-1981).

- Membro del Comitato Esecutivo, European Science Foundation (Strasburgo, 1975-1981).
- Membro del Comitato italiano per UNESCO.
- Membro del Comitato scientifico: ricerca sul tema dell'evoluzione delle Organizzazioni Internazionali condotto dalla SIOI e dall'Institut des Hautes Études Internationales di Ginevra, con il patrocinio dei Consigli nazionali per la ricerca italiano e svizzero.
- Membro, Comitato Giuridico, Comitato Olimpico Italiano (1977-1989).

D) Attività per il Governo italiano e presso le Nazioni Unite e altre istituzioni internazionali

- Seminario presso le NU sui diritti economici e sociali, Varsavia, 1967 (in rappresentanza dell'Italia).
- Conferenza mondiale sui diritti umani, Teheran, 1968 (in qualità di esperto per l'Italia).
- I, II, III, IV Conferenza europea delle Facoltà di Giurisprudenza (Strasburgo, 1968, 1971, 1974, 1976). Presidente di Comitato alla II e III Conferenza e rappresentante italiano presso il Comitato preparatorio per tali conferenze.
- Comitato Speciale delle Nazioni Unite per la definizione dell'aggressione, 1973-74.
- Conferenza Diplomatica sul diritto internazionale umanitario, Ginevra, 1975-77.
- Capo delegazione, Comitato ONU sulla Carta e il rafforzamento del ruolo dell'Organizzazione, 1975-83.
- Membro del gruppo di lavoro *ad hoc* sulle pratiche corruttive delle società multinazionali, 1976-79.
- Membro del Comitato speciale ONU sul rafforzamento e l'effettività del principio del non ricorso alla forza, dal 1978 al 1983.
- Assemblea generale dell'ONU; Presidente, Sesta Commissione (affari giuridici), 1978-79.
- Membro del Comitato *ad hoc* per la redazione delle Convenzione contro la presa di ostaggi, 1979.
- Vice Presidente del Comitato *ad hoc* per la redazione di una Convenzione contro il reclutamento, utilizzo, addestramento e finanziamento di mercenari, 1982 and 1983. Presidente di uno dei gruppi di lavoro del medesimo Comitato.
- Presidente del gruppo di lavoro della VI Commissione dell'AG sulla protezione delle persone soggette ad ogni forma di detenzione, 1982 e 1983.

- Conferenze dell'ONU per la revisione del trattato di denuclearizzazione dei fondali marini, Ginevra, 1977 e 1983.
- Lavori del Gruppo intergovernativo per la redazione di un codice di condotta delle società transnazionali, Sessioni VIII-XVII, 1980-82.
- Membro della Commissione sulle società transnazionali, 1980-83.
- Lavori dell'UNCITRAL, Sessioni XIII e XV, 1980 e 1982.
- Nominato dal Governo italiano come conciliatore in materia di diritto dei trattati (in base all'Annesso all'articolo 66 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969).
- Consigliere giuridico presso la Rappresentanza permanente dell'Italia alle Nazioni Unite a New York (1981-1984); stesso ruolo presso la Rappresentanza permanente a Ginevra (1984-85).
- Capo delegazione alla Conferenza di codificazione dell'ONU sui trattati tra Stati e Organizzazioni internazionali.
- Delegato italiano alla sessione della Commissione per i diritti umani del 1984.
- Membro della delegazione italiana alla Conferenza sul disarmo (1984-1985).
- Capo delegazione ai lavori del comitato *ad hoc* dell'Organizzazione marittima internazionale sugli atti illegali contro la sicurezza della navigazione marittima (1987); e Presidente della Conferenza sul medesimo tema (Conferenza IMO, Roma, marzo 1988).
- Agente del Governo italiano davanti alla Corte di giustizia delle Comunità Europee (1985-1994).
- Agente del Governo italiano davanti alla Commissione europea dei diritti dell'uomo e davanti alla Corte europea dei diritti dell'uomo (1985-1994).
- Agente del Governo italiano davanti alla Corte Internazionale di Giustizia nella controversia Elettronica Sicula S.p.a. (ELSI), (USA c. Italia, Sentenza del 20 luglio 1989).
- Segretario Generale del Forum sul diritto internazionale dell'ambiente, riunito a Siena su raccomandazione dei Paesi del G7.
- Membro del gruppo italiano presso la Corte Permanente di Arbitrato.
- Capo della delegazione italiana al meeting CSCE de La Valletta (1991) sulla soluzione pacifica delle controversie. Membro del meccanismo di soluzione delle controversie creato in tale occasione.
- Membro del Panel dei Conciliatori CSCE nell'ambito del "Human Dimension Mechanism", stabilito in base alla Dichiarazione di Mosca (1991).
- Capo del Servizio affari giuridici del Ministero degli affari esteri (1 settembre 1985-31 dicembre 1994).

- Membro del Consiglio direttivo dell'UNIDROIT (1990-1994).
- Membro del Bureau della Corte di conciliazione e arbitrato dell'OSCE dal 1995.
- Giudice presso la Corte internazionale di giustizia (21 giugno 1995-6 febbraio 1997).
- Membro della Commissione del diritto internazionale (1997-1998).
- Giudice della Corte europea dei diritti dell'uomo (1 novembre 1998-31 ottobre 2001).
- Arbitro in una controversia internazionale tra Italia e Costa Rica (1997-1998).
- Presidente dell'Istituto internazionale per l'unificazione del diritto privato (UNIDROIT), 1 gennaio 1995-31 dicembre 1999. Presidente onorario dal 2000.

ELENCO DELLE PRINCIPALI PUBBLICAZIONI DI LUIGI FERRARI BRAVO

- 1) “Le controversie in materia d’impiego presso enti internazionali e la giurisdizione italiana”, in *Rivista di diritto internazionale*, 1956.
- 2) “La prova nel processo internazionale”, Napoli, Jovene, 1958.
- 3) “La questione dell’Africa sud-occidentale”, in *Diritto Internazionale*, 1960.
- 4) “Gli effetti delle condanne penali nel diritto internazionale privato italiano”, in *Rivista di diritto internazionale*, 1960.
- 5) “Il luogo di commissione dell’illecito nel diritto internazionale privato”, in *Rivista di diritto civile*, 1961.
- 6) “Aspetti generali della disciplina della responsabilità per fatto illecito nel diritto internazionale”, in *Annuali della Facoltà di giurisprudenza dell’Università di Bari*, vol. XVII, 1963.
- 7) “Note in margine alla recente sentenza della Corte internazionale di giustizia nel caso dell’Africa Sud-Occidentale”, in *Rivista di diritto internazionale*, 1963.
- 8) “L’opera delle Nazioni Unite e degli Istituti specializzati nella lotta contro le discriminazioni”, in *Human Rights and the United Nations*, Padova, 1963.
- 9) *Diritto internazionale e diritto interno nella stipulazione dei Trattati*, Napoli, Morano, 1964.
- 10) “Le operazioni finanziarie degli enti internazionali (Banca Mondiale, SFI, IDA)”, in *Annuario di diritto internazionale*, 1965.
- 11) “Commenti degli artt. 177, 219 e 235 del Trattato CEE”, in *Trattato istitutivo della Comunità economica europea*, a cura di R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, Milano, Giuffrè, 1965.
- 12) “Problemi interpretativi dell’art. 177 del Trattato CEE”, in *Comunicazioni e studi dell’Istituto di diritto internazionale e straniero dell’Università di Milano*, Vol. XII (1966).
- 13) “Natura giuridica dell’adesione degli accordi internazionali”, in *Annuario di diritto internazionale*, 1966.

- 14) F. Capotorti, B. Conforti, L. Ferrari Bravo, V. Starace, *La giurisprudenza italiana di diritto internazionale privato e processuale, 1942-66*, Leonardo da Vinci, Bari, 1967.
- 15) “L’issue de l’Affaire Costa c. ENEL – Observations sur l’arrêt du Conciliatore de Milano du 4 mai 1966”, in *Cahiers de droit européen*, 1967.
- 16) *Les incidences des règles de la concurrence et de l’article 222 sur les possibilités de nouvelles nationalisations ou socialisations des secteurs économiques*, Bruges, De Tempel, 1968.
- 17) “Nazionalizzazioni e Mercato Comune”, in *Annuario di diritto internazionale, 1967-1968*.
- 18) “Observations sous l’arrêt du Conciliatore de Milan du 2 janvier 1967” in *Cahiers de droit européen*, 1969.
- 19) “Commenti agli artt. 41 e 87 del Trattato CECA”, in *Trattato istitutivo della Comunità europea del carbone e dell’acciaio*, a cura di R. Quadri, R. Monaco, A. Trabucchi, Milano, Giuffrè, 1970.
- 20) “La Conferenza europea delle facoltà giuridiche”, in *Rivista di diritto internazionale*, 1971.
- 21) *Responsabilità civile e diritto internazionale privato*, Napoli, Jovene, 1973.
- 22) “European Communities and the Italian Legal Order”, in *Multitudo Legum Ius Unum, Festschrift für W. Wengler*, Berlino, 1973.
- 23) “Organizzazioni internazionali”, in *Enciclopedia Feltrinelli-Fischer, Sezione di Scienze Politiche, vol. 2 (Relazioni Internazionali)*, 1973.
- 24) “Jurisprudence sur les problèmes généraux de l’intégration”, in *Kölner Schriften zum Europarecht*, 1974.
- 25) (con A. Giardina) “Les procédés nationaux de mise en vigueur des obligations souscrites et des accords conclus par les gouvernements”, in *Associazione italiana di diritto comparato, Italian Reports to the IX International Conference of Comparative Law*, Milano, 1974.
- 26) “Schema della disciplina dei trattati internazionali”, in *Istituto Diplomatico: Corso di preparazione al concorso diplomatico*, Testi, 1974.
- 27) *Lezioni di diritto internazionale I*, Libreria Scientifica Editrice, Napoli, 1974; seguito da *Lezioni di diritto internazionale*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1977, 1986 (II ed.), 1992 (III ed.), 2002 (IV ed.).

- 28) “Poteri della Commissione CEE e suo ruolo nello sviluppo dell’integrazione europea” (1974), in Tavola rotonda di diritto comunitario, sotto la guida di G. Biscottini, *Collected Reports*, vol. I (1967-77), Milano, Pubblicazioni dell’Università Cattolica, 1980.
- 29) “I decreti ingiuntivi italiani e la Corte Comunitaria”, in *Il Foro Italiano*, 1975, fasc. 4.
- 30) “Les rapports entre contrats et obligations délictuelles en droit international privé”, in *Recueil des Cours de l’Académie de droit international*, 1975, III.
- 31) “I vertici, il Consiglio Europeo ed il difficile equilibrio fra Consiglio e Parlamento Europeo”, negli atti della conferenza tenutasi a Milano il 2-3 marzo 1979, sotto l’auspicio dell’Università Cattolica di Milano.
- 32) “Aspetti tecnici dell’adesione delle Comunità Europee alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo”, in *Rivista di diritto europeo*, 1979, p. 309 ss.
- 33) “International aspects of the control of scientific research”, in *Proceedings of the X European Colloquium* (Liegi, 1980).
- 34) *Manuale di diritto comunitario*, a cura di E. Pennacchini, R. Monaco, L. Ferrari Bravo, Torino, UTET, 1983 (“La ricerca dell’unione politica europea”, pp. 41-56; “Il Parlamento europeo”, pp. 95-114; “La Commissione”, pp. 115-136; “L’organizzazione della cooperazione politica”, pp. 177-184).
- 35) “International Law and Municipal Law: The Complementarity of Legal Systems”, in McDonald, Johnston (ed.), *The Structure and Process of International Law*, The Hague, Nijhoff, 1983.
- 36) “All’origine della ricerca sulla consuetudine internazionale. Riflessioni sulla prassi diplomatica degli Stati”, in *Studi in onore di G. Sperduti*, Milano, 1984.
- 37) “Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des Etats”, in *Recueil des Cours de l’Académie de droit international*, 1985, III.
- 38) “Alcune riflessioni sui rapporti fra diritto costituzionale e diritto internazionale in tema di stipulazione di trattati”, in *Studi in onore di Roberto Ago*, 1987, I.
- 39) Voce “Accordi internazionali”, in *Enciclopedia Giuridica Treccani*, Roma, 1989 (II ed. riveduta 1993)

- 40) Voce “Adesione”, *ibidem*.
- 41) “La Corte di Giustizia e le frontiere della funzione giurisdizionale comunitaria”, in *Rivista di diritto europeo*, Milano, 1990.
- 42) “Peaceful settlement of disputes in Europe in the year 2000 and beyond”, in *La Comunità Internazionale*, 1990.
- 43) “Prospettive del diritto internazionale alla fine del secolo XX”, in *Rivista di diritto internazionale*, 1991.
- 44) *Lezioni di Diritto delle Comunità Europee*, Editoriale Scientifica, Napoli, 1992.
- 45) “Difficultés et perspectives de la nouvelle Europe”, in *CSCE: Dimension humaine et règlement des différends*, Parigi, Montchrestien 1994.
- 46) (con V. Rizzo) *Codice dell’Unione Europea*, Giuffré Editore, Milano, 1994 (II ed. 2000, con A. Rizzo e F. di Majo).
- 47) “National constitution and supranational law”, in *The relationship between international and domestic law*, Consiglio d’Europa, 1994.
- 48) (con E. Moavero Milanesi) *Lezioni di diritto comunitario*, Napoli, 1995, (II ed. 1997; III ed. 2000, IV ed. 2002).
- 49) “Considérations sur la méthode de recherche des principes généraux du droit international de l’environnement”, in *The Hague Yearbook of International Law*, 1994.
- 50) (con F. di Majo e V. Rizzo) *Codice dell’Unione Europea*, supplemento, Giuffré Editore, Milano, 1996.
- 51) “Lo studio del diritto comunitario nella formazione del giurista”, in *I Giuristi e l’Europa*, G. Laterza & Figli, 1997.
- 52) “Les fondements de la politique étrangère en Droit International Public”, Consiglio d’Europa, 1997 e *Mélanges Bedjaoui*, 2000.
- 53) “Unidroit. L’organizzazione e il suo agire: il progetto dei Principi dei Contratti Commerciali Internazionali”, in *Miscellanea dell’Istituto giuridico sanmarinese*, 2000.
- 54) *Diritto Comunitario*, Editoriale Scientifica, Napoli, 2006.
- 55) “La risposta della Comunità internazionale al fenomeno del terrorismo”, in *La Comunità Internazionale*, 2014.
- 56) “Bruxelles in Turchia”, in *La Comunità Internazionale*, 2014.

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

Aff. Int., Affari Internazionali
African YIL, African Yearbook of International Law
AJIL, American Journal of International Law
Annuario DI, Annuario di Diritto Internazionale
Boll. CE, Bollettino delle Comunità europee
CDE, Cahier de droit européen
CMLR, Common Market Law Review
CI, La Comunità Internazionale
Com. st., Comunicazioni e studi
Cornell ILJ, Cornell International Law Journal
Dig. disc. pubbl., Digesto delle discipline pubblicistiche
DUDI, Diritti umani e diritto internazionale
DUE, Il Diritto dell'Unione europea
ECLR, European Constitutional Law Review
EJIL, European Journal of International Law
Enc. Dir., Enciclopedia del Diritto
EPIL, Encyclopedia of Public International Law
Eur. Pub. L., European Public Law
Foro It., Foro Italiano
Giur. Cost., Giurisprudenza costituzionale
GUUE, Gazzetta Ufficiale dell'Unione europea
HILJ, Harvard International Law Journal
ICLQ, International and Comparative Law Quarterly
ILM, International Legal Materials
Indian JIL, Indian Journal of International Law
IJCL Blog, International Journal of Constitutional Law Blog
Int. Jou. Ref. L., International Journal of Refugee Law
Int. Lawyer, International Lawyer
Italian JPL, Italian Journal of Public law
Jou. Leg. St., Journal of legal Studies
Jou. Int. Ec. Law, Journal of International Economic Law

ELENCO DELLE ABBREVIAZIONI

- JWT*, Journal of World Trade
Max Planck EPIL, Max Planck Encyclopedia of Public International Law
Mon. Dip., Le Monde Diplomatique
NJW, Neue Juristische Wochenschrift
Pol. Dir., Politica del Diritto
QIL, Questions of International Law
Quaderni cost., Quaderni costituzionali
Raccolta, Raccolta della giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee
RDI, Rivista di diritto internazionale
RGDIP, Revue Générale de Droit International Public
Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario, Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario
Riv. tel. giur. AIC, Rivista telematica giuridica dell'Associazione Italiana Costituzionalisti
RTD eur, Revue Trimestrielle de Droit Européen
RUE, Revue de l'Union Européenne
St. Int. Eur., Studi sull'Integrazione Europea
WTR, World Trade Review
Yearbook ILC, Yearbook of the International Law Commission

IL CONTRIBUTO DI LUIGI FERRARI BRAVO
ALLO STUDIO DELLA COMPETENZA PREGIUDIZIALE
DELLA CORTE DI GIUSTIZIA
DELL'UNIONE EUROPEA

Antonio Tizzano

1. Quando il comune Maestro, Rolando Quadri, intraprese quell'autentica avventura che fu il Commentario CEE e distribuì i ruoli tra i vari attori, ce ne fu uno particolarmente penalizzato rispetto agli altri, e questi fu per l'appunto chi scrive, dato che a lui, a quel momento appena laureato, toccò non solo tutto l'oneroso lavoro del segretariato della redazione, ma anche il più alto numero di articoli del Trattato da commentare (ben venticinque!).

Di entrambi gli incarichi sono ancor oggi grato al mio Maestro. Del primo, perché sebbene molto impegnativo, esso fu quanto mai educativo e formativo, specie grazie al fatto che il suo assolvimento si svolse sotto la guida e con l'aiuto di Luigi Ferrari Bravo, che molto mi insegnò anche su questo piano. Del secondo, perché per quanto gravoso, visto che oltre al numero dei commenti, pesava anche il fatto che gli articoli affidatimi coprivano quasi tutte le disposizioni relative alla Corte di giustizia, esso mi dette la possibilità di approfondire lo studio di un'istituzione che ha poi profondamente segnato il mio percorso scientifico, e non solo.

Ma non è di questo né delle mie esperienze che voglio continuare a parlare, bensì dell'Amico cui questo scritto è dedicato. È tempo quindi che entri ancor più direttamente in scena Luigi Ferrari Bravo (in seguito: L.F.B.). Ho detto che mi erano stati affidati i commenti di "quasi" tutti gli articoli relativi alla Corte. In effetti, uno ne rimase fuori, e non era certo un articolo "minore"; si trattava al contrario di un articolo già allora di grande interesse e divenuto poi giustamente tra i più celebri del Trattato: l'art. 177 (oggi, dopo vari passaggi, art. 267 TFUE). Dando prova ancora una volta del Suo straordinario intuito, Rolando Quadri decise infatti di sottrarre al giovane commentatore proprio e solo quella

importante disposizione per affidarla alla più esperta e matura penna di L.F.B., che ancorché appena trentenne, aveva già dato prova delle sue doti di acuto e raffinato studioso.

E proprio a tali sue qualità e alla sua capacità di analisi e di approfondimento L.F.B. dovette attingere a piene mani per affrontare un'impresa già allora non facile, sia pur per motivi in parte diversi da quelli che la rendono ancor oggi assai ardua. Com'è ovvio, infatti, la disposizione sollevava anche all'epoca una densa e complessa problematica interpretativa, ma la relativa analisi non poteva ancora valersi della ricca elaborazione giurisprudenziale maturata al riguardo soprattutto a partire dagli anni '70, per non dire di quella autentica alluvione di studi e commenti che ha accompagnato lo straordinario sviluppo della norma.

Inutile dire che L.F.B. riuscì pienamente nell'impresa, svolgendo un'analisi completa e approfondita della disposizione e facendone emergere già allora con acutezza le implicazioni sistematiche. Nel suo ampio e accurato commento, infatti, egli colse gli aspetti più significativi, poi divenuti di generale condivisione, di quella importante competenza della Corte, mettendo in evidenza le caratteristiche che ne esaltavano l'originalità rispetto alle pur già innovative attribuzioni dell'istituzione giudiziaria della Comunità. E ciò con riguardo sia allo stesso sistema comunitario che a presunti modelli nazionali.

In particolare, L.F.B. esaminò molto meticolosamente il testo dell'art. 177 CEE, sezionando il dettato della norma e approfondendo le questioni interpretative volta a volta rilevanti. E ciò con una capacità di analisi e d'intuizione davvero sorprendente se si pensa, come appena sottolineato, che all'epoca lo studio della competenza pregiudiziale muoveva i primi passi e che non solo la dottrina, ma anche la giurisprudenza erano ancora lontane dalla straordinaria fioritura che hanno conosciuto nei decenni successivi.

È facile, con un senno di poi favorito da simili sviluppi, giudicare oggi "scontate" l'analisi e le proposte interpretative formulate cinquanta anni fa nel commento di L.F.B. all'art. 177 CEE. Ma non era affatto semplice allora, sulla base di una prassi assai scarna, lanciarsi in giudizi e valutazioni interpretative che fossero il meno fantasiose e azzardate possibili (come pure avveniva spesso all'epoca) e si ancorassero invece

ad una capacità di approfondimento e ad un rigore metodologico che per sua fortuna L.F.B. possedeva in sommo grado.

2. Ciò detto, non v'è dubbio che, pur nella sostanziale invarianza dello schema normativo della pertinente disposizione di base (prima art. 177 CEE ed oggi, dopo vari passaggi, art. 267 TFUE), sarebbe difficile oggi riconoscere nell'attuale competenza pregiudiziale della Corte quella stessa competenza di cui si era occupato L.F.B.

Se dovessi individuare i profili che rispetto ad allora hanno maggiormente segnato l'evoluzione e lo sviluppo di tale competenza mi concentrerei in particolare su tre aspetti.

Il primo concerne lo straordinario rilievo che essa ha assunto nella prassi della Corte. La "timida" competenza pregiudiziale degli anni '60 è diventata infatti di gran lunga la più importante e la più esercitata tra tutte le pur numerose competenze attribuite alla Corte, al punto che ormai quasi i due terzi dell'attività di quest'ultima sono assorbite dal suo esercizio.

Questo non solo perché in misura crescente le giurisdizioni nazionali hanno via via preso familiarità con tale procedura e vi hanno quindi fatto ricorso in modo sempre più frequente e convinto, fino ad utilizzarla come una "normale" procedura nazionale e non più come uno strano, per non dire misterioso e quasi esotico meccanismo. Ma anche perché la stessa funzione di quella competenza si è trasformata ed ampliata ad ipotesi diverse da quella per la quale era stata inizialmente concepita.

Com'è noto, infatti, essa era nata con la precipua finalità di assicurare l'uniformità dell'interpretazione del diritto comunitario, evitando che col tempo si arrivasse ad una sorta di «nazionalizzazione» delle regole comuni e della loro interpretazione da parte delle singole giurisdizioni nazionali, con conseguente progressiva diversificazione del loro senso e della loro portata da uno Stato all'altro. Come la stessa Corte ha puntualizzato, la procedura in esame è stata istituita per «prevenire divergenze interpretative del diritto dell'Unione che i giudici nazionali devono applicare e tende a garantire quest'applicazione, conferendo al giudice nazionale un mezzo per eliminare le difficoltà che possa generare il dovere di dare al diritto dell'Unione piena esecuzione nella cornice dei sistemi giurisdizionali degli Stati membri» (parere 8 marzo

2011, 1/09, I-1137, punto 83). L'attribuzione alla Corte della competenza in esame mirava quindi, e naturalmente mira ancora, a rafforzare la capacità di questo *corpus* normativo comune di «resistere» alle particolarità dei sistemi nazionali, garantendo l'unità e la coerenza del diritto dell'Unione non solo rispetto al relativo ordinamento, ma anche rispetto agli ordinamenti degli Stati membri, e assicurando al tempo stesso la salvaguardia del fondamentale principio della certezza del diritto.

Col tempo però, come tutti sanno, la competenza pregiudiziale è stata utilizzata per finalità assai più varie ed estese, e soprattutto si è posta al centro non solo del sistema giurisdizionale dell'Unione, ma più in generale dei rapporti fra il diritto di quest'ultima e il diritto nazionale e soprattutto tra i rispettivi apparati giudiziari. Grazie invero all'azione della Corte, essa è diventata uno straordinario strumento di cooperazione con i giudici nazionali, favorendo il loro crescente coinvolgimento nell'applicazione del diritto dell'Unione ed esaltandone così il ruolo di giudici «decentrati» di quel diritto. È da tempo opinione comune infatti che quando operano all'interno del meccanismo dei rinvii pregiudiziali, ma più in generale quando applicano il diritto dell'Unione, i giudici nazionali agiscono appunto come una sorta di organi decentrati della giurisdizione europea, dato che concorrono anch'essi a garantire l'osservanza di quel diritto. Grazie a questa evoluzione, quindi, la competenza pregiudiziale ha permesso di creare le condizioni per assicurare un controllo diffuso sul rispetto del diritto dell'Unione e quindi per rafforzare complessivamente l'efficacia e le garanzie del sistema, essendo evidentemente impensabile che le istituzioni europee possano da sole, anche mettendo nel conto le denunce dei privati, svolgere un'azione capillare di controllo e di sanzione delle violazioni del diritto dell'Unione.

Ma, com'è noto, l'evoluzione della competenza in esame non si è fermata qui. Grazie all'azione della Corte, infatti, tale competenza è altresì diventata uno strumento per la tutela dei diritti garantiti dalle norme dell'Unione ed in particolare per la tutela giudiziaria dei privati, sia nei confronti delle istituzioni europee, sia soprattutto nei confronti del proprio Stato membro. Quest'ultimo risultato, che è certo il più significativo, è stato reso possibile grazie a quello che è stato chiamato l'uso «alternativo» della competenza pregiudiziale, e cioè attraverso la

sottoposizione alla Corte di giustizia di questioni che vertono formalmente sulla portata di un principio o di una disposizione del diritto dell'Unione, ma che in realtà consentono di mettere in causa una norma o una prassi interna di uno Stato membro, in quanto ritenute non conformi a quel diritto. Se è vero, infatti, che in sede di competenza pregiudiziale la Corte non può pronunciarsi direttamente sulla compatibilità di una misura nazionale con il diritto dell'Unione, è anche vero, come risulta da una giurisprudenza assolutamente univoca, che essa può nondimeno fornire al giudice nazionale tutti gli elementi di interpretazione di tale diritto che gli consentano di rilevare eventuali profili di incompatibilità delle proprie disposizioni o prassi nazionali con lo stesso. Ciò significa, in pratica, che il giudice *a quo* usa chiedere alla Corte di interpretare determinate disposizioni di diritto dell'Unione per accertare se sulla base di tale interpretazione ne risulti o meno legittimata la misura statale della cui compatibilità con le medesime disposizioni si dubita; a seguito della risposta della Corte esso potrà, se del caso, disapplicare detta misura e assicurare così la tutela del soggetto interessato.

3. Un secondo profilo che ha segnato l'evoluzione della competenza in esame è stato lo sviluppo, non imprevedibile e tuttavia superiore ad ogni aspettativa, dell'utilizzazione della stessa da parte delle giurisdizioni costituzionali e i conseguenti rapporti tra queste ultime e la Corte di giustizia.

Com'è noto, diffondere la pratica del rinvio pregiudiziale non è stata impresa del tutto agevole: non lo è stata in generale e non lo è stata neppure per l'Italia, anche perché per una larga parte dei cultori e degli operatori del diritto, faticoso (e talvolta perfino contrastato) è stato il cammino che ha portato a far prendere coscienza che il diritto dell'Unione non solo non era e non è esterno al nostro ordinamento, ma è al contrario tutto interno all'orizzonte della nostra esperienza giuridica.

Col tempo, però, la situazione è cambiata profondamente. Certo, il consolidamento e gli sviluppi del processo d'integrazione europea hanno prodotto i loro effetti anche su questo versante. Ma in modo più specifico a favorire la valorizzazione della competenza pregiudiziale è

stato, credo, anzitutto il fatto che, come si dice abitualmente, si è qui in presenza di una competenza che si articola “da giudice a giudice”, e nella quale assume quindi rilievo essenziale il rapporto di stretta collaborazione che si instaura tra le due istanze giudiziarie in causa. Un rapporto del quale col tempo sono stati anche meglio chiariti i termini e dal quale soprattutto sono state rimosse le ombre che inizialmente avevano provocato una certa resistenza da parte di alcune giurisdizioni nazionali, segnatamente con riguardo ai supposti rischi di “subordinazione” di queste ultime alla Corte di giustizia.

Di un siffatto tipo di relazioni invero non solo non c'è traccia alcuna nei Trattati o in qualsiasi altro testo normativo, ma soprattutto non ve n'è nella prassi della Corte di giustizia, che si tratti delle più alte giurisdizioni o anche del più modesto e periferico dei giudici nazionali. Al contrario, da sempre e con voluta insistenza la Corte non ha perso occasione per sottolineare che il rapporto che essa mantiene con quei giudici in sede di esercizio della competenza in esame (ma non solo!) si qualifica in termini non già di “supremazia” o di “sopra o sotto ordinazione”, ma di autentica “collaborazione”, da essa prestata come una specie di ausiliario di giustizia a favore di giudici che nelle ipotesi in esame sono chiamati a confrontarsi con un sistema normativo che è notoriamente molto complesso, un sistema che si articola su una ricca ed intricata panoplia di testi, per giunta facenti fede in molte lingue, e che deve funzionare e produrre effetti in modo uniforme per una pluralità di Stati e di ordinamenti. Va anzi sottolineato che questo rispetto per i ruoli di ciascuno, ma anche, come vedremo, per i valori fondamentali degli ordinamenti nazionali, ha contribuito non poco a rafforzare la legittimità della Corte, come provano il crescente consenso ricevuto e gli eccellenti rapporti che, specie in questi ultimi tempi, si sono instaurati con tutte le corti nazionali, anche con quelle in passato assai riservate nei confronti della Corte.

Lo straordinario successo della procedura pregiudiziale, di cui ho già detto in precedenza, conferma che ormai i giudici nazionali hanno ben compreso che nessun ridimensionamento del loro ruolo e nessuna *deminutio* del loro prestigio viene dalla sottoposizione di una questione alla Corte di giustizia. E anche questo spiega perché i rinvii pregiudiziali rappresentino oggi una pratica normale e diffusa per tutte le giuri-

sdizioni nazionali, quale che ne sia il grado o lo Stato di appartenenza; una pratica, va aggiunto, che, malgrado i problemi che il suo stesso successo ha accentuato, si svolge con soddisfazione da una parte e dall'altra.

Questo è valso anzitutto per i giudici comuni (anzi, come spesso si diceva, i “piccoli giudici”), ma è valso via via anche per le giurisdizioni superiori e, col tempo, anche per le Corti costituzionali. In realtà, le prime reazioni, segnatamente da parte delle corti supreme nazionali, erano state assai riservate e spesso anche improntate ad una certa diffidenza, se non ad una logica conflittuale, a causa delle resistenze di cui si è detto in precedenza.

Con il tempo però tali reazioni si sono trasformate in un atteggiamento di convinta cooperazione, con il risultato che in concreto il rapporto tra quelle Corti si è svolto nel complesso in modo assai positivo. Se è vero infatti che esse hanno sviluppato, com'è stato detto, ciascuna un proprio “monologo” giurisprudenziale, è anche vero che questo non ha finora generato difficoltà significative ed è lecito ipotizzare che anche in prospettiva simili situazioni difficilmente si verificheranno.

Certo, con le Corti supreme il rapporto è stato più complesso, specie da quando il tema della tutela dei diritti fondamentali è venuto prepotentemente alla ribalta. Come ancora vedremo, infatti, su questo punto la definizione dei confini tra le competenze in campo si presenta assai delicata, dato che evidentemente esse tendono qui a coesistere e a sovrapporsi. Ma direi che la difficoltà nasce più in generale dal fatto che le istanze giudiziarie supreme degli Stati membri si vedono qui confrontate ad una giurisdizione “esterna” che interferisce proprio sulle loro prerogative tipiche ed essenziali, e quindi notevolmente limitate nell'esercizio delle stesse e, a seguire, nel ruolo che è loro proprio nel quadro dei poteri costituzionali dello Stato. E questo spiega, al di là delle specifiche motivazioni di questo o quel caso, le ragioni delle difficoltà emerse in materia, segnatamente nei rapporti con alcune Corti costituzionali¹.

¹ Si allude qui soprattutto alle diverse pronunce della Corte costituzionale tedesca che hanno insistito sulla tutela delle prerogative di quest'ultima e del relativo ordinamento nazionale, ed in particolare, da ultimo, il rinvio pregiudiziale nel caso *Gauweiler* (v. la nota seguente per tutti i riferimenti). Com'è noto, per i termini in cui la Corte

Oggi però si può ben dire che la collaborazione tra tali Corti e la Corte di giustizia si svolge in maniera soddisfacente, e che le tensioni che di tanto in tanto emergono sono frutto piuttosto di una sorta di guerra di posizione, nella quale ogni Corte tende a delimitare “il proprio territorio”, cioè a lanciare segnali contro eventuali esondazioni dell'altra o, peggio, contro tentativi di marginalizzazione del proprio ruolo nell'assetto costituzionale. Se si va in effetti a vedere cosa resta alla fine di certi conflitti, anche molto mediatizzati, si constaterà che il dialogo è stato molto responsabile ed in ultima analisi anche molto più utile di quanto pensassero quelli che sul fuoco di possibili tensioni soffiavano.

Ciò tanto più che si va diffondendo la pratica del dialogo istituzionalizzato tra dette Corti e quella di Lussemburgo. In effetti, ancorché, come appena rilevato, un dialogo tra le stesse si svolga da tempo e con risultati assai positivi, esso era rimasto tuttavia in larga misura un dialogo informale, vista la riluttanza di varie Corti costituzionali a svilupparlo in termini istituzionali attraverso l'utilizzazione degli appositi strumenti previsti dai testi, ed in particolare del meccanismo del rinvio pregiudiziale di cui all'art. 267 TFUE.

La situazione va però evolvendosi in modo significativo e sostanziale. Di quel meccanismo si sono infatti già avvalse numerose Corti costituzionali; ed altre ancora hanno preannunciato di volerlo fare². E ad

costituzionale tedesca aveva formulato il proprio rinvio pregiudiziale, questo sembrava destinato a suscitare qualche difficoltà nei rapporti tra le due Corti, ma, almeno per il momento, così non è stato.

² Hanno effettuato rinvii pregiudiziali ad es. le Corti costituzionali austriaca (v. Corte giust. 8 novembre 2001, C-143/99, *Adria-Wien Pipeline e Wietersdorfer & Peggauer Zementwerke*, I-8365; 8 maggio 2003, C-171/01, *Wählergruppe Gemeinsam*, I-4301; 20 maggio 2003, C-465/00, C-138/01 e C-139/01, *Österreichischer Rundfunk e a.*, I-4989; 8 aprile 2014 C-594/12, *Seitlinger e a.*; quest'ultima riunita alla causa C-293/12, *Digital Rights Ireland*); belga (v., *ex multis*, Corte giust. 16 luglio 1998, C-93/97, *Fédération belge des chambres syndicales de médecins*, I-4837; 8 maggio 2013, C-197/11 e C-203/11, *Libert e a.*; 21 marzo 2013, C-375/11, *Belgacom e a.*; 11 luglio 2013, C-57/12, *Femarbel*; 26 settembre 2013, C-195/12, *IBV & Cie*; 7 novembre 2013, C-473/12, *IPI*; 8 maggio 2014, C-483/12, *Pelckmans Turnhout*; 9 ottobre 2014, C-299/13, *Gielen*; 18 dicembre 2014, C-542/13, *M'Body*; 11 giugno 2015, C-1/14, *Base Company e Mobistar*); francese (v. Corte giust. 30 maggio 2013, C-168/13 PPU, *F*);

esso, com'è noto, ha fatto ricorso, in tempi più recenti, anche la nostra Corte costituzionale, il cui esempio è tanto più significativo se si considera che essa era la prima e per ora unica Corte che aveva dichiaratamente escluso di essere sottoposta all'obbligo di rinvio, sicché il suo nuovo orientamento è stato salutato, anche per il prestigio di cui la Consulta gode in Europa, con particolare favore³.

Vedremo alcune importanti implicazioni di tali sviluppi. Qui si vuole sottolineare che essi testimoniano il riconoscimento della straordinaria utilità del dialogo tra le Corti interessate. Si è compreso in effetti che la riluttanza ad operare rinvii pregiudiziali ridimensiona l'importanza di un meccanismo di collaborazione che tutte le giurisdizioni nazionali non mancano invece di valorizzare quando riconoscono alla Corte di giustizia il ruolo di interprete ultimo del diritto dell'Unione, un ruolo che le compete non per virtù divina o per intrinseca superiorità, ma sulla base di una specifica disposizione del Trattato, e che s'impone a tutti gli Stati membri e a tutti i loro organi, quale che ne sia la natura ed il livello.

Ma si è soprattutto compreso che quella riluttanza preclude la possibilità di sfruttare utilmente il dialogo tra giudici proprio nei casi problematici, in cui – come si è già sottolineato – esso potrebbe rivelarsi più utile, cioè per l'appunto quando si profila il rischio di un conflitto tra i valori europei ed i valori costituzionali. In tali casi, infatti, il mancato rinvio pregiudiziale porterebbe, da un lato, la Corte nazionale a prospettare una soluzione unilaterale della questione, senza la previa verifica della valutazione che della norma europea in causa opera il giudice dell'Unione. Dall'altro, la medesima Corte, non potendo far

lituana (v. Corte giust. 9 ottobre 2008, C-239/07, *Sabatauskas e a.*, I-7523); maltese (v. Corte giust. 27 giugno 2013, C-71/12, *Vodafone Malta e Mobisle Communications*); spagnola (v. Corte giust. 26 febbraio 2013, C-399/11, *Melloni*); e tedesca (v. Corte giust. 16 giugno 2015, C-62/14, *Gauweiler e a.*).

³ Ad oggi, due sono i rinvii pregiudiziali operati dalla nostra Corte costituzionale: il primo, promosso (in un giudizio in via principale) con ordinanza n. 203/2008, del 15 aprile 2008, deciso dalla Corte di giustizia con sentenza del 17 novembre 2009, C-169/08, *Presidenza del Consiglio dei Ministri*, I-10821; il secondo, effettuato (nell'ambito di un procedimento in via incidentale) con ordinanza n. 207/2013, del 3 luglio 2013, e deciso dalla Corte di Lussemburgo con sentenza del 26 novembre 2014, nelle cause riunite C-22/13, da C-61/13 a C-63/13 e C-418/13, *Mascolo e a.*

pervenire a Lussemburgo le valutazioni che essa stessa potrebbe autorevolmente formulare per rappresentare i valori costituzionali sottesi alle norme nazionali, si priverebbe della possibilità di un confronto diretto con la Corte di giustizia volto a verificare se la norma dell'Unione vada davvero interpretata in un senso che contraddice i valori costituzionali dello Stato.

Ma il rifiuto del dialogo tra le corti produce riflessi negativi anche su un altro e più generale piano. Esso rischia infatti di collocare le Corti costituzionali rinunciarie ai margini del processo di costituzionalizzazione in atto nell'Unione, grazie appunto all'azione della Corte di giustizia e delle corti nazionali, e al dialogo che esse intessono. Tale processo, come da più parti segnalato, sta alimentando, in un continente così variegato di tradizioni e sensibilità, la formazione di un «patrimonio costituzionale comune», arricchito appunto dagli apporti dei sistemi in causa e destinato in prospettiva a definire l'essenza stessa dell'identità europea. Ora, poiché un simile processo deve poter esprimere, almeno potenzialmente, tutto il pluralismo e quindi tutte le peculiarità dei valori nazionali, ad esso verrebbe a mancare l'apporto delle giurisdizioni costituzionali rinunciarie.

Sotto altro profilo, peraltro, queste considerazioni permettono anche di comprendere che la tendenza a mettere l'accento sui rischi che comporterebbe la pluralità di istanze giudiziarie competenti in materia di diritti fondamentali ha fatto passare in secondo piano le opportunità insite in questa situazione, ed in particolare il fatto che, come ho appena rilevato, detta pluralità permette, in un sistema così diversificato di tradizioni e di sensibilità come quello europeo, di arricchire il dibattito sui valori costituzionali del continente e di migliorarne la protezione. Mi pare cioè che questa sorta di rete giudiziaria europea che si va delineando anche a livello costituzionale non può essere riguardata solo come una potenziale fonte di conflitti, in cui in ultima analisi valgono unicamente le appartenenze. Occorre invece porre maggiormente l'accento sulle positive prospettive legate ad una pluralità di giurisdizioni che, grazie al dialogo tra le Corti e al confronto, l'approfondimento ed anche la reciproca influenza tra valori nazionali e valori comuni da esso favoriti, è destinata a garantire una più ampia ed articolata giustizia costituzionale europea, funzionale al disegno dell'inte-

grazione, e con essa lo sviluppo di uno zoccolo comune, un *corpus* di diritti e di principi condivisi in seno al continente da tutte le istituzioni e a tutti i livelli.

Invece dunque di vedervi una fonte potenziale di contraddizioni, o peggio ancora di anarchia, la pluralità delle istituzioni giurisdizionali dovrebbe essere valorizzata, per fare dello spazio giudiziario e giuridico europeo un autentico “laboratorio di pluralismo”.

Ciò tanto più che la prassi di quelle giurisdizioni appare assai incoraggiante in questo senso. Come ho già sottolineato, infatti, l’esperienza di questi ultimi decenni dimostra che, pur essendo ciascuna legata ad un principio identitario e rispettosa della coerenza intrinseca del proprio sistema giuridico, esse si sforzano tutte, o quasi, di operare nella direzione indicata. Né può essere sottovalutato, a tal proposito, il fatto che in questi ultimi anni sia stata creata tutta una serie di strutture associative tra i diversi livelli e ordini di giurisdizioni, che costituiscono ormai istanze molto utili per scambiare esperienze e confrontare esigenze e problemi comuni.

4. L’ultimo aspetto sul quale vorrei soffermarmi è il rilievo particolare che la procedura pregiudiziale ha assunto negli ultimi anni a seguito degli sviluppi intervenuti a livello europeo sul piano della normativa e della prassi relative alla tutela dei diritti fondamentali.

È noto infatti che a questo riguardo importanti innovazioni sono state introdotte a livello dei testi, anche costituzionali, dell’Unione, che hanno dato una nuova configurazione a quella problematica ed hanno aggiunto ulteriori questioni a quelle che già impegnavano l’attenzione degli studiosi e degli operatori del settore.

Il segnale più importante in proposito è arrivato nel momento in cui il principio della tutela dei diritti fondamentali è stato pienamente affermato e formalizzato nel diritto dell’Unione, in particolare con l’enunciazione dello stesso nel Trattato di Maastricht del 1992 e poi con l’approvazione della Carta dei diritti fondamentali, proclamata a Nizza nel dicembre 2000 e successivamente formalizzata con il Trattato di Lisbona entrato in vigore il 1° dicembre 2009. Certo, come si è detto, quel principio era già penetrato da tempo nell’ordinamento giuridico dell’Unione, e ciò grazie proprio alla giurisprudenza della Corte (a sua

volta stimolata, ad onor del vero, dalle Corti costituzionali italiana e tedesca). Dopo le iniziali esitazioni indotte anche dal silenzio mantenuto al riguardo dai Trattati originari, la Corte aveva infatti affermato ed anzi esaltato quel principio, e ne aveva favorito la formale penetrazione negli stessi Trattati istituivi con la nota formula, mutuata alla lettera appunto dalla giurisprudenza comunitaria, secondo cui: «I diritti fondamentali, garantiti dalla Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri, fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali» (art. 6, par. 2, TUE, sostanzialmente ripresa dal Trattato di Lisbona, art. 6, par. 3).

Senza dilungarmi sul punto, mi limito per ora a constatare che il rispetto dei diritti fondamentali è ormai apertamente sancito nel sistema dell'Unione come un principio che possiamo considerare inerente, anzi “costitutivo” di tale sistema, ed al quale la Carta dei diritti fondamentali ha offerto una cornice formale e una disciplina puntuale.

Paradossalmente, però, il varo della Carta, oltre ovviamente a sollevare numerosi e non facili problemi di interpretazione ed applicazione della stessa, ha alimentato, per quanto qui interessa, una più ampia problematica che si è imposta rapidamente al centro dei dibattiti, e per certi versi anche delle preoccupazioni degli studiosi ed operatori del diritto.

Com'è noto, il dibattito ha riguardato la questione del coordinamento della tutela dei diritti in un contesto, come quello europeo, nel quale si è accresciuto il numero degli strumenti normativi che si occupano della materia e nel quale operano istanze giurisdizionali di dimensione nazionale o continentale, che occupano aree di competenza, in atto o in potenza, coincidenti.

Per il primo aspetto, basti ricordare che oltre alle costituzioni nazionali rilevano, come è ben noto, non solo la Convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali (CEDU), firmata a Roma nel 1950, ma anche la già citata Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea. Si tratta, quindi, di una pluralità di testi, per giunta non sempre coincidenti, ai quali per un verso o per l'altro le diverse giurisdizioni competenti devono conformarsi e dei quali, soprattutto, devono assicurare il rispetto.

Ma oltre a questa pluralità di testi vi è da tempo in Europa anche una

pluralità di istanze giurisdizionali di dimensione nazionale o continentale, che occupano aree di competenza, in atto o in potenza, coincidenti. Nel settore, altamente sensibile, dei diritti fondamentali, poi, questa convivenza appare non solo più vistosa e significativa, ma anche più problematica, visto che giurisdizioni europee e giurisdizioni nazionali concorrono tutte alla tutela di quei diritti, senza che i relativi rapporti siano definiti in termini rigorosi o comunque inequivoci.

Più in particolare, questa situazione determina una triangolazione tra le Corti europee da una parte, tra la Corte di Lussemburgo e le giurisdizioni nazionali da un'altra parte, e tra la Corte europea dei diritti dell'uomo (Corte EDU) e le giurisdizioni nazionali da un'altra parte ancora: tutte aventi titolo, ripeto, per occuparsi della tutela dei diritti fondamentali.

Tutto ciò si presta evidentemente a provocare non solo difficoltà e confusioni, ma anche rischi di conflitto tra le Corti coinvolte. Peraltro, per quanto riguarda i rapporti tra la Corte di giustizia e le giurisdizioni (specie supreme) nazionali non credo di dovere aggiungere altro a quanto ho già detto in precedenza, se non per ribadire che questi rapporti sembrano ormai essersi assestati in termini relativamente soddisfacenti.

Più incerta, invece, almeno sul piano formale, resta la situazione per quanto riguarda i rapporti tra la Corte di giustizia e la Corte di Strasburgo. Il tentativo di definire tali rapporti attraverso l'adesione dell'Unione alla CEDU, prevista dall'art. 6 TUE, pur avendo prodotto un progetto di accordo in tal senso, è stato per ora bloccato, come noto, dal parere negativo dato dalla Corte di giustizia sulla compatibilità di detto accordo con il diritto dell'Unione (parere 2/13 del 18 dicembre 2014).

Relativamente a quei rapporti, il progetto di accordo aveva previsto una serie di puntuali disposizioni che, nelle intenzioni dei proponenti, avrebbero dovuto rimuovere o per lo meno ridurre i rischi di interferenza, pur nel rispetto delle prerogative delle due Corti. In particolare, proprio riguardo a tali prerogative, il progetto di accordo si preoccupava di rispondere all'esigenza, sottolineata dalla stessa Corte di giustizia in un "Documento di riflessione", reso pubblico il 5 maggio del 2010, di «disporre, al fine di rispettare il principio di sussidiarietà inerente alla Convenzione e di assicurare al tempo stesso il buon funzionamento

del sistema giurisdizionale dell'Unione, di un meccanismo idoneo a garantire che alla Corte di giustizia [potesse] essere sottoposta, in maniera effettiva, la questione della validità di un atto dell'Unione prima che la Corte europea dei diritti dell'uomo statuisca sulla conformità di questo atto con la Convenzione».

Così, per evitare tale conseguenza e sulla linea delle indicazioni delle stesse Corti in causa, l'accordo aveva istituito un meccanismo che avrebbe consentito un coinvolgimento preliminare della Corte di Lussemburgo rispetto alla sua omologa di Strasburgo, una sorta di rinvio pregiudiziale dalla seconda alla prima volta per l'appunto ad evitare quella conseguenza.

5. A seguito del ricordato parere negativo della Corte di giustizia la descritta soluzione è al momento congelata. Ma a parte ciò, c'è da chiedersi più in generale, ed il parere rafforza tale dubbio, se l'inquadramento dei rapporti tra le due Corti europee non vada al di là della questione del coinvolgimento preliminare della Corte di giustizia nelle situazioni descritte.

Ora, a mio avviso, tale questione non è che uno degli aspetti, ancorché dei più importanti, di quei rapporti, che invece, per la loro stessa natura e per le loro implicazioni, non possono non essere inquadrati in una prospettiva più generale e sistemica, che tenga anche conto dell'evoluzione che si è delineata in Europa nell'articolazione dei rapporti tra le Corti europee e quelle nazionali.

A me sembra, in realtà, che la situazione che qui stiamo esaminando non sia molto dissimile da quella, più sopra ampiamente evocata, che ha caratterizzato (e caratterizza) da decenni i rapporti tra la Corte di giustizia e le giurisdizioni supreme nazionali. In effetti, benché evidentemente differenze non marginali esistano, a tale proposito, credo che l'esperienza maturata rispetto a quei rapporti, così come le analisi approfondite che la dottrina ha sviluppato al riguardo, possano aiutarci a comprendere il senso ultimo dei problemi che si pongono in materia.

Come ho ricordato in precedenza, malgrado le oggettive difficoltà, le iniziali diffidenze, se non una certa logica conflittuale, emerse per un certo tempo anche nei rapporti tra dette Corti, gli sviluppi delle prassi hanno progressivamente trasformato quelle reazioni in un atteggiamen-

to di convinta cooperazione, che ha via via alimentato un dialogo, talvolta persino istituzionalizzato, tra di esse. Con il risultato che fino ad oggi non si sono registrate vere e proprie situazioni di conflitto, ed è lecito ipotizzare che anche in prospettiva simili situazioni difficilmente si verificheranno.

Ritengo che non vi sia alcuna ragione per la quale anche i rapporti tra le due Corti europee non debbano svilupparsi, come d'altronde è avvenuto fino ad oggi, su questa stessa linea e in un clima di reciproca fiducia.

Va anzitutto sottolineato, infatti, che sebbene l'Unione non fosse e non sia ancora parte contraente della CEDU, fino ad ora i rapporti tra le due Corti non hanno sollevato grandi difficoltà, e ciò non solo grazie ad un eccellente clima di collaborazione e a fruttuosi incontri periodici. In effetti, da un lato la Corte di Strasburgo ha avuto occasione di sottolineare il ruolo svolto dalla Corte di giustizia nei settori di sua competenza, fino a riconoscere l'esistenza di una protezione "equivalente" dei diritti dell'uomo all'interno dell'Unione (c.d. giurisprudenza *Bosphorus*); dall'altro, la Corte dell'Unione ha di regola rispettato, nei fatti come in linea di principio, il ruolo specifico della sua omologa di Strasburgo. Infatti, fin dalle sue prime pronunce in materia di protezione dei diritti fondamentali, e poi nei successivi sviluppi sempre più chiaramente, la Corte di giustizia ha fatto riferimento e si è conformata alla giurisprudenza di Strasburgo in quanto espressione dell'organo istituzionalmente preposto all'interpretazione della Convenzione di Roma, e quindi giudice dei diritti fondamentali in Europa, riconosciuto come tale dall'Unione, dalle sue istituzioni e da tutti i suoi Stati membri.

A prescindere dall'adesione, dunque, essa si è ugualmente considerata vincolata dalla giurisprudenza della Corte EDU, e ciò evidentemente non per ragioni di supremazia formale. Con la conseguenza che i rapporti "orizzontali" tra le due Corti, fondati su di una sorta di articolazione tra generale/speciale, hanno prodotto risultati globalmente positivi; e in ogni modo non hanno sollevato grandi problemi.

Bisognerebbe allora evitare che questa situazione subisca modifiche a seguito di un cambiamento della natura e del clima dei rapporti tra le due Corti. Ma ciò presuppone il rifiuto della tesi secondo la quale, dopo l'adesione, tali rapporti dovrebbero definirsi su di un piano "verticale" e

“gerarchizzato”. Benché infatti questa possa apparire ad alcuni come una conseguenza pressoché automatica dell’adesione, credo che ogni tentativo (o... tentazione) di costruire in modo siffatto quei rapporti, rivelerebbe una scarsa comprensione degli orientamenti che emergono dalla descritta evoluzione dei rapporti tra le giurisdizioni supreme in Europa.

Ma è da temere soprattutto che un’articolazione verticale di detti rapporti, anziché evitarle, favorirebbe piuttosto l’insorgere di difficoltà tra le due Corti, se non addirittura di veri e propri conflitti tra queste. E se mai ci si incamminasse lungo questa via, si rischierebbe di restare prigionieri di un meccanismo perverso e senza soluzione, tanto più che ciascuna delle due Corti ha il suo proprio margine di apprezzamento e dispone dei mezzi per trascinare all’infinito un eventuale conflitto.

Discutere solo in termini di rapporti formali e gerarchici tra le due Corti rischia, dunque, di creare un circolo inestricabile di difficoltà, di inviare messaggi discordanti o ambigui alle giurisdizioni nazionali e finalmente di nuocere agli interessi dei cittadini.

Credo che, al contrario, l’adesione debba permettere d’iscrivere le Corti di Lussemburgo e di Strasburgo in una dinamica di cooperazione e di complementarietà, all’interno di un sistema integrato di tutela dei diritti fondamentali che miri alla ricerca delle soluzioni più idonee a rafforzare una sorta di protezione “circolare”.

Certo, tali rapporti potrebbero ancor più fruttuosamente svilupparsi se il “dialogo” tra le due Corti potesse contare su meccanismi istituzionali idonei a valorizzarlo. Per quello che riguarda i rapporti tra la Corte di Lussemburgo e le giurisdizioni nazionali, è noto che un siffatto meccanismo esiste, poiché si può qui utilizzare la procedura del rinvio pregiudiziale. Per quanto riguarda invece i rapporti tra le due Corti europee, esso non è contemplato dai testi, anche se, come si è visto in precedenza, alcune proposte sono state avanzate per introdurre, almeno in alcuni casi, qualcosa di simile.

Non bisogna dimenticare, tuttavia, da una parte, che il “dialogo” tra la Corte di giustizia e le giurisdizioni nazionali si è sviluppato, seppur in maniera informale e indiretta, ancor prima che esse si decidessero di avvalersi del rinvio pregiudiziale; dall’altra, come ho già ricordato, che il meccanismo a tal fine ipotizzato rispetto ai rapporti tra le due Corti

europee (quale che esso sia), non coprirebbe che determinate ipotesi, sicuramente importanti, ma non esaustive della varietà delle situazioni che possono determinarsi nell'ambito di quei rapporti.

Si vuol dire, in altri termini, che anche se ai fini del dialogo tra le Corti l'istituzionalizzazione di apposite procedure costituisce sicuramente uno strumento molto efficace, essa da una parte non è strettamente necessaria, dall'altra non può neppure essere considerata come risolutiva di tutti i problemi, poiché la possibilità che viene così offerta alle Corti di parlarsi direttamente non esclude il rischio di divergenze ove le stesse non si conformino, su un piano più generale, alla logica sottesa ad un siffatto sistema.

In questo senso, la ricerca, pur legittima e opportuna, di un meccanismo formale per assicurare il coinvolgimento preliminare della Corte di Lussemburgo nei casi sopra esaminati potrebbe anche essere considerato come un problema secondario, dal momento che ciò che realmente conta è l'approccio globale delle due Corti, la loro capacità d'assicurare in maniera stabile, continua ed efficace l'apertura e lo sforzo d'adattamento delle rispettive giurisprudenze.

Da questo punto di vista, dunque, si può ben parlare di una vera e propria funzione costituzionale esercitata dalle alte giurisdizioni in causa, a livello europeo e nazionale, nel duplice senso che, da una parte esse contribuiscono tutte a definire i valori fondamentali comuni e, dall'altra, creano esse stesse le regole (o meglio, le prassi) per la soluzione di eventuali divergenze che non si è (ancora) saputo, o potuto, o voluto stabilire in maniera istituzionalizzata.

Certo, qualche problema può derivare dal fatto che le due Corti si pronunciano in momenti differenti e che, in certi casi, le loro posizioni potrebbero non coincidere. Per la verità, questa situazione può difficilmente verificarsi quando la Corte EDU si pronuncia prima della sua omologa di Lussemburgo, poiché, come ho già osservato, di norma quest'ultima si conforma alla giurisprudenza dell'altra. Essa potrà, invece, verificarsi meno raramente nella situazione opposta, nel caso cioè in cui la Corte EDU, chiamata a pronunciarsi dopo la Corte di giustizia, non ne condivida le valutazioni.

Sono tuttavia sicuro, alla luce di quanto fin qui detto, che la Corte EDU si sforzerà di non contraddire la giurisprudenza della sua omologa

di Lussemburgo, o per lo meno di non farlo in modo apertamente conflittuale.

Resto insomma convinto che i rapporti tra le due Corti continueranno a svilupparsi in modo positivo e costruttivo. Entrambe sanno bene che il vero problema è di organizzare questi rapporti non al fine di stabilire le rispettive gerarchie, ma per meglio assicurare la protezione dei diritti fondamentali, e che su questo terreno, come ho detto in altra sede, esse sono condannate a intendersi e a cooperare.

E a questo fine esse non potranno che trarre ispirazione e insegnamento da quella pratica del dialogo tra le giurisdizioni che è stata introdotta nei Trattati comunitari, e più in generale sulla scena europea, da quello straordinario modello che è stato e continua ad essere la competenza pregiudiziale della Corte di giustizia, una competenza la cui valorizzazione e i cui sviluppi restano tuttora tributari degli studi di quei valenti e acuti pionieri, tra i quali il caro Maestro che qui onoriamo, che in tempi ormai ben lontani li tennero a battesimo.

IL GIUDICE DELLA CORTE EUROPEA DEI DIRITTI DELL'UOMO

Guido Raimondi

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *La lunghezza del processo.* – 3. *Il caso Beyeler.* – 4. *Il caso Al-Adsani.*

1. Introduzione

Mi è sembrato naturale, quando Giuseppe Nesi mi ha accennato per la prima volta alla sua splendida idea, che oggi vediamo realizzata, di queste due giornate di studio in onore di Luigi Ferrari Bravo, occuparmi della sua attività di giudice della Corte di Strasburgo.

Il Professor Ferrari Bravo giunge alla Corte come giudice eletto, come si dice nel gergo di Strasburgo, “a titolo” di San Marino, il 1° novembre 1998, nel momento in cui la Corte viene “rifondata” dall’entrata in vigore del Protocollo n. 11 alla Convenzione europea dei diritti dell’uomo (in seguito: la Convenzione). Il suo mandato sarà di soli tre anni, e terminerà quindi il 31 ottobre 2001, anche se Luigi Ferrari Bravo tornerà poi alla Corte in diverse occasioni per completare l’esame di casi già iniziati e come giudice *ad hoc* per l’Italia. In ogni caso il periodo trascorso alla Corte sarà ampiamente sufficiente perché egli possa lasciare un’impronta durevole della sua personalità nella giurisprudenza.

Si tratta di un momento di grande importanza per il sistema europeo di protezione dei diritti umani. Le antiche Commissione e Corte europee dei diritti dell’uomo si fondono in un unico organo, che prende sì il nome di Corte europea dei diritti dell’uomo, ma che certamente, con l’assorbimento delle competenze della vecchia Commissione e di parte di quelle del Comitato dei Ministri, è molto diverso da quello che lo ha preceduto.

Una differenza di rilievo è che i giudici, oramai, devono stabilirsi a Strasburgo, perché la Corte siede in permanenza e i suoi componenti

sono chiamati a prestare la loro opera a tempo pieno, a differenza di quanto avveniva prima, sia nella Commissione sia nella Corte.

Il Professor Ferrari Bravo quindi prende casa a Strasburgo. Egli è nella sua piena maturità professionale. Del suo eccezionale percorso accademico e della sua trentennale attività diplomatica ad altissimo livello hanno detto con eloquenza Tullio Treves e Mauro Politi. A questo già unico ed irripetibile bagaglio si erano poi aggiunti l'esperienza alla Corte internazionale di giustizia ed alla Commissione per il diritto internazionale.

Non c'è dubbio quindi che, pur essendo in un certo senso un "outsider", perché la "nuova" Corte comprende un certo numero di veterani delle vecchie Commissione e Corte, egli è una delle figure più eminenti e autorevoli della rinnovata istituzione, cosa che gli permette di aver un ruolo importante nelle fondamentali decisioni che questa deve prendere all'inizio del suo percorso, come l'elezione del Presidente e delle altre cariche della Corte, compreso il Cancelliere ed il vice-Cancelliere e, direi, soprattutto, l'adozione di quell'essenziale documento che è il Regolamento della Corte.

Vero è che come tutti coloro che giungono alla Corte dopo aver avuto delle responsabilità nella difesa del proprio Paese nelle procedure della Convenzione, e il Professor Ferrari Bravo le aveva ricoperte al livello più alto, come Agente del Governo italiano dinanzi alla Corte ed alla Commissione per quasi dieci anni, egli non è sfuggito – del resto non vi è sfuggito neanche chi vi parla, che le stesse esperienze aveva avuto a livello più basso, in gran parte proprio sotto la direzione e la guida del Professor Ferrari Bravo – non è sfuggito, dicevo, a quelle chiacchiere di corridoio secondo le quali i giudici che provengono da queste responsabilità non darebbero tutte le garanzie in termini di indipendenza perché essi finirebbero sempre per avere un occhio di riguardo verso il proprio Paese.

Si tratta di voci che potremmo definire "di atmosfera", e che sono l'inevitabile corollario del ruolo che la Convenzione affida al cosiddetto "giudice nazionale", la cui partecipazione è indispensabile in tutte le decisioni più importanti che riguardano il Paese interessato. Naturalmente nel nostro caso non si tratta tecnicamente di una posizione di "giudice nazionale", ma le chiacchiere "di atmosfera" corrono lo stesso.

Nel caso del Professor Ferrari Bravo le voci non potrebbero essere più infondate, e i suoi colleghi del tempo non tardano a rendersene conto.

La sua statura intellettuale e il suo *cursus honorum* sono tali per cui egli non può non essere – e anche apparire – assolutamente libero da ogni condizionamento. La sua autorevolezza all'interno della Corte è quindi incontestata e non è mai messa in discussione.

I colleghi comprendono che il realismo con il quale Luigi Ferrari Bravo affronta il suo nuovo compito, realismo che è il frutto di una profonda conoscenza della storia e della politica e di un'irripetibile esperienza, non è assolutamente da interpretare come scetticismo sulla funzione della Corte e, più in generale, sulla reale possibilità del sistema europeo di tutelare effettivamente i diritti umani.

Al contrario, se egli, per esempio a proposito di quello che era, e, purtroppo è ancora, il “tormentone” delle migliaia di casi italiani in materia di eccessiva lunghezza del processo che affollano i ruoli della Corte, adotta un atteggiamento volto a preconizzare un basso profilo della Corte in questo settore, questo non si deve – e i colleghi se ne rendono conto – a una stolidità e sterile difesa degli interessi italiani a scapito dei diritti dei ricorrenti, ma alla volontà, sorretta da una sincera e genuina convinzione, certo non “dettata” da Roma, di permettere alla Corte di concentrarsi sugli affari più importanti, allontanando il rischio di impantanarsi nelle spire di una “giustizia bagatellare” che non può che distogliere la Corte dal suo vero compito. Questo approccio si accompagna talvolta all'indignazione morale nei confronti di coloro, e sono tanti, che abusano del sistema ricavando senza merito indennizzi liquidati dalla Corte.

Insomma il Professor Ferrari Bravo non ha paura delle sue idee e non teme di andare controcorrente.

In questo breve intervento vorrei soffermarmi in particolare, per l'appunto, su quegli aspetti della sua attività di giudice che in modo particolare fanno risaltare la sua indipendenza di giudizio.

Inizierei proprio dai ricorsi concernenti la eccessiva lunghezza del processo, per poi accennare a due casi importanti ai quali egli ha partecipato, il ricorso *Beyeler c. Italia* e quello *Al-Adsani c. Regno Unito*, quest'ultimo oggi di grandissima attualità nel nostro Paese, e non solo,

soprattutto dopo la sentenza della Corte costituzionale n. 238 del 22 ottobre 2014.

2. *La lunghezza del processo*

Nel settore della lunghezza del processo le idee del Professor Ferrari Bravo trovano spazio in numerose opinioni separate, per lo più dissenzienti, allegate a sentenze della Corte in materia di eccessiva durata del processo in Italia.

Nel caso *Laino c. Italia*, il Professor Ferrari Bravo vota sì con la maggioranza nell'affermare una violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione per la durata esorbitante di una procedura in materia di diritto di famiglia, ma si esprime nettamente contro il riconoscimento da parte della Corte di un danno morale in capo al ricorrente, che aveva approfittato del ritardo della procedura per evitare di aumentare la somma da lui dovuta per il mantenimento dei suoi figli minori, somma che per l'appunto era stata tardivamente elevata dalla sentenza nella procedura litigiosa¹. Analogamente, in un ricorso deciso lo stesso giorno, *Di Mauro c. Italia*, nel quale un procedimento civile si era estinto per inattività delle parti dopo ben due interventi della Corte di Cassazione, egli fa notare che il ricorrente aveva senza dubbio contribuito alla durata della procedura, alla quale si poteva solo rimproverare l'eccesso di generosità, perché con il gioco delle sentenze di Cassazione con rinvio a diversa sezione della corte di appello le procedure in Italia possono divenire eterne, caratteristica del processo italiano che aveva permesso al signor Di Mauro di rimanere nell'appartamento che aveva affittato ben al di là del termine che era stato fissato nel contratto di locazione².

¹ *Laino c. Italia*, 33158/96, 28 luglio 1999, opinione parzialmente dissenziente del giudice Ferrari Bravo.

² *Di Mauro c. Italia*, 3425696, 28 luglio 1999, opinione dissenziente del giudice Ferrari Bravo.

In un caso deciso sempre nel 1999, *Scalvini c. Italia*³, il Professor Ferrari Bravo cerca di attirare l'attenzione dei suoi colleghi sull'inutilità e la sterilità per la Corte dell'accanirsi sulla lunghezza del processo civile italiano. Nel contestare l'affermazione della maggioranza secondo la quale il prolungamento della causa oltre una durata ragionevole implica un aumento delle spese a carico del ricorrente, egli mette in rilievo che questa opinione è in contrasto con la realtà del processo italiano che, lo cito testualmente, «...da questo punto di vista assomiglia ad un pianoforte sul quale le parti possono suonare a loro piacimento».

In una opinione dissenziente del 2000, Ferrari Bravo stigmatizza il caso di un dipendente della Banca d'Italia che aveva fatto valere davanti al Tribunale amministrativo regionale del Lazio una pretesa chiaramente infondata, non aveva nemmeno proposto appello al Consiglio di Stato e si era visto ciononostante riconoscere un indennizzo da parte della Corte⁴.

In un altro caso, deciso nel 2001, egli fa valere, in un caso, in materia civile, nel quale una procedura di cognizione nella quale erano intervenute quattro giurisdizioni era durata complessivamente sette anni e nove mesi, mentre quella di esecuzione si era conclusa circa cinque mesi dopo quella di cognizione, che non si trattava di un ritardo sufficientemente importante per integrare una violazione dell'articolo 6 § 1 della Convenzione. Questa volta la sua opinione viene seguita dal giudice turco e da quello sloveno⁵.

È una battaglia senza speranza. In un gruppo di sentenze la più nota delle quali è quella pronunciata nel ricorso *Bottazzi c. Italia*⁶, la Corte ha ormai constatato che il problema della eccessiva lunghezza del processo è endemico in Italia, e corrisponde quindi ad una "pratica", affermazione certo umiliante per il nostro Paese, con la conseguenza di un'inversione dell'onere della prova; non deve essere più, quindi, il

³ *Scalvini c. Italia*, 36621/97, 26 ottobre 1999, opinione separata del giudice Ferrari Bravo.

⁴ *A.B. c. Italia*, 41809/98, 8 febbraio 2000, opinione dissenziente del giudice Ferrari Bravo.

⁵ *A.V. c. Italia*, 44390/98, 6 novembre 2001, opinione dissenziente del giudice Ferrari Bravo alla quale si uniscono i giudici Türmen e Zupančič.

⁶ *Bottazzi c. Italia*, [GC], 34884/97, 28 luglio 1999.

ricorrente a provare che lo Stato è responsabile di una durata irragionevole del processo, ma è lo Stato a dover provare il contrario, per cui oramai si perviene ad una condanna in modo praticamente automatico.

Ferrari Bravo però non rinuncia alle sue idee. In un gruppo di sentenze sull'eccessiva durata del processo in Italia (ben 133) decise in un solo giorno e pubblicate insieme il 28 febbraio 2002⁷, egli, in una opinione dissenziente ripetuta in tutte le sentenze, non accetta l'automatismo derivante dalla giurisprudenza *Bottazzi*. Sarà anche vero, dice lui, che esiste una pratica contraria alla Convenzione che risulta da un cumulo di violazioni, ma bisogna sempre vedere caso per caso quali sono le circostanze dell'affare, cosa che la Corte, sommersa da valanghe di ricorsi, oramai non fa più. Dopo aver citato alcuni dei 133 casi nei quali era evidente la mancanza di danno morale, che pure era stato riconosciuto dalla Corte, il Professor Ferrari Bravo riassume il suo pensiero nella materia con parole che cito integralmente: «Ma insomma cosa dovrebbe fare il legislatore italiano per lavare i suoi peccati? Probabilmente, nei sogni di certi giudici della Corte, si dovrebbe giungere a un processo civile ultrarapido, probabilmente senza appello, o senza un terzo grado in cassazione. Ma questo darebbe luogo a una sommossa degli avvocati italiani che sarebbe cosa ben più grave delle sentenze di condanna della Corte. E poi, si ha veramente il diritto di imporre all'Italia una visione del processo civile che esiste forse in certi Paesi dell'Europa del Nord, ma non altrove, dei Paesi nei quali, d'altra parte, il processo è così costoso che vi si fa ricorso solamente per affari di grande importanza? La cosa, a mio avviso, è molto dubbia»⁸.

La storia darà in un certo senso ragione al Professor Ferrari Bravo. A un certo punto la Corte si rende conto che gli affari non sono tutti uguali e che, se essa vuole credibilmente continuare nella sua missione, è necessario mettere da parte i casi meno importanti e concentrarsi su quelli che destano maggiore allarme dal punto di vista della protezione dei diritti umani. È così varata la politica di "trattamento privilegiato dei casi prioritari", che è ufficialmente inserita nell'articolo 41 del Re-

⁷ Ad. es. *Pascale e altri c. Italia*, 52837/99.

⁸ *Pascale e altri c. Italia*, 52837/99, opinione dissenziente del giudice Ferrari Bravo.

golamento della Corte con decisione dell'Assemblea Plenaria della Corte del 29 giugno 2009.

3. *Il caso Beyeler*

Il caso *Beyeler*, che era stato trattato inizialmente dalla Commissione europea dei diritti dell'uomo, che nel suo rapporto conclusivo non aveva trovato alcuna violazione dei diritti che erano stati invocati dal ricorrente, in particolare l'articolo 1 del Protocollo addizionale, che protegge la proprietà ed i beni, e gli articoli 14 e 18 della Convenzione (rispettivamente sul divieto di discriminazione e di abuso delle restrizioni consentite dalla Convenzione)⁹, viene chiuso dalla Corte, per quanto riguarda il merito, con una sentenza della Grande Camera pubblicata nel gennaio del 2000¹⁰ che afferma la violazione da parte dell'Italia dell'articolo 1 del Protocollo addizionale, una decisione adottata con il solo voto contrario del Professor Ferrari Bravo.

Chi era il signor Beyeler? Nel corpo della sentenza egli viene indicato semplicemente come "cittadino svizzero", anche se a quell'epoca egli era ben noto come grande collezionista d'arte moderna e mecenate. Il Professor Ferrari Bravo però precisa in apertura della sua opinione dissenziente che all'epoca dei fatti che hanno interessato la Corte, una vicenda iniziata nel 1977 con l'acquisizione in Italia di una celebre tela di Van Gogh, egli era semplicemente un mercante d'arte. Il signor Beyeler è scomparso qualche anno fa.

Quali erano i fatti? Nel 1977 il signor Beyeler acquistò da un collezionista d'arte romano, Verusio, un'opera di van Gogh, il *Giardiniere*, che già nel 1954 era stata dichiarata dal Ministro competente "di interesse storico ed artistico". L'acquisto avvenne tramite un intermediario, il signor Pierangeli, antiquario romano, al quale il signor Beyeler fece pervenire il prezzo della vendita, fissato in 600.000.000 di lire, più 5.000.000 a titolo di compenso, secondo gli usi. La vendita era stata

⁹ *Beyeler c. Italia*, 33202/96, Rapporto della Commissione 10 settembre 1998.

¹⁰ *Beyeler c. Italia*, 33202/96 [GC], 5 gennaio 2000. La vicenda sarà poi definitivamente chiusa con la sentenza della Grande Camera sull'applicazione dell'articolo 41 della Convenzione in data 28 maggio 2002.

notificata dal signor Verusio al Ministero dei beni culturali ai fini dell'eventuale esercizio del diritto di prelazione con l'indicazione del signor Pierangeli come acquirente finale, per cui il nome del signor Beyeler non era per nulla menzionato. Il Ministero non esercitò il diritto di prelazione nel termine di due mesi previsto dalla legge Bottai del 1939 (n. 1089) e così la vendita, apparentemente, si perfezionò. Con una nota del dicembre 1977 il Ministero precisò che l'opera non aveva un interesse sufficiente a giustificare l'acquisizione al patrimonio nazionale. Nonostante questo il permesso di esportazione dell'opera richiesto dal signor Pierangeli venne rifiutato con una decisione dell'inizio del 1978.

La storia è abbastanza complicata. Per farla breve, e semplificando un po', dirò che solo nel 1983 il signor Beyeler rivelò di essere il vero proprietario del quadro, quando chiese di poterlo trasferire a Venezia per farlo esaminare dalla Collezione Peggy Guggenheim, cosa negata dal Ministero, che ordinò la custodia dell'opera presso la Galleria nazionale d'arte moderna a Roma, dove tuttora si trova.

Nel 1988, dopo un tentativo di vendere il quadro al Ministero per 11.000.000 di dollari, l'opera fu venduta per 8.500.000 dollari alla Collezione Guggenheim e il contratto fu notificato all'amministrazione. Il Ministero chiese precisazioni sulla proprietà del quadro, e il signor Beyeler, in risposta, confermò che non c'era stato nessun passaggio di proprietà tra Pierangeli e lui perché egli aveva acquistato il quadro fin dal primo momento. Nel novembre dello stesso anno il Ministero emise un decreto in base al quale la notifica fatta nel 1977 dal sig. Verusio era ritenuta inefficace perché, contrariamente alla prescrizione del decreto reale n. 363 del 1913 (art. 57), non conteneva la reale identità delle parti contraenti, e la prelazione veniva esercitata, *ora per allora*, al prezzo originario di 600.000.000 di lire.

Seguiva un contenzioso dinanzi al Tribunale amministrativo del Lazio, proseguito in appello dinanzi al Consiglio di Stato e poi davanti alla Corte di Cassazione che, dopo aver sollevato una questione di costituzionalità degli articoli 31, 32 e 61 della legge Bottai rispetto agli articoli 3 e 42 della Costituzione, questione dichiarata infondata dalla Corte costituzionale, chiudeva definitivamente la vicenda sul piano in-

terno italiano rigettando tutte le pretese del signor Beyeler con una sentenza del 1996.

In questa situazione la Commissione aveva concluso nel suo rapporto che non vi era stata alcuna violazione della Convenzione né del Protocollo addizionale. In particolare la Commissione aveva precisato da una parte che secondo la conclusione non arbitraria dei giudici nazionali il ricorrente non si poteva considerare proprietario del quadro e, d'altra parte, che non si poteva nemmeno ritenere che egli fosse titolare di una "speranza legittima" tutelata dal Protocollo addizionale secondo la giurisprudenza della Corte¹¹.

Rovesciando l'impostazione della Commissione, la Corte ha invece ritenuto che il ricorrente doveva comunque considerarsi titolare di un interesse patrimoniale riconosciuto in diritto italiano, anche se revocabile in presenza di certe condizioni, dal momento dell'acquisizione dell'opera fino al momento in cui il diritto di prelazione è esercitato e una compensazione gli è riconosciuta, per quella che è sostanzialmente un'espropriazione¹², ed ha così trovato, come dicevo, una violazione dell'articolo 1 del Protocollo addizionale.

Nella sua opinione dissenziente il Professor Ferrari Bravo, dopo aver riepilogato i termini della questione, e adeguatamente evidenziato l'opacità del comportamento del ricorrente, inizia la sua critica della sentenza con una massima dei padri: *in pari causa turpitudinis, melior est condicio possidentis*.

Detto questo, egli nota che tutte le Corti italiane che si erano interessate al caso avevano deciso contro il ricorrente e deplora che la sentenza della Corte valorizzi l'ordinanza della Corte di Cassazione che aveva sollevato la questione di costituzionalità, osservando che come era ovvio la cassazione si era espressa in senso critico sulla legislazione perché quella era la funzione dell'ordinanza, ma che poi aveva deciso contro il signor Beyeler.

Poi, il Professor Ferrari Bravo nota, in coerenza con l'approccio che era stato della Commissione, che la Corte aveva in realtà, per trovare una violazione del Protocollo addizionale, notevolmente esteso la porta-

¹¹ Commissione europea dei diritti dell'uomo (Plenaria), *Beyeler c. Italia*, 33202/96, Rapporto 10 settembre 1998, §§ 88-95.

¹² *Beyeler c. Italia*, 33202/96 [GC], cit., § 105.

ta dell'articolo 1 di questo strumento, vanamente cercando appoggio in un precedente (*GasusDosier- und FördertechnikGmbH c. Paesi Bassi*, sentenza del 23 febbraio 1995, série A n° 306-B) che riguardava tutt'altra materia, cioè diritti reali su di una costosa macchina, e non un oggetto, come un'opera d'arte dall'immenso valore immateriale. Egli mette poi il dito su di un'imprecisione della sentenza, che si basa tra l'altro sul fatto che le autorità italiane avrebbero trattato il ricorrente come vero proprietario dell'opera, quando in effetti esse si erano limitate, prudenzialmente, a verificare l'opinione di colui che si pretendeva proprietario in occasione dei diversi spostamenti dell'opera¹³.

Certo, la sentenza *Beyeler* ha fatto giurisprudenza, ed è ancora oggi correntemente citata, ma sarebbe veramente difficile disconoscere il rigore logico e giuridico della critica del Professor Ferrari Bravo. E, infatti, la dottrina che ha commentato la sentenza *Beyeler* non ha mancato di rilevare che attraverso di essa si era notevolmente ampliato il concetto autonomo di "bene" protetto dall'articolo 1 del Protocollo addizionale, e di conseguenza si era ridotto il margine di apprezzamento degli Stati.

4. Il caso *Al-Adsani*

Certamente l'opinione dissenziente più conosciuta del Professor Ferrari Bravo come giudice della Corte di Strasburgo è quella annessa alla sentenza nel caso *Al-Adsani c. Regno Unito*¹⁴.

Si trattava del caso di un militare kuwaitiano che secondo le sue accuse era stato torturato da uno sceicco del suo Paese, che lo aveva fatto incarcerare, e da personale di polizia kuwaitiano, e aveva poi tentato di portare in giudizio dinanzi alle corti inglesi non solo lo sceicco, ma anche lo Stato del Kuwait. La Corte d'appello dell'Inghilterra e del Galles, pur riconoscendo che la tortura era oramai vietata da norme internazionali aventi il rango di *jus cogens*, aveva concluso contro il ricor-

¹³ *Beyeler c. Italia*, 33202/96 [GC], cit., opinione dissenziente del giudice Ferrari Bravo.

¹⁴ *Al-Adsani c. Regno Unito*, GC, 35763/97, 21 novembre 2001, opinione dissenziente del giudice Ferrari Bravo.

rente, ritenendo che neanche in caso di tortura si potesse fare eccezione alla regola dell'immunità degli Stati stranieri dalla giurisdizione civile in relazione ad atti posti in essere *jure imperii*. La Camera dei Lord aveva poi rifiutato di esaminare il caso in ultima istanza.

Con una maggioranza di nove giudici ad otto, la Grande Camera della Corte di Strasburgo giunge alla conclusione che l'articolo 6 della Convenzione, che tutela il diritto di accesso alla giustizia, non era stato violato. Pur notando che l'importanza primordiale della proibizione della tortura è sempre più riconosciuta, la Corte non ritiene che sia già ammesso in diritto internazionale che gli Stati non possano pretendere l'immunità dalla giurisdizione civile per atti di tortura che siano stati perpetrati al di fuori dello Stato del foro.

Questa giurisprudenza della Corte, riproposta dalla sentenza *Jones ed altri c. Regno Unito*¹⁵, è oggi criticata da taluni come inutilmente conservatrice, specie alla luce della sentenza della nostra Corte costituzionale n. 238 del 22 ottobre 2014, anche se va detto che quest'ultima, a differenza dei casi *Al-Adsani* e *Jones*, si riferisce ad avvenimenti verificatisi nello Stato del foro.

In *Al-Adsani* il Professor Ferrari Bravo vota con la minoranza e annette alla sentenza un'opinione dissenziente che, proprio nel quadro del dibattito istigato dalla sentenza 238, un dibattito che indubbiamente crea un'aspettativa di possibili ripensamenti della giurisprudenza anche di Strasburgo, è di straordinaria attualità. Come reagisce il Professor Ferrari Bravo alla posizione della maggioranza? Con parole molto forti. La sua opinione si apre con le parole "Che peccato!" (*Dommage!* nel testo francese e *What a pity!* in quello inglese) e continua osservando che la Corte di Strasburgo, il cui compito in questo caso era quello di pronunciarsi su di una violazione dell'articolo 6 della Convenzione, aveva un'occasione d'oro per emettere una condanna netta e forte di ogni atto di tortura. Per farlo, dice Ferrari Bravo, sarebbe stato sufficiente confermare il senso profondo della giurisprudenza della Camera dei Lord nel caso *Pinochet*¹⁶, giurisprudenza secondo la quale il divieto della tortura ha oggi carattere di *jus cogens* e, di conseguenza, la tortura

¹⁵ *Jones ed altri c. Regno Unito*, 34356/06 e 40528/06, 14 gennaio 2014.

¹⁶ House of Lords, *Regina v. Bow Street Metropolitan Stipendiary and Others*, ex parte Pinochet Ugarte (No. 3), judgment of 24 March 1999 [2000] Appeal Cases 147.

è un crimine di diritto internazionale, per cui tutti gli Stati devono contribuire alla punizione della tortura e non possono rifugiarsi dietro argomenti formalistici per evitare di pronunciarsi. Egli precisa che “contribuire alla punizione” non vuol dire “punire”, perché gli atti di tortura non si erano verificati nel Regno Unito, ma altrove, in uno Stato non compreso nella giurisdizione della Corte. Il passaggio della sentenza della Corte che ho già ricordato, secondo il quale sebbene l’importanza primordiale della proibizione della tortura sia sempre più riconosciuta, la Corte non ritiene che sia già ammesso in diritto internazionale che gli Stati non possano pretendere l’immunità dalla giurisdizione civile per atti di tortura che siano stati perpetrati al di fuori dello Stato del foro viene indicato come “un vecchio formalismo” fatto proprio dalla Corte. Il Professor Ferrari Bravo conclude con una nota di ottimismo, evocando un prossimo caso che dia alla Corte la possibilità di cambiare giurisprudenza, ma non teme di sottolineare che la stessa Corte, purtroppo, ha mancato una buona occasione per forgiare una giurisprudenza coraggiosa¹⁷.

Dicevo della straordinaria attualità di questa presa di posizione, tra l’altro citata con molta enfasi nell’opinione dissenziente della giudice Kalaydjeva annessa alla sentenza *Jones*¹⁸, una presa di posizione che ci fornisce una nuova prova dell’originalità del contributo dato alla Corte europea dei diritti dell’uomo dal Professor Ferrari Bravo, della sua indipendenza e del suo orgoglioso rifiuto di ogni conformismo.

¹⁷ *Al-Adsani c. Regno Unito*, [GC], cit., opinione dissenziente del giudice Ferrari Bravo.

¹⁸ *Jones ed altri c. Regno Unito*, cit., opinione dissenziente della giudice Kalaydjeva.

LUIGI FERRARI BRAVO: IL DIRITTO INTERNAZIONALE COME PROFESSIONE

Tullio Treves

1. La carriera di Luigi Ferrari Bravo dimostra che il diritto internazionale può essere una professione. Ciò non è qualcosa di scontato. Ancora non molti anni fa, quando chi scrive, e molti amici e estimatori di Luigi Ferrari Bravo, studiavamo giurisprudenza nelle Università italiane, la consueta reazione dei più anziani alla notizia che intendevamo dedicarci al diritto internazionale era che si trattava di materia molto bella e appassionante... ma che non aveva uno sbocco professionale se non nella difficile carriera universitaria. Oggi non è certamente più così, anche se, in Italia e nella maggioranza dei paesi, è ancora vero che l'accesso alle tradizionali carriere giuridiche richiede solo marginalmente la conoscenza del diritto internazionale. Oggi sono numerosi – relativamente numerosi – i giovani che escono dalle nostre Università e trovano, per lo più fuori dai confini dell'Italia, lavoro non solo in Università ma anche in enti e istituzioni internazionali, nonché in studi professionali ove il diritto internazionale è materia di quotidiana applicazione.

Ciò che è straordinario nella carriera di Luigi Ferrari Bravo è che egli ha esercitato la professione di internazionalista in tutte o quasi le sue forme e possibilità. In questo c'è forse un ritorno all'antico. I padri fondatori del diritto internazionale erano professionisti che agivano in varie forme: Grozio, avvocato, studioso, consigliere; Mancini, studioso, politico, avvocato.

2. Luigi Ferrari Bravo è innanzitutto uno *studioso*, fedele alla tradizione italiana di una concezione ampia del diritto internazionale. Egli si è infatti cimentato, negli scritti e nell'insegnamento, nelle due tradizionali branche coltivate dagli internazionalisti italiani, il diritto internazionale pubblico e il diritto internazionale privato. Fin dagli esordi della sua carriera accademica egli ha prodotto scritti importanti in entrambe affrontando, con originalità e profondità, temi difficili come il rapporto

tra diritto internazionale e il diritto interno, la prova nel processo internazionale, il regime internazionalprivatistico dell'illecito civile. Ben presto la sua curiosità scientifica lo portò ad affrontare anche i temi nuovi del diritto della Comunità Europea. Basti ricordare lo studio fondamentale sulle questioni pregiudiziali.

3. Per Luigi Ferrari Bravo il ruolo dello studioso non si svolge solo nella ricerca individuale nella quiete delle biblioteche e nella produzione di articoli e monografie. Nella sua visione, gli studiosi devono anche, attraverso ricerche collettive, scoprire e rendere disponibili i materiali necessari al progresso della scienza internazionalistica. In questa prospettiva, fondamentale è stato il suo contributo alla *Prassi Italiana di Diritto Internazionale*, voluta e diretta da Roberto Ago, ma di cui Luigi fu l'animatore alla guida un gruppo di giovanissimi ricercatori.

4. Egli è anche un grande *organizzatore di ricerca* mirando a valorizzare la dottrina italiana e facilitare gli scambi e le fruttifere relazioni tra gli studiosi. In questa prospettiva non va dimenticato il ruolo fondamentale di Luigi nella fondazione e poi nella direzione dell'*Italian Yearbook of International Law*, che, con Francesco Capotorti e Benedetto Conforti, e con altri più giovani, scelti senza discriminazione di scuole e provenienze, egli vedeva come un necessario strumento per rendere nota la dottrina e la prassi italiane superando la barriera linguistica che indubbiamente nuoce alla sua conoscenza e diffusione. Sempre in questa prospettiva va ricordato il suo contributo decisivo alla creazione, e per vari anni alla quotidiana gestione, della Società Italiana di Diritto Internazionale. In quest'impresa egli fu fortemente appoggiato da numerosi colleghi di varie generazioni. Ma dovette anche superare molte ostilità e gelosie. Il successo della SIDI ha dato ragione a Luigi. Oggi la SIDI è veramente la società degli internazionalisti italiani e soprattutto dei giovani internazionalisti italiani.

5. Ma il contributo di Luigi Ferrari Bravo non è limitato all'insegnamento e alla ricerca. Luigi è stato anche un grande *facitore di politica giuridica internazionale* per il nostro paese. Basti ricordare la sua partecipazione a innumerevoli Assemblee Generali delle Nazioni Unite,

in particolare nell'ambito della Sesta Commissione di cui fu anche presidente, e a vari comitati della stessa commissione. Tale esperienza culminò in un'attività a pieno tempo in qualità di consigliere giuridico presso la Rappresentanza Permanente d'Italia alle Nazioni Unite, prima a New York e poi a Ginevra. Luigi ebbe il merito di persuadere le autorità italiane a istituire tale funzione e, inaugurandola, a darle il taglio a cui tutti coloro che si sono succeduti nello svolgerla, e chi scrive è orgoglioso di essere stato il primo, sono rimasti fedeli. La coniugazione dell'obiettività e dell'indipendenza di pensiero dello studioso, con la percezione delle esigenze politiche e la capacità di tessere relazioni con gli altri giuristi che ruotano intorno alle Nazioni Unite, sono le caratteristiche principali del ruolo del Consigliere Giuridico delle Missioni Italiane presso le Nazioni Unite nella impostazione data da Luigi Ferrari Bravo. Una raffinata serie di riflessioni frutto di queste esperienze è lo splendido corso tenuto all'Accademia dell'Aja nel 1985 sui metodi di ricerca della consuetudine nella pratica degli Stati.

6. Sbocco naturale della attività svolta a New York e a Ginevra fu l'assunzione della funzione di capo del Servizio del contenzioso diplomatico del Ministero degli affari esteri che Luigi svolse per circa un decennio con autorevolezza e prestigio. In tale carica Luigi prese importanti iniziative giuridiche. Limitandomi a quelle in cui ebbi l'onore di essere coinvolto ne ricorderò due. La prima è quella in materia di ambiente in seno all'allora G-8 e che vide riuniti nella idilliaca cornice dell'Abbazia di Pontignano nella campagna senese esperti di varie provenienze che produssero un documento che ebbe un peso nella preparazione della Conferenza di Rio del 1992. La seconda fu quella assunta a seguito della presa in ostaggio della nave *Achille Lauro* e che portò alla conclusione – nell'ambito dell'Organizzazione marittima internazionale, attraverso una Conferenza diplomatica tenuta a Roma e di una sapiente preparazione – della convenzione detta SUA, che ha ottenuto un lusinghiero successo in termini di ratifiche ed adesioni.

7. Luigi Ferrari Bravo ha anche difeso il nostro paese in importanti controversie internazionali. Ricordo in particolare il caso *ELSI*, che vide l'Italia contrapposta agli Stati Uniti davanti a una Camera della Cor-

te internazionale di giustizia. In questo caso rifulsero le doti di Luigi come agente del Governo italiano sia nella preparazione della causa attraverso un abile sfruttamento della delicata posizione all'epoca degli Stati Uniti nei riguardi della Corte, sia nella formazione della Camera, sia nella conduzione di una prestigiosa équipe di avvocati alla vittoriosa conclusione della controversia.

8. A coronamento del suo impegno per l'Italia nei vari ricordati fori internazionali, Luigi Ferrari Bravo ha assunto anche rilevanti cariche giuridiche internazionali. Il suo percorso inizia con l'elezione alla carica più alta e prestigiosa, quella di giudice della Corte internazionale di giustizia in successione a Roberto Ago. Nel breve periodo in cui esercitò tale funzione (1995-1997) Luigi si cimentò con casi di particolare delicatezza anche politica, in particolare il parere consultivo sull'uso o la minaccia di uso delle armi nucleari. Successivamente – di nuovo per un breve periodo (1997-1998) – tornò sulle rive del Lago Lemano come membro della Commissione del diritto internazionale delle Nazioni Unite in cui poté mettere a frutto l'esperienza accumulata alle Nazioni Unite, al Servizio del contenzioso diplomatico e alla Corte dell'Aja. Il suo prestigioso, eccezionale e singolare *cursus honorum* continua con l'elezione alla Corte europea dei diritti dell'uomo, alle cui attività contribuì con passione, saggezza e sagacia giuridica.

9. Luigi Ferrari Bravo è stato quindi studioso di rara raffinatezza ed ampiezza d'interessi, maestro di una schiera di validi allievi, consigliere giuridico dell'Italia apprezzato sia dai politici che dai colleghi italiani e dai suoi pari stranieri, avvocato e giudice internazionale. Ci si può chiedere quale aspetto della professione di internazionalista egli non abbia praticato. È difficile dirlo perché la sua esperienza dei più diversi aspetti della professione di internazionalista è del tutto eccezionale. Forse (ma potrei sbagliarmi, visto il riserbo che è di rigore in queste materie) una funzione che Luigi non ha esercitato è quella di consigliere o avvocato di Stati stranieri. Ma questa è la naturale contropartita della sua fedeltà all'Italia e della fedeltà dell'Italia nei suoi confronti.

LUIGI FERRARI BRAVO ALLE NAZIONI UNITE

Mauro Politi

1. Parlare dell'esperienza di Luigi Ferrari Bravo alle Nazioni Unite è compito abbastanza complesso, visti i molteplici aspetti di tipo accademico e diplomatico che hanno legato l'attività di Luigi al mondo e alla vita dell'ONU. Si tratta di un compito peraltro a me particolarmente gradito e che ho accettato con vero piacere quando mi è stato proposto. Tutti sanno che il legame di amicizia e di reciproca stima che da tempo si era instaurato tra me e Luigi venne a consolidarsi quando nel 1992 fui designato dal Ministero degli esteri a succedere a lui stesso e a Tullio Treves quale consigliere giuridico della Rappresentanza italiana all'ONU.

Tornerò fra poco su quegli anni, in cui mi resi conto ben presto del patrimonio di autorità nel campo del diritto internazionale e di credibilità che aveva lasciato Luigi al Palazzo di Vetro. Ciò grazie all'azione svolta nell'ambito dei vari organismi onusiani in cui era stato impegnato a dare il contributo di una sapienza giuridica da tutti apprezzata e riconosciuta. Fra tali organismi ricordo, solo a titolo di esempio, il Comitato Speciale ONU per la definizione dell'aggressione (risoluzione dell'Assemblea generale 3314 del 1974), i Comitati per la redazione delle Convenzioni sulla presa degli ostaggi ed il reclutamento e l'uso dei mercenari, la Presidenza della VI Commissione dell'Assemblea generale nel 1978, la Conferenza di codificazione sui trattati fra Stati ed organizzazioni internazionali (come Capo delegazione), la Commissione ONU sulle società multinazionali. Una carriera culminata poi con l'elezione alla Corte internazionale di giustizia ed alla Commissione del diritto internazionale. In definitiva, non esiterei a dire che quella di Luigi Ferrari Bravo all'ONU e negli organismi dell'ONU è stata a tutt'oggi la presenza italiana più significativa ed importante tra gli studiosi del diritto internazionale.

2. Altri colleghi hanno già tracciato un profilo scientifico ampio che tiene conto delle opere di Luigi Ferrari Bravo nei vari campi della disciplina internazionalistica. Sono stati così ricordati anche i lavori più o meno direttamente connessi allo studio del sistema delle Nazioni Unite. Mi preme soprattutto qui ricordare, accanto alle pregevoli *Lezioni di diritto internazionale* del 1974, la voce *Organizzazioni internazionali* nella Enciclopedia Feltrinelli-Fisher del 1973, il Corso del 1985 all'Accademia dell'Aja sulla ricerca della consuetudine internazionale, l'articolo sulle *Prospettive del diritto internazionale alla fine del secolo XX*, apparso sulla Rivista di diritto internazionale del 1991.

Vorrei poi soffermarmi brevemente su alcune riflessioni ed intuizioni di Luigi Ferrari Bravo che si trovano appunto nelle sue *Lezioni di diritto internazionale*. Mi sono andato a rileggere alcuni giorni fa la parte dedicata alle organizzazioni internazionali, in specie alle organizzazioni politiche istituzionalizzate aventi come scopo principale quello della salvaguardia della pace e della sicurezza internazionale. E quindi Società delle Nazioni e Nazioni Unite.

Nelle pagine delle *Lezioni* vi sono due tipi di idee che risultano molto attuali con riguardo all'ONU. La prima è quella per cui il mantenimento della pace e della sicurezza internazionale passa anche attraverso il coordinamento di funzioni di tipo "tecnico" (nei più diversi settori, economico, commerciale, sociale); il che ha dato luogo, come sappiamo, al proliferare di organismi e istituti specializzati dell'ONU che concorrono a rendere ancora più significativa questa funzione di coordinamento. Oggi credo si possa dire che assistiamo ad un'ulteriore fase di sviluppo di tale fenomeno che passa attraverso una particolare enfasi data alle tematiche dei diritti umani e del rispetto del diritto umanitario. Il rilievo assunto dall'Alto Commissariato per i diritti umani, il ruolo del Consiglio diritti umani con le sue revisioni periodiche universali e dei c.d. "treaty-bodies", la creazione nell'ultimo ventennio dei Tribunali *ad hoc* per i crimini in Jugoslavia e Ruanda, la stessa istituzione della Corte penale internazionale, sia pure non formalmente organo dell'ONU ma sostanzialmente legata per vari aspetti all'opera delle Nazioni Unite, ne sono la testimonianza più viva.

Un altro punto sottolineato da Luigi è quello della rilevanza attribuita dalla Carta dell'ONU al principio di maggioranza ed al collegamento

che deve porsi (e che anzi si impone) tra detto principio ed efficacia vincolante degli atti dell'organo chiamato di volta in volta a decidere. Più ci si basa sull'uguaglianza del valore dei voti di Stati che hanno diversa forza politica ed economica, più si accentua il valore non vincolante degli atti (vedi le risoluzioni dell'Assemblea generale dell'ONU). Tanto è vero che laddove viceversa occorre stabilire la regola della obbligatorietà degli atti dell'organo deputato a far rispettare la pace e la sicurezza internazionale (vale a dire il Consiglio di sicurezza) il principio di maggioranza venne ad essere superato attraverso l'attribuzione del potere di veto ai cinque membri permanenti; potere che aveva lo scopo di impedire lo schiacciamento delle minoranze politiche che restano dotate della leadership mondiale da parte della maggioranza degli Stati, per parte sua poco rappresentativa degli equilibri politico-economici mondiali.

A distanza di più di venti anni queste osservazioni restano tuttora valide nel loro realismo (qualcuno direbbe cinismo, Ferrari Bravo parla di mitologia della maggioranza da sfatare). Ironia della sorte, proprio agli inizi degli anni novanta si iniziò il processo di riforma del Consiglio di sicurezza, che è tuttora in corso e che peraltro non ha ancora portato a risultati concreti né sul piano della composizione del Consiglio né su quello della regolamentazione del diritto di veto (ricordo, al riguardo, una recente proposta franco-messicana di un codice di condotta per l'auto-regolamentazione del veto nel caso di atrocità di massa). In altri termini, rientra nella aspirazione di molti trovare nuovi equilibri tra rispetto della uguaglianza sovrana degli Stati, democratizzazione della rappresentanza nel Consiglio, e ruolo delle grandi potenze (ma quali sono grandi potenze oggi?). Tuttavia, e al di là delle dichiarazioni di principio ispirate ad "apertura" verso il nuovo che da anni sono ripetute all'ONU anche dai Paesi membri permanenti, la tendenza alla conservazione dell'assetto esistente resta preminente e lascia poco sperare (o ben sperare, secondo i punti di vista) nella sostanziale conservazione di quello attuale.

3. Ferrari Bravo è stato, occorre pure ricordare, agente del Governo italiano non solo davanti alle Corti europee (Corte di giustizia del Lussemburgo e Corte dei diritti umani di Strasburgo), ma anche davanti al-

la Corte internazionale di giustizia nella causa *Elsi Elettronica Sicula* che vedeva l'Italia convenuta ad opera degli Stati Uniti. In tale veste egli ebbe a guidare mirabilmente il *team* difensivo italiano, a sua volta composto da illustri internazionalisti. Qui debbo sottolineare, accanto a quelle scientifiche e di abilissimo negoziatore, le qualità organizzative di Luigi, pienamente dimostrate in un contesto molto difficile ed in cui la vittoria italiana nella controversia promossa dagli americani non era affatto scontata. Seguii la controversia dall'esterno, ma ho un ricordo vivo di alcune discussioni tra i componenti del *team* guidato da Ferrari Bravo, e delle disposizioni puntuali date da Luigi in tema di strategia e divisione del lavoro tra i vari componenti della squadra. Ricordo anche la telefonata con cui volle farmi sapere personalmente del successo italiano e della soddisfazione che ovviamente accompagnava la notizia appena ricevuta.

4. Come ho detto, il legame con Luigi si è consolidato proprio con riguardo alla diplomazia onusiana ed al ruolo dell'Italia all'ONU. Come non ricordare l'attività di feconda collaborazione nei primi anni della mia presenza alla Rappresentanza italiana alle Nazioni Unite, la sensazione di avere alle spalle una solida autorità nel campo del diritto internazionale, rispettata da tutti ed alla quale far riferimento come fonte non solo di istruzioni, ma soprattutto di sapienza giuridica e di equilibrio nel legare le esigenze della politica al rispetto della "rule of law".

I momenti più importanti di tale collaborazione sono stati numerosi, e si legano alla presenza italiana alle Nazioni Unite quando la Rappresentanza all'ONU era da poco guidata dall'Ambasciatore Fulci, una guida vigorosa e illuminata da tutti ricordata come esemplare. Mi basti richiamare la fase della elaborazione, cui Luigi contribuì in misura significativa, e della presentazione della prima proposta italiana di riforma del Consiglio di sicurezza; la sessione del 1992 dell'Assemblea generale, in cui a livello di coordinamento comunitario si dovettero prendere decisioni importanti relative al passaggio dalla Comunità alla Unione europea a seguito di Maastricht; la grave crisi somala del 1993; la vicenda dell'iniziativa italiana volta ad ottenere il riconoscimento all'Ordine di Malta dello *status* di osservatore permanente all'ONU.

5. Vale anche la pena di citare un altro momento di vicinanza e collaborazione con Luigi: quello della sua elezione a giudice della Corte internazionale di giustizia nel 1995. Era da poco deceduto Roberto Ago e la regola non scritta voleva che per il “remainder” del termine del posto così resosi vacante fosse eletto un giudice della stessa nazionalità dello scomparso. Nonostante ciò, i Paesi Bassi decisero di presentare una candidatura forte e direttamente sostenuta dai reali olandesi: quella dell'ex Ministro degli esteri Kooijmans. Il che dette luogo ad un durissimo testa a testa con il nostro candidato, Luigi appunto, che si protrasse dalla lunga campagna elettorale alle votazioni in Consiglio di sicurezza e in Assemblea generale. Nel giorno decisivo, ricordo che il succedersi delle votazioni in Consiglio fu addirittura drammatico, con i voti per Kooijmans che salirono fino a sette (la maggioranza in questo caso è di otto voti), per poi tornare a scendere fino al sorpasso italiano (la maggioranza in Assemblea era solidamente a nostro favore). Il momento della proclamazione di Luigi da parte del Presidente dell'Assemblea generale fu davvero emozionante anche per me, che avevo contribuito in piccola parte a far sì che il successore di Roberto Ago alla Corte fosse ancora un giurista italiano. Inutile dire poi che Ferrari Bravo dimostrò, da giudice, tutto il suo valore di grande internazionalista. In particolare, il parere consultivo della CIG del 1996 sulla legittimità dell'uso delle armi nucleari presenta, in molti suoi aspetti, l'impronta delle idee e del contributo di Luigi.

6. Luigi Ferrari Bravo ebbe a svolgere poi un ruolo importante nella vicenda della Conferenza di Roma del 1998 sulla istituzione della Corte penale internazionale e sul successo di un negoziato come tutti sanno difficile ed in bilico fino all'ultimo momento. In quella occasione, Luigi svolse infatti mirabilmente una funzione di facilitatore e mediatore per così dire “dietro le quinte” allo scopo di smussare i contrasti ed aprire la via al compromesso finale. Posso ricordare al riguardo due fatti, uno relativo all'avvio della Conferenza e l'altro ai giorni immediatamente precedenti la sua conclusione. Luigi era all'epoca Presidente dell'Unidroit e mise a disposizione la sede dell'Organizzazione in via Panisperna per la prima riunione del gruppo dei c.d. “like-minded” (i Paesi più favorevoli alla creazione della Corte), che si tenne la domeni-

ca prima dell'inizio della Conferenza. Quella risultò una riunione fondamentale, in cui si stabilirono le linee portanti della strategia di un gruppo che fu poi decisivo per il successo della Conferenza. Quanto poi all'immediata vigilia del giorno finale della stessa, ricordo che Luigi organizzò un ricevimento per un gruppo ristretto nella sua casa sulla via Cassia, ed in cui, grazie alla sua personale opera di "moral suasion" svolta nei confronti dei protagonisti più riluttanti del negoziato, si cominciò per così dire a vedere una possibile luce in fondo al tunnel di una trattativa fino ad allora per molti versi bloccata.

7. Per concludere queste brevi note, vorrei dire che Luigi Ferrari Bravo ha quindi rappresentato l'Italia all'ONU e nei suoi diversi organismi nel modo migliore e più efficace, realizzando una sintesi perfetta tra doti di grande studioso del diritto e di abile diplomatico, in grado di far valere le ragioni delle norme al fine di portare avanti gli interessi dell'Italia. Ciò senza mai peraltro abdicare ai principi, al senso vero e profondo del diritto internazionale.

LUIGI FERRARI BRAVO,
PROMOTORE INSTANCABILE IN ITALIA
E ALL'ESTERO DEL CONTRIBUTO ITALIANO
AL DIRITTO INTERNAZIONALE: LA PRASSI ITALIANA
DI DIRITTO INTERNAZIONALE (1970-1980),
L'ITALIAN YEARBOOK OF INTERNATIONAL LAW (1975,
1999) E LA SOCIETÀ ITALIANA
DI DIRITTO INTERNAZIONALE (1995)

Giorgio Sacerdoti

1. Luigi Ferrari Bravo si distingue nel panorama degli internazionalisti italiani per il suo impegno costante a promuovere il ruolo del diritto internazionale e degli internazionalisti italiani nel nostro paese e, nello stesso tempo, a promuovere la conoscenza della scuola italiana di diritto internazionale a livello internazionale. A questo suo duplice impegno voglio dedicare queste pagine perché si tratta di un'opera non comune, molto importante e che continua a lasciare il segno. Questo tipo di attività tende inoltre ad essere trascurata con il passare degli anni e il venire meno dei ricordi di colleghi e allievi, diversamente dall'opera che si concreta in pubblicazioni tangibili e durature (che pure Ferrari Bravo ci ha dato).

Personalmente ritengo invece che l'impegno che porta alla costituzione di associazioni, strutture, movimenti che continuano nel tempo possa essere addirittura più importante del frutto statico di una produzione scientifica, la quale, anche se di qualità, inevitabilmente è destinata ad essere superata col tempo. Tanto più voglio dare testimonianza dell'impegno di Ferrari Bravo in questa direzione, essendo io stato coinvolto sin da giovane dal suo dinamismo contagioso ed avendone condiviso numerose iniziative alle quali egli ha voluto associarmi¹.

¹ Conobbi casualmente Ferrari Bravo ad un convegno di altissimo livello su *Droit communautaire et droit national* che si tenne al Collège de l'Europe a Bruges nel giugno 1965 poco dopo le sentenze divergenti della Corte di giustizia e della nostra Corte

Si tratta di un impegno non comune tra i docenti della nostra materia, il cui centro d'attività è prevalentemente quello accademico, pubblicazioni e insegnamento, cui si accompagna in alcuni un'attività, per lo più episodica o temporanea, di consulenza a livello internazionale. L'impegno in organismi associativi nazionali è inoltre per lo più limitato ai tradizionali consessi scientifici e associazioni professionali, ed è questo di solito il caso per gli accademici italiani.

Ferrari Bravo si distingue da questo modello prevalente per la sua attività costante e peculiare in entrambi gli ambiti che ho ricordato: attività a livello internazionale e impegno nell'ambito nazionale. Quello che intendo sottolineare nelle righe che seguono è soprattutto l'unitarietà dell'impostazione che ne ha animato la sua attività nei due campi. Da un lato, in sede internazionale, l'intento di valorizzare l'apporto della dottrina e della prassi italiana nelle relazioni giuridiche internazionali e la nostra presenza negli organismi competenti al riguardo. Dall'altro in sede interna, quello di rafforzare, a livello associativo e tramite pubblicazioni collettive, la coesione e il rilievo della nostra tradizione e delle nostre competenze.

Per lui l'attività nel mondo delle relazioni giuridiche internazionali, in particolare in organizzazioni intergovernative e negli organi giurisdizionali, è stata una costante, sia come consulente e in rappresentanza del Ministero degli esteri in numerose posizioni delicate e di responsabilità, che nei tribunali internazionali. È notevole anche che il suo crescente impegno in queste sedi nel corso degli anni non ha fatto venire meno la sua attività accademica e il flusso delle sue pubblicazioni scientifiche. È questa sua duplice veste di studioso e di operatore (non direi "di pratico") che gli ha dato modo di sviluppare il suo impegno e la sua influenza nelle due dimensioni, quella internazionale e quella interna, che ho ricordato.

costituzionale nel caso *Costa-ENEL* (atti pubblicati con lo stesso titolo, De Tempel, Bruges 1965). Ero laureando all'Università degli Studi di Milano e vi partecipai trovandomi per uno stage al Servizio giuridico della Commissione a Bruxelles per approfondire la questione, oggetto della mia tesi di laurea. Passato qualche anno, appena dopo che io avevo conseguito la libera docenza nel 1971, Ferrari Bravo mi propose l'incarico di diritto del commercio internazionale, una novità per l'Italia, all'Università di Bari, dove egli insegnava.

Il mio contributo in questa sede vuole ricordare le sue attività internazionali per poi concentrarsi sulle attività di Ferrari Bravo a livello nazionale: dalla pubblicazione delle serie della Prassi italiana di diritto internazionale, a partire dal 1970, al lancio dell'*Italian Yearbook of International Law* (nel 1975), alla creazione della SIDI, la Società italiana di diritto internazionale, nel 1995.

2. Prima di approfondire queste iniziative di Ferrari Bravo in sede nazionale voglio però tratteggiare il quadro delle sue attività a livello internazionale, senza peraltro alcuna pretesa di completezza, per mettere in luce soprattutto il suo sforzo di valorizzare le competenze, gli apporti e le tradizioni italiane. In proposito è o dovrebbe essere noto che l'Italia ha mantenuto nel corso dei decenni passati una notevole presenza nella vita giuridica internazionale² cioè negli organismi internazionali dove il diritto internazionale viene elaborato, in organizzazioni e tribunali. Ciò in misura maggiore di quanto il rango dell'Italia, come media potenza non membro permanente del Consiglio di sicurezza, giustificerebbe, e in buona parte grazie alla qualità riconosciuta ai suoi internazionalisti. Una presenza che risale ai tempi della Società delle Nazioni, di cui l'Italia era stata uno dei Paesi fondatori, in conseguenza della vittoria nella prima guerra mondiale, e che è testimoniato tra altri dal ruolo di Dionisio Anzilotti quale giudice influente nella Corte permanente di giustizia internazionale.

Nel dopoguerra, superate le conseguenze della sconfitta e della tardiva nostra ammissione all'ONU, vanno ricordate le presenze italiane nella Commissione di diritto internazionale, soprattutto il ruolo cruciale di Roberto Ago come infaticabile *rapporteur* sulla responsabilità degli Stati. A seguire, lo stesso Ferrari Bravo, Gaetano Arangio Ruiz e Giorgio Gaja. A livello giudiziario, Gaetano Morelli alla Corte internazionale di giustizia e successivamente Ago, Ferrari Bravo e oggi Gaja. Per non parlare delle autorevoli presenze italiane in altri tribunali o organismi assimilabili, Giuseppe Sperduti e Benedetto Conforti alla Commis-

² Mi riferisco al concetto così come formulato da Piero Ziccardi, soprattutto in *Diritto internazionale odierno*, Milano, 1964, p. 67 ss. (già voce *Diritto internazionale in generale*, in *Enc. Dir.*, vol XII). Cfr. l'ampio ricordo fattone da Riccardo Luzzatto in occasione della sua scomparsa, in *RDI*, 2015, p. 546 ss.

sione europea dei diritti dell'uomo (quando a questa si rivolgeva la gran parte dei ricorsi prima che si affermasse la competenza della Corte), Fausto Pocar al Tribunale penale per la ex-Iugoslavia, Tullio Treves a quello del diritto del mare, Mauro Politi alla Corte penale internazionale e lo stesso Ferrari Bravo alla Corte europea dei diritti dell'uomo, per ricordarne i principali. Giudici italiani che provengono tutti dall'accademia – il che non è affatto la regola per le nomine di altri Paesi – e che si erano fatti conoscere in precedenza per il loro ruolo attivo in comitati, commissioni e conferenze internazionali, grazie al loro apporto qualificato in tali sedi come esperti nel lavoro di elaborazione e codificazione del diritto internazionale.

Le nomine di nostri giuristi in questi organismi presuppongono un impegno ufficiale da parte del nostro Ministero degli esteri, che consideri la presenza italiana in quelle sedi come un obiettivo importante, meritevole quindi di un appropriato lavoro diplomatico. A questo fine la presenza di un internazionalista competente e impegnato in tal senso e di notorietà nell'ambiente, come è il caso di Ferrari Bravo, è stato sicuramente importante e spesso decisivo. Dopo essersi fatto un nome nei vari organismi dell'ONU dove i profili giuridici sono centrali o comunque importanti³, è stata la presenza di Ferrari Bravo al Ministero degli esteri, dopo essere stato consigliere giuridico alle nostre Missioni a New York (1981-84) e a Ginevra (1984-85), come capo del Servizio del contenzioso diplomatico, dal 1985 alla sua nomina alla CIG nel 1995, che ha consentito all'Italia di avere un autorevole, discreto ma sempre efficace regista per promuovere la nomina dei nostri internazionalisti in quei prestigiosi e influenti organismi.

³ Ferrari Bravo è stato alle Nazioni Unite rappresentante italiano nel Comitato per la definizione dell'aggressione (1973-74); nel Comitato per la revisione della Carta dell'ONU (1975-83); nel Comitato sul non ricorso all'uso della forza (1978-83); nel Comitato speciale per la elaborazione di una convenzione contro la presa d'ostaggi (1978-79) e di quella sui mercenari (1981-83); nella Commissione sulle imprese multinazionali (1980-83); nella Sesta Commissione – quella degli affari legali – dell'Assemblea generale dal 1976 al 1983, che ha presieduto nel 1978. Da ricordare anche il suo ruolo nella elaborazione della Convenzione contro il terrorismo rivolto alla navigazione marittima, a seguito del dirottamento della Achille Lauro nel 1985, adottata a Roma nel 1988.

Come responsabile dell'attività giuridica internazionale del Ministero, Ferrari Bravo ha sempre curato anche la presenza di nostri giovani internazionalisti, senza distinzione di scuole, in commissioni e comitati, ogni qualvolta ciò era possibile e giustificato, così consentendo a nuove leve di "farsi le ossa" nei consessi internazionali. Un'esperienza preziosa sia per dare concretezza al lavoro accademico, che per formare nuovi quadri da cui i nostri ministeri possano attingere per le future necessità. Questa utile tradizione è messa purtroppo in forse negli ultimi anni dalle ristrettezze di bilancio e da una minore attenzione ai profili giuridici e al ruolo dell'Italia nel settore. È quello che emerge dal nuovo corso ministeriale che non attinge più a competenze giuridiche esterne per ricoprire la posizione di capo del contenzioso.

3. Il collegamento tra l'impegno di Ferrari Bravo come esponente della nostra cultura giuridica e rappresentante dell'Italia in organismi internazionali e la sua attività di promozione dell'attività associativa dei nostri internazionalisti sta nelle sue iniziative perché l'apporto dell'Italia e dei suoi giuristi a livello internazionale fossero meglio conosciuti. Sotto questo "cappello" raggrupparei le sue due principali iniziative editoriali rivolte in questa direzione: la Raccolta della prassi italiana di diritto internazionale dall'Unità d'Italia al 1929, accompagnata da quella parallela di raccolta sistematica della giurisprudenza per lo stesso periodo, e il lancio e la ripresa successiva della pubblicazione dell'IYIL.

Entrambe sono state iniziative collettive di ampio respiro, la cui responsabilità è stata da Ferrari Bravo condivisa con altri illustri colleghi, ma che senza i suoi sforzi non sarebbero decollati, e che hanno coinvolto numerosi più giovani internazionalisti nella loro realizzazione. Entrambe sono state animate dalla preoccupazione che l'Italia fosse alla pari delle altre principali nazioni che possono definirsi attori dello sviluppo del diritto internazionale, sia per l'apporto alla prassi quale fonte del diritto internazionale vivente (prassi diplomatica e giurisprudenza applicativa del diritto internazionale da parte dei giudici interni), che per la conoscenza di questi apporti nell'ambito internazionale. A tal fine la prassi va raccolta dagli archivi diplomatici e la giurisprudenza in-

terna relativa a casi internazionali va opportunamente selezionata perché entrambe possano essere pubblicate e essere resi così accessibili.

Pure la dottrina italiana, anche al di là di quella «degli autori più altamente qualificati delle varie nazioni» che sono fonte sussidiaria per la determinazione del diritto internazionale ex art. 38.1, lettera d) dello Statuto della CIG, deve essere portata a conoscenza del pubblico internazionale specializzato per potere avere la rilevanza che la sua qualità merita. Di qui l'essenzialità di un veicolo in lingua inglese quale lo *Yearbook*, considerato che l'italiano non è una lingua internazionale e che la voglia e la capacità degli operatori giuridici nel mondo globale di indagare fonti non in inglese è scarsissima. È vero che oggi (diversamente che venti o trenta anni fa) anche giovani studiosi italiani della materia pubblicano direttamente in inglese su "riviste internazionali" edite all'estero, così come le maggiori case editrici del settore accettano volentieri opere in inglese di autori di diversa madrelingua. Ciò non fa venir meno l'utilità di disporre di un veicolo "italiano" dove si possa presentare al pubblico internazionale gli sviluppi e i contributi della nostra dottrina, ma anche della nostra giurisprudenza e della nostra prassi, in modo sistematico e organico.

4. La raccolta de *La prassi italiana di diritto internazionale* dal 1861 in avanti è stata un'opera veramente gigantesca, che ha coinvolto un folto gruppo di giuristi, storici e diplomatici per un quarto di secolo. Essa richiese un'attività complessa di ricerche accurate negli archivi diplomatici e altri, e poi di spoglio, selezione, sistematizzazione e presentazione. Essa fu patrocinata dalla SIOI e fu sostenuta dal contributo del CNR. Ricordo che la prima serie di due volumi, che copre gli anni dal 1861 al 1887 (incluso quindi il delicato e affascinante periodo della formazione e del riconoscimento a livello internazionale del neonato Regno d'Italia, con tutte le questioni di successione degli Stati preunitari), fu edita nel 1970 e che direttori della ricerca furono Roberto Ago e Mario Toscano. Seguì nel 1979-80 la pubblicazione della seconda serie in quattro volumi, oltre ad un volume con gli indici di entrambe le serie, che copre il periodo 1887-1918, sotto la direzione di Roberto Ago, Riccardo Monaco, Benedetto Conforti e Luigi Ferrari Bravo. Infine la terza serie, di ben sette volumi più quello di indici, pubblicati nel 1995 a cura

di Sergio Marchisio, che giungono fino agli accordi di Locarno del 1929. L'opera mette in luce, come ha scritto Marchisio nell'introduzione al primo volume della terza serie «il contributo dell'Italia al processo formativo delle norme internazionali non scritte», oltre che alle grandi convenzioni internazionali dell'epoca, da Berlino a Versailles. Il materiale reperito e presentato evidenzia come «il governo italiano esaminava in genere attentamente le possibili conseguenze giuridiche delle linee di condotta da seguire».

Tra tanti nomi, l'apporto di Ferrari Bravo fu tutt'altro che modesto, anzi è vero il contrario. Sue, con lo storico Renato Mori, sono del resto le Note introduttive alla Seconda Serie nel primo volume della stessa. Come scrisse Ago nella Presentazione ivi, «Ancora una volta Luigi Ferrari Bravo ha assunto la responsabilità principale dell'organizzazione, della guida e del coordinamento dell'azione dei ricercatori ed a lui spetta davvero il merito principale della realizzazione dell'opera». L'intento di diffonderne la conoscenza a livello internazionale che animava l'iniziativa è anche testimoniato dal fatto che le prime due serie furono edite da Oceana di Dobbs Ferry, New York. Alla luce degli sviluppi editoriali e tecnologici successivi è peccato che l'opera non sia proseguita (anche se la selezione della prassi corrente sullo *Yearbook* e in altre sedi *on line* supplisce per il periodo attuale) e che almeno gli indici non siano stati redatti anche in inglese. Inoltre, almeno per ora, solo la terza serie è consultabile *on line*⁴.

Non può essere trascurato infine che a questa opera si affiancò, negli stessi anni a cura di altri illustri internazionalisti della medesima generazione (Francesco Capotorti, Giuseppe Sperduti e Piero Ziccardi), sempre col sostegno finanziario del CNR, la pubblicazione della nostra giurisprudenza in materia, opera anche essa imponente per sforzo, ricerca, coinvolgimento di tanti giovani e per i risultati. La *Giurisprudenza italiana in materia internazionale*, che copre sia il diritto internazionale pubblico, sia quello privato e processuale dal 1861 al 1930, uscì in ben 17 volumi tra il 1973 e il 1997. Per la sua importanza internazionale basti pensare al contributo della nostra giurisprudenza della fine del

⁴ Cfr. www.prassi.cnr.it a cura dell'Istituto Studi Giuridici Internazionali del CNR (ISGI).

XIX secolo all'affermarsi della teoria della immunità ristretta degli Stati.

5. Per quanto riguarda l'*Italian Yearbook of International Law*, l'iniziativa ha avuto come noto due fasi: la prima serie, di cui uscirono otto volumi editi dalla Editoriale Scientifica, tra il 1975 e il 1987, e la ripresa della serie nel 1999, col volume IX. La nuova serie, giunta ora, con regolare cadenza annuale, al volume XIX-2014, uscito nel 2015, tutti per i tipi di Brill, è disponibile ormai per abbonamento anche in formato elettronico mentre i volumi precedenti si trovano su banche dati *on line*.

Scrivono tra l'altro nella presentazione del primo volume nel 1975 i membri del *Board of Editors* che si possono definire *Editors in chief*, Francesco Capotorti, Benedetto Conforti e Luigi Ferrari Bravo⁵: «The development of International legal studies has, in postwar years, been in direct proportion to the considerable increase in actual events both in the field of international relations and, in particular, in that of international organization... No one can doubt the importance of a real and broadly-based dialogue between scholars beyond the confines of a single country». Proseguivano, considerato che l'italiano non è una lingua veicolare di questi scambi: «English has been chosen for the present Yearbook, whose main aims are: firstly, to spread Italian scholars' viewpoints as regards contemporary problems of international law to other countries; secondly to make documentation pertaining to Italian international law practice more readily accessible, including the judicial decisions of major interest, diplomatic and parliamentary practice, relevant pieces of legislation, and treaties to which Italy is a party».

Proseguivano i direttori: «It is important to stress that the present Yearbook is not the expression of any particular group, institution nor school of legal thought. The editors belong to various schools, teach in different Italian universities and their concept of international law and of the most suitable research methods in this field are not necessarily

⁵ Seguivano in caratteri più piccoli nella pagina degli *Editors* i nomi di Antonio Cassese, Luigi Condorelli, Giorgio Gaja, Andrea Giardina, Riccardo Luzzatto, Paolo Picone, Vincenzo Starace, Antonio Tizzano e Tullio Treves.

the same. They intend to leave the Yearbook open to contributions from all Italian scholars and hope that in future volumes the presence of colleagues who are not members of the Board of Editors will considerably increase».

Concludevano con l'espressione di una loro «proud conviction», quella che ha sempre animato Ferrari Bravo: «that Italian doctrine has contributed significantly to International law studies and it is for this reason that the work being carried out in Italy in this field deserves even wider acknowledgment».

Nella seconda serie, che riprendeva numerazione e veste grafica della precedente, a Ferrari Bravo e Conforti si aggiungevano quali *editors* Francesco Francioni, Natalino Ronzitti e chi scrive, una compagine che è rimasta finora invariata, sostenuta peraltro dall'Assistant Editor Riccardo Pavoni, cui altri si sono affiancati in seguito⁶. Gli *Editors* nella loro presentazione ribadivano della prima serie «the same original intent: that is to disseminate Italian literature and practice in the field of international law among non-Italian speaking scholars and practitioners interested in the subject».

In effetti è proprio la messa a disposizione di una ricca documentazione sull'attività dell'Italia rilevante per il diritto internazionale, dalla prassi diplomatica, alla giurisprudenza, agli sviluppi pattizi e alla attività parlamentare, che costituisce l'unicum dello *Yearbook*, vista la facilità con cui oggi pubblicano in inglese e quindi possono farsi leggere ovunque i nostri autori. Alla prassi Ferrari Bravo ha del resto sempre dedicato molta attenzione, impegnandosi in prima persona perché quella diplomatica del nostro Paese, quando egli era responsabile dei profili giuridici al Ministero degli esteri, fosse coerente ed efficace⁷.

⁶ Fanno parte attualmente dell'*Editorial Committee* Pia Acconci, Daniele Amoroso, Giuseppe Cataldi, Alessandro Chechi, Carlo Focarelli, Pietro Gargiulo, Marco Gestri, Massimo Iovane, Federico Lenzerini, Marina Mancini, Giuseppe Nesi.

⁷ Sarebbe interessante se Ferrari Bravo potesse scrivere delle sue esperienze più coinvolgenti o anche singolari della sua esperienza ministeriale, dalla impostazione coronata da pieno successo della vertenza con gli Stati Uniti del caso ELSI alla CIG, alla gestione della presenza a La Spezia, al momento dello scoppio della prima guerra del Golfo, di decine di marinai irakeni, ivi presenti per essere istruiti ad operare le corvette già vendute da Fincantieri al governo di Saddam Hussein (vendita poi revocata).

6. Penso che sia però la SIDI, la Società italiana di diritto internazionale, il progetto, direi la creatura, cui Ferrari Bravo ha dedicato le maggiori cure nella sua vita professionale di internazionalista impegnato in tutte le molteplici direzioni in cui questa professione, anzi questa nostra vocazione, ci chiama dandoci a volte l'opportunità di lasciare un non effimero segno (da commentatori a negoziatori e dunque legislatori, a giudici). Una creatura che accompagnata da lui nei primi passi, ha proseguito brillantemente una esistenza propria, anche se non sempre memore, come purtroppo a volte avviene, del debito di riconoscenza che ai padri fondatori dovrebbe essere attribuito.

Quando un piccolo gruppo di internazionalisti, auspice Ferrari Bravo, concepì il progetto nel 1995 di fondare anche in Italia un'associazione tra gli accademici della materia, che costituisse un quadro istituzionale in cui essi potessero esprimere la loro voce sul piano scientifico, promuovesse gli studi nel settore, dialogasse con analoghi organismi sul piano internazionale, e infine, perché no, facesse valere la specificità delle materie afferenti e le connesse esigenze in campo universitario, l'Italia era lontana da quanto in questa direzione si faceva da anni all'estero. Non ci si voleva confrontare certo con la *American Society of International Law*, che si avviava al secolo di vita e il cui *Journal* e i cui *Annual Meeting* sono tra le principali espressioni, scientifiche e associative, del diritto internazionale nel panorama mondiale. Molta strada avevano fatto in quella direzione anche gli internazionalisti dei principali Paesi europei, dalla Francia alla Germania, ma anche molti di quelli più piccoli come i Paesi Bassi o la Svizzera. Queste associazioni pubblicano delle riviste o degli annuari come loro organi (si pensi all'*Annuaire français de droit international* edito dalla *Société Française*) e organizzano congressi annuali tematici e incontri periodici tra di loro.

Nulla di tutto questo in Italia, dove eravamo bloccati dalle divisioni tra scuole che facevano capo a diversi maestri e a tradizioni radicate in università delle diverse regioni della penisola. Anche le riviste della

Dell'attenzione di Ferrari Bravo per la prassi è anche testimonianza il suo corso all'Aja del 1985 (*Recueil des cours* 1985, III, p. 239 ss.), a cominciare dal titolo: *Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des Etats*.

materia facevano capo, come tuttora avviene, a gruppi di studiosi di singole sedi universitarie piuttosto che essere rappresentative del complesso degli specialisti della materia⁸. A ciò si aggiungeva la presenza, peraltro benemerita, della SIOI, che però non si voleva espressione del solo mondo accademico, in particolare sul piano scientifico. Essa rivolgeva la sua attenzione – come tuttora fa – sulle organizzazioni internazionali quali fattori di cooperazione internazionale, non solo sul piano giuridico quindi, e mantiene un certo carattere di ufficialità dato dal tradizionale rapporto privilegiato con il Ministero degli esteri. Di qui l'esigenza diffusa di incamminarsi anche in Italia nella via indicata dai modelli stranieri di cui Ferrari Bravo, pur essendo esponente di spicco della SIOI, si fece il portavoce e il promotore con la costituzione di un'associazione tra i cultori della materia. Quest'ultima veniva intesa in senso lato secondo la tradizione italiana. La SIDI si volle aperta infatti sia ai cultori del diritto internazionale pubblico che a quelli del diritto internazionale privato che, infine, al diritto europeo. Quest'ultimo, quasi una costola del diritto internazionale pubblico, resta per molta parte, sicuramente per quella istituzionale e le relazioni esterne, strettamente collegato al diritto internazionale anche per comunanza dell'ambito degli studiosi, almeno in Italia⁹. D'altra parte proprio le tradizioni di cui sopra e forse il timore della concorrenza portarono a resistenze alla costituzione della SIDI da parte di alcuni autorevoli docenti della materia e direttori di riviste, rendendo l'avvio dell'iniziativa più difficile di quanto era lecito attendersi. In particolare va lamentato che, anche a causa di “ruggini”, timori e incomprensioni di lunga data tra colleghi, non si sia ancora raggiunto l'obiettivo di rendere lo *Yearbook* organo

⁸ Si pensi alla Rivista di diritto internazionale, a Firenze, e alla Rivista di diritto internazionale privato e processuale a Milano.

⁹ Non è un caso che proprio uno studioso del diritto internazionale di prima grandezza come Ferrari Bravo abbia dato importanti contributi al diritto delle Comunità europee, così partecipando con voci importanti al *Trattato – Commentario*, articolo per articolo, del Trattato CEE, curato dai professori Quadri, Monaco e Trabucchi nel 1965, con il *Manuale* a più voci del 1983, seguito dalle *Lezioni* del 1992, riprese in una nuova veste in collaborazione con Enzo Moavero Milanesi nel 1995. Infine col *Codice dell'Unione Europea*, con Alfredo Rizzo, del 2000.

della SIDI, così come avviene normalmente in altri Paesi con riviste e annuari di diritto internazionale.

A distanza di vent'anni resta valida la descrizione degli scopi che la SIDI si prefiggeva allora, così come oggi la si trova sul sito della SIDI: «un'associazione scientifica senza scopo di lucro, costituita nel 1995 per promuovere – attraverso convegni, incontri di studio, concorsi e pubblicazioni – lo studio e la diffusione delle discipline giuridiche internazionalistiche ed europee.

In particolare la SIDI cura il collegamento con le altre associazioni scientifiche, italiane e straniere, e assume presso le istituzioni competenti le iniziative necessarie perché il diritto internazionale pubblico, il diritto internazionale privato e il diritto dell'Unione europea siano tenuti nella specifica considerazione dovuta a tali discipline dal punto di vista della funzione e del metodo».

Ferrari Bravo firmava da solo la presentazione degli Atti del primo Convegno annuale della SIDI, tenutosi a Roma nel giugno 1996 e dedicato alla Riforma del diritto internazionale privato italiano allora appena varata. Egli fu profeta nel dichiarare (e non solo auspicare) che «La pubblicazione di questi atti dà inizio ad una prassi che, oltre a costituire un sicuro riferimento dal punto di vista scientifico, potrà essere annoverata tra i principali strumenti per la diffusione della conoscenza delle attività poste in essere dalla SIDI».

Fu quella della SIDI un'iniziativa che colmava un vuoto. La SIDI è riuscita nel suo proposito a tenere annualmente un convegno su un tema monografico, affidato a docenti sempre diversi, mentre crescevano le iscrizioni da tutte le sedi universitarie, specie da parte dei docenti più giovani. La SIDI è pure riuscita pienamente nel suo intento di coinvolgere numerosi studiosi della materia a rotazione nella propria gestione. Per di più è riuscita nell'intento che il convegno annuale si tenesse in una sede universitaria localizzata in aree geografiche diverse: da Roma a Milano e poi dal Sud al Nord, dall'Est all'Ovest, sempre affidandone la gestione alla sede prescelta sotto la responsabilità di un docente di quella sede, eletto per quell'anno presidente (ora vicepresidente) della SIDI stessa. Per non parlare del sito web e del blog alimentato da giovani studiosi su temi di attualità.

Ferrari Bravo può andare fiero di come la sua creatura si è sviluppata, anche grazie all'uso dell'informatica più avanzata. Dopo vent'anni, questo organismo offre l'esempio di una realtà associativa viva e qualificata, una palestra unica per i giovani studiosi, per l'approfondimento e il confronto su temi fondamentali e d'attualità, anche con la partecipazione di studiosi stranieri.

COSTA C. ENEL:
QUALCHE RIFLESSIONE COL SENNO DI OGGI

Giuseppe Tesaurò

SOMMARIO: 1. *L'impegno degli Stati membri preso sul serio.* – 2. *Il dialogo a distanza e poi diretto tra le due Corti.* – 3. *La maturità del sistema e i controllimiti.* – 4. *Da Costa/Enel non solo il primato del diritto dell'Unione.*

1. L'impegno degli Stati membri preso sul serio

Il caso *Costa c. ENEL*, sul quale la memoria non si è mai affievolita, ha sempre giocato un ruolo rilevante nel consolidamento e nell'evoluzione del sistema giuridico dell'Unione europea, ma non solo. Più in generale ha portato la dottrina e la prassi ad una riflessione profonda, permanente, sui rapporti tra l'ordinamento interno e le norme internazionali e dell'Unione. Soprattutto, ha contribuito a portare a maturazione, sia pure a distanza di un quarantennio e per quanto di ragione, un aggiornamento della nostra Carta costituzionale rivolto a sciogliere i nodi che il testo originario delle norme conferenti aveva determinato e ai quali solo una saggia giurisprudenza era riuscita a porre, nella maggior parte dei casi, rimedio pratico; ed anche a trovare il "sicuro fondamento" del rapporto con il diritto dell'Unione, almeno quanto alle norme provviste di effetto diretto, nell'art. 11 della Costituzione.

Le due sentenze, della Corte di giustizia e della Corte costituzionale italiana, fecero emergere quelle criticità, dando luogo anche ad un dibattito quanto mai vivace in dottrina, a torto o a ragione focalizzato sulla dicotomia monismo-dualismo, poi rivelatasi sostanzialmente né utile né determinante, se è vero che sistemi dualisti (Italia, Corte costituzionale, *Granital*) quelle criticità le hanno superate nei fatti prima di sistemi monisti (Francia, Conseil d'Etat, *Nicolò*). Le stesse sentenze, peraltro, hanno dato inizio a quel dialogo tra le due Corti che ha alimentato con ricchezza di interventi la riflessione in giurisprudenza e in lette-

ratura sul rapporto tra i due ordinamenti e oltre, dialogo che ha finito per stimolare, con qualche decennio di ritardo, anche la curiosità dei cultori di discipline diverse, in particolare – e a ragione – del diritto costituzionale.

Approfitto del mezzo secolo trascorso e delle vicende più rilevanti, pertanto, per qualche considerazione col senno di poi, ben consapevole che difficilmente si può dire di più e di diverso, visto che sull'argomento si è detto quasi tutto.

Le due sentenze, entrambe sollecitate dall'avv. Costa e dal Conciliatore di Milano, non potevano che essere diverse, nella motivazione e quindi nell'esito. Quella della Corte costituzionale aprì il dialogo, siamo nel marzo del 1964, fondandosi sullo scenario normativo italiano, già oggetto di una elaborazione della dottrina più accreditata e da una speculare giurisprudenza dei giudici comuni¹. Entrambe avevano trovato testuale ancoraggio nella portata dell'art. 10, primo comma, della Costituzione, limitata alle norme del diritto internazionale generalmente riconosciute, intese semplicisticamente solo come norme consuetudinarie; e sulla prassi conseguente di una legge ordinaria di adattamento (autorizzazione alla ratifica e ordine di esecuzione) per l'ingresso dei trattati nel nostro ordinamento. Non considerando neppure l'ipotesi di una specificità dei trattati comunitari, la risposta al dilemma, sollevato dalla fattispecie, sulla prevalenza o primazia della legge di nazionalizzazione dell'energia elettrica sulla legge di adattamento al Trattato istitutivo della CEE o viceversa, non poteva che rispondere con il doveroso rispetto dell'imperativo del noto brocardo che privilegia in termini generali la *lex posterior*. Fu una risposta formalmente corretta, ma che faceva emergere un problema non da poco, per il rapporto con le norme esterne in genere, ma soprattutto con quelle comunitarie, la cui rilevanza all'interno del nostro ordinamento rendeva molto più frequente e rilevante l'ipotesi di contrasto tra norma nazionale e norma comunitaria. Non era un paradosso solo teorico, infatti, che con la legge dell'indomani si potesse vanificare un vincolo internazionale ritualmente sottoscritto secondo Costituzione.

¹ Sentenza n. 14 del 1964.

La risposta della Corte di giustizia fu, nel luglio dello stesso anno e confermando le previsioni, opposta². Essa si giovò anche del precedente, anch'esso celeberrimo, della *Van Gend en Loos*, che aveva un anno prima spianato la strada ad una vera e propria cultura, identificando quello comunitario come «ordinamento giuridico di nuovo genere nel campo del diritto internazionale, a favore del quale gli Stati hanno rinunciato, anche se in settori limitati, ai loro poteri sovrani, ordinamento che riconosce come soggetti non soltanto gli Stati membri ma anche i loro cittadini»³. Era, questa, la base logica e giuridica dell'effetto diretto, con la posizione giuridica soggettiva del singolo direttamente tributaria della norma comunitaria. Ma lo era anche del primato di quest'ultima sulla norma interna contrastante, sia precedente che successiva e quale che ne fosse il rango, all'occorrenza anche costituzionale. D'altra parte, la logica del primato della norma comunitaria si coniugava perfettamente con il consolidato principio del diritto internazionale che non consente agli Stati – fatti salvi gli interessi vitali di antica memoria, oggi controlimiti – di giustificare le violazioni invocando una norma interna contrastante, in tal modo confermando quel richiamo al «campo del diritto internazionale» rivendicato nella *Van Gend en Loos*.

Come nel precedente, anche nella sentenza *Costa c. Enel* la Corte di giustizia confermò la sua volontà di prendere sul serio l'impegno sottoscritto dai Paesi fondatori di creare una unione sempre più stretta tra i popoli europei. Di questo si tratta, infatti, quando si sottolinea il metodo di interpretazione da sempre utilizzato dalla Corte di giustizia, fondato sugli obiettivi perseguiti dagli Stati membri e per essi dall'Unione, metodo significativamente sancito già dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati. Così, il giudice dell'Unione, sottolineando che l'obiettivo di un ordinamento giuridico autonomo è stato voluto dagli Stati membri in forza di una precisa e consapevole scelta, negò che gli stessi Stati possano opporre a questa scelta ed a questo obiettivo una legge successiva, pena il venir meno dell'uniformità e dell'efficacia del diritto comunitario. Se ciascuno Stato membro potesse con leggi successive

² Causa 6/64, sentenza 15 luglio 1964.

³ Causa 26/62, sentenza 5 febbraio 1963.

modificare o contraddire norme comunitarie, rileva la Corte, l'efficacia di queste ultime sarebbe diversa da Stato a Stato, con grave pregiudizio per la realizzazione degli obiettivi del Trattato e altrettanto gravi discriminazioni tra gli Stati e soprattutto tra i cittadini. In questo senso va intesa l'affermazione conclusiva che il trasferimento all'ordinamento giuridico comunitario dei diritti e degli obblighi sanciti dal Trattato implica una limitazione definitiva dei loro diritti sovrani e che un atto incompatibile sarebbe del tutto privo di efficacia.

Appena un anno dopo, in *Acciaierie San Michele*, la Corte di giustizia confermò con maggiore forza questo suo voler prendere sul serio l'impegno degli Stati membri. In quella occasione veniva messo in discussione, ancora una volta dinanzi alla due Corti, proprio il meccanismo di tutela giurisdizionale prefigurato nel Trattato. La Corte di giustizia fu quanto mai chiara: con la ratifica, tutti gli Stati contraenti hanno aderito in egual modo al disegno di integrazione, con la conseguenza che non è consentito di rimettere in discussione la portata di quell'adesione producendo effetti diversi negli ordinamenti interni e dunque una diversità di trattamento tra i cittadini della Comunità «in contrasto con l'ordine pubblico comunitario»⁴.

La Corte costituzionale, anch'essa investita della questione, riconobbe che il meccanismo di controllo giurisdizionale comunitario rispondeva ai requisiti irrinunciabili del diritto alla tutela giurisdizionale⁵, così dando avvio ad un periodo di riflessione sul rapporto con l'ordinamento comunitario che si concluderà con la sentenza *Granital* del 1984. La differenza di approccio teorico con la Corte di giustizia, com'è noto, è rimasta, nel senso che l'idea del primato della norma comunitaria in virtù di una sua forza propria non è mai riuscita a far breccia nell'approccio – che era ed è in fatto e in diritto dualista, inutile negarlo – italiano. Questo era fondato invece, da una parte e limitatamente alle norme provviste di effetto diretto, sulla incompetenza dell'ordinamento interno quanto ai settori delegati alla Comunità, oggi Unione, sotto la copertura costituzionale dell'art. 11; dall'altra, sulla legge di adattamento e, con la riformulazione operata dalla riforma costituziona-

⁴ Causa 9/65, ordinanza 22 giugno 1965, *Raccolta* 1967, p. 1.

⁵ Sentenza n. 98 del 1965.

le del 2001, per quanto di ragione sull'art. 117, primo comma. Il risultato pratico della prevalenza della norma comunitaria in caso di contrasto finisce tuttavia per costituire il giusto premio ad una mai sopita volontà di prendere sul serio – propria della cultura instaurata con *Van Gend en Loos* e *Costa c. Enel* – l'obiettivo d'integrazione sottoscritto dagli Stati, anche da quelli entrati più tardi, e il dialogo tra le Corti, sia pure a distanza, rivolto a perseguire quell'obiettivo. Ecco, è questa volontà il dato – perché tacerlo, anche politico – che ha segnato l'evoluzione successiva del processo d'integrazione e con essa il contributo della Corte di giustizia.

2. Il dialogo a distanza e poi diretto tra le due Corti

Un secondo profilo che mi piace sottolineare riguarda precisamente il dialogo tra Corte di giustizia e Corte costituzionale inaugurato con il caso *Costa/Enel*. Su suggerimento della parte privata, infatti, fu richiesto al giudice delle leggi, non moltissimi lo ricordano, di operare un rinvio pregiudiziale alla Corte di Lussemburgo. La richiesta fu ovviamente osteggiata da Enel, nonché dalla difesa dello Stato. L'argomento era quello già coltivato in Assemblea Costituente e nei primi anni della Corte costituzionale, secondo il quale questa non sarebbe un organo giurisdizionale, comunque diverso dagli altri, che sarebbe invece un supremo organo di garanzia sostanzialmente al di sopra del sistema di controllo giurisdizionale affidato alla magistratura. La Corte non dette una risposta esplicita, lasciò cadere la richiesta e spostò l'attenzione, sua e dei suoi lettori, sull'art. 11 della Costituzione. Tuttavia, come abbiamo ricordato, il dialogo è continuato a distanza, è stato un elemento molto importante per i rapporti tra i due ordinamenti ed ha portato frutti palpabili.

Negli anni seguenti la richiesta di rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia fu reiterata in poche occasioni. La risposta fu quasi sempre l'inammissibilità, in base all'argomento prima ricordato, nonché sul rilievo della priorità della pregiudiziale comunitaria, quindi di spettanza del giudice comune, rispetto a quella costituzionale⁶. Solo in una occa-

⁶ *Fratelli Grassi*, ordinanza n. 206 del 1976.

sione, la sentenza *Giampaoli*⁷, la Corte rilevò che anch'essa aveva facoltà di utilizzare il rinvio pregiudiziale d'interpretazione; ma rimase affermazione isolata ancora per molti anni. La verità è che l'argomento della natura non giurisdizionale, alquanto debole, non riusciva a nascondere una resistenza psicologica dovuta all'idea che il rapporto con la Corte di giustizia fosse almeno nella sostanza di tipo gerarchico.

Questa resistenza evidentemente era priva di qualsiasi fondamento, sotto due profili. In primo luogo, la qualità soggettiva dell'organo nazionale – l'«organo giurisdizionale» di cui all'attuale art. 267 del TFUE – legittimato ad operare il rinvio pregiudiziale corrisponde ad una nozione che non è nazionale ma comunitaria; ed è pacifico che l'interpretazione delle norme del Trattato spetta in ultima battuta alla Corte di giustizia. La giurisprudenza al riguardo, poi, di sicuro comprende un organo con le caratteristiche della Corte costituzionale italiana, così come di tutte le Corti alle quali negli Stati membri è stato attribuito il controllo di legittimità costituzionale delle leggi. In secondo luogo, il rapporto tra giudice nazionale, di qualunque grado e rango esso sia, e giudice dell'Unione non è mai stato un rapporto gerarchico, né come tale è stato interpretato dalla Corte di giustizia. La gerarchia, se c'è, è tra le norme, non fra i giudici. Si tratta di un vincolo di sinergia e di collaborazione, sancito anche dal più generale principio di leale cooperazione tra Istituzioni e Stati membri di cui all'attuale art. 4 del TUE, fin dalle origini (art. 10 del TCEE), chiave di volta del sistema giuridico dell'Unione complessivamente considerato; né è stato mai inteso diversamente dal versante di Lussemburgo. Si tratta di un principio non a senso unico, come affermò emblematicamente la Corte in *Zwartveld*⁸.

È pertanto da salutare con favore che la Corte costituzionale abbia registrato l'esigenza di dar corso ad un dialogo ravvicinato e non più solo a distanza con la Corte di giustizia, utilizzando quel gioiello dell'ordinamento giuridico dell'Unione che è il rinvio pregiudiziale. Non si può dimenticare, infatti, che questo strumento di cooperazione ha accompagnato i passaggi più significativi dell'evoluzione e del con-

⁷ Sentenza n. 198 del 1991.

⁸ Causa 2/98 Imm., ordinanza 13 luglio 1990.

solidamento dell'ordinamento stesso, da *Costa/Enel* fino alle numerosissime sentenze a tutela dei diritti fondamentali, che hanno contribuito in maniera decisiva a spostare definitivamente il baricentro del sistema verso la circolazione delle persone, ciò che molti stentano ancora a cogliere, fino a realizzare l'Europa dei diritti. Gli Stati membri hanno successivamente posto a questo risultato il suggello della Carta di Nizza, oggi Carta europea dei diritti fondamentali.

Il primo rinvio è stato operato in occasione di un ricorso diretto, un conflitto tra Stato e Regione Sardegna, rispetto al quale la Corte costituzionale aveva il ruolo di giudice della controversia principale⁹. È questa l'ipotesi più corretta rispetto al contenuto sostanziale della norma del Trattato. È vero anche, peraltro, che nessuna preclusione formale pone l'art. 267 del TFUE, come già l'art. 177 del TCE, rispetto all'ipotesi di un rinvio della Corte costituzionale nel contesto, a sua volta, della rimessione di una questione di legittimità costituzionale da parte di un giudice comune. Ed infatti la Corte costituzionale ha operato il secondo rinvio proprio rispetto ad una questione di legittimità costituzionale, con risvolti di compatibilità con il diritto dell'Unione, sollevata da un giudice comune¹⁰.

In definitiva, il tempo passato dalla silenziosa indifferenza per il richiesto rinvio nel caso *Costa/Enel* al rinvio operato nel caso dei precari della scuola è servito a maturare nella Corte costituzionale la consapevolezza di una esigenza forte di collaborazione con il giudice dell'Unione, soprattutto su questioni di competenza contigua o comune qual è ad esempio la materia dei diritti fondamentali, superando le vecchie e non troppo ragionevoli resistenze sopra ricordate. Non è beninteso sicuro che se la Corte avesse operato il rinvio pregiudiziale suggerito dal Conciliatore di Milano il problema del rapporto tra norme interne e norme comunitarie si sarebbe risolto definitivamente e con soddisfazione reciproca in tempi più brevi del ventennio concluso con *Granital*. Spesso, come si dice, il tempo, anche se lungo, è galantuomo.

⁹ Ordinanza n. 203 del 2008.

¹⁰ Ordinanza n. 207 del 2013.

D'altra parte, due fattori hanno finito col determinare la Corte costituzionale ad inaugurare il dialogo diretto con la Corte di giustizia. L'uno, è stato l'ampliamento dell'Unione, fino ad un numero consistente di Paesi membri ed anche non immediatamente omogenei rispetto al nucleo originario, comunque tale da rendere sempre meno efficace il dialogo a distanza tra le Corti. L'altro fattore, di portata sempre più rilevante, è stata la sempre maggiore consapevolezza che la materia dei diritti fondamentali, tipico oggetto del controllo di legittimità costituzionale ed in origine del tutto sconosciuta ai Trattati ed alla prima, ormai preistorica, giurisprudenza della Corte di giustizia, è diventata, grazie precisamente alla giurisprudenza di quella Corte, come già sottolineato, una parte relevantissima dell'evoluzione del sistema giuridico comunitario e materia oggetto della principale attenzione di tutte le Istituzioni dell'Unione, oltre che degli Stati membri.

La circostanza che il passo dell'adesione dell'Unione alla Corte non sia del tutto scontato, anche alla luce delle condizioni poste dagli Stati membri con il Protocollo n. 8, oltre che con l'art. 6 del TUE, nonché delle criticità fatte emergere dalla posizione dell'avvocato generale riguardo al parere chiesto sulla compatibilità con i Trattati, non fa che confermare ed anzi rendere più evidente la necessità di un dialogo diretto fra le Corti costituzionali degli Stati membri e la Corte di giustizia¹¹.

In conclusione sul punto, il dialogo diretto garantito dal rinvio pregiudiziale, sperimentato dalla maggior parte delle Corti costituzionali, da ultimo anche dal Tribunale costituzionale tedesco¹², è certamente in grado di dare un contributo maggiore rispetto al dialogo a distanza ed è uno segno ulteriore di maturità del sistema giuridico comunitario complessivamente considerato. Invero, si è passati dalla contrapposizione della *Costa/Enel* ad un dialogo maturo, ad una interlocuzione priva di asperità, nella logica della cooperazione e della sinergia che è propria del meccanismo del rinvio pregiudiziale.

¹¹ Nelle more della pubblicazione, la Corte ha espresso parere negativo sulla compatibilità con i Trattati del progetto di accordo di adesione: Parere 2/13 del 18 dicembre 2014. V. lo in *Foro It.*, 2015, febbraio, IV, c. 61 ss. con nota anche di chi scrive.

¹² Caso OMT, se si preferisce *Gauweiler*, causa C-62/14, sent. 16 giugno 2015.

3. La maturità del sistema e i controlimiti

Le considerazioni appena svolte trovano conferma anche sotto un altro profilo, a dispetto di analisi spesso superficiali e con scarsa familiarità con la specificità dell'ordinamento giuridico dell'Unione, da sempre stimolo intellettuale di sicuro rilievo. Mi riferisco al tema definito con il termine suggestivo ma forse improprio dei controlimiti.

Con la sentenza *Frontini* del 1973, la Corte costituzionale, pur facendo notevoli passi avanti proprio rispetto a *Costa/Enel* quanto al primato della norma comunitaria, puntualizzò il permanere di un campo riservato al dominio nazionale, e in particolare al suo controllo di legittimità costituzionale, costituito dai principi fondamentali dell'ordinamento e dai diritti dell'uomo. Ritroviamo la stessa puntualizzazione anche in *Granital* del 1984, ma senza alcun riferimento al caso di specie, come del resto anche nel precedente appena ricordato. Nella sentenza *Fragd* del 1989, invece, la Corte censurò espressamente alcune sentenze della Corte di giustizia, che, contrariamente ad una prassi alquanto consolidata, aveva, nel determinare gli effetti delle decisioni a partire solo dal giorno successivo, mancato di stabilire un'eccezione per le parti del processo principale e per coloro che avevano contestato in giudizio la norma poi dichiarata illegittima. Il giudice costituzionale aveva in questo ravvisato una lesione del diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale, principio fondamentale dell'ordinamento italiano sancito dall'art. 24 della Costituzione. Peraltro, in quella occasione non si andò oltre una significativa tirata di orecchie alla Corte di giustizia, dal momento che fu riscontrato un motivo di inammissibilità della questione.

È stato utilizzato dalla Corte costituzionale come controlimite quello stesso principio fondamentale della Costituzione, viceversa, nel caso dell'immunità dalla giurisdizione degli altri Stati (nella specie l'Italia), che la Germania faceva valere per le violazioni del diritto internazionale (crimini contro la guerra e contro l'umanità) e la lesione di diritti fondamentali di cittadini italiani commesse dalle truppe naziste nel periodo 1943-45¹³.

¹³ Sentenza n. 238 del 2014.

Con terminologia diversa, il concetto di riserva formulata da giudici supremi rispetto ad una prevalenza incondizionata delle norme esterne e in parte dell'Unione europea, anche se provviste di effetto diretto, diventa un baluardo ai fini del rispetto dei diritti fondamentali nella giurisprudenza di numerose Corti costituzionali, da quella tedesca a quella francese, da quella spagnola a quella danese, ad esempio.

Anche la Corte di giustizia ha concretamente utilizzato lo stesso approccio nella sentenza relativa al caso *Kadi*, con la quale ha annullato un regolamento comunitario di attuazione di una risoluzione del Consiglio di sicurezza delle Nazioni Unite, censurando la mancanza, nel sistema delle Nazioni Unite, di sufficienti garanzie a tutela dei diritti fondamentali.

4. *Da Costa/Enel non solo il primato del diritto dell'Unione*

In definitiva, col senno dei cinquant'anni passati da *Costa/Enel*, sembra ragionevole fare le seguenti considerazioni.

C'è stato anzitutto e con ogni evidenza un consolidamento del principio del primato, anche attraverso l'esplicitazione e la valorizzazione di innumerevoli implicazioni da esso derivanti, sia pure con ancoraggio teorico e sfumature diverse. La portata di *Costa /Enel* ed i suoi fondamenti logici e giuridici restano chiari ed invariati sulla distanza. Il merito è in grandissima parte da attribuire al dialogo tra le due Corti, con il suggello negli ultimi anni dell'utilizzazione del rinvio pregiudiziale, dunque di un dialogo diretto, che non può che rafforzare il primato attraverso la cooperazione.

Si è consolidata anche la teoria dei controlimiti a salvaguardia dei diritti fondamentali, ciò che ormai non va più visto solo come una riserva dell'ordinamento italiano alla prevalenza del diritto UE per difendere i diritti inviolabili e i principi fondanti del nostro assetto costituzionale, ma come una crescita complessiva del sistema. Al riguardo, appare anche significativo che la Carta europea dei diritti fondamentali ha sancito (art. 53, così come lo stesso articolo della CEDU) il principio che prevale la norma, anche della Costituzione di uno Stato membro, che garantisce la maggiore tutela. E altrettanto significativo è che lo

stesso Trattato dell'Unione europea (art. 4, par. 2) si è fatto carico della solenne affermazione che l'Unione rispetta l'identità nazionale degli Stati membri insita nella loro struttura fondamentale, politica e costituzionale.

Da un lato, pertanto, la possibile applicazione dei controlimiti ha portato lo stesso ordinamento comunitario ad un livello di tutela più elevato. Dall'altro, la teoria dei controlimiti è diventata una sorta di «patrimonio comune» a molti giudici supremi. E merita certo di essere sottolineato che il primo utilizzo in concreto di tale teoria da parte di una Corte costituzionale si è avuto non rispetto a norme UE (in *Fragd* ci si è andati solo vicino) ma rispetto a norme internazionali.

In definitiva, il dialogo diretto tra corti supreme (Corte UE e Corti costituzionali), dopo cinquant'anni dall'affermazione del principio del primato, dovrebbe quindi potersi sviluppare proprio sui valori, anche al fine di fissare congiuntamente il grado di diversità tollerabile dall'ordinamento comunitario in ordine ad eventuali diritti diversamente sanciti dalle diverse Costituzioni nazionali, senza per questo ledere i principi, la logica e la cultura di *Costa/Enel*.

LA RILEVAZIONE DELLA CONSUETUDINE INTERNAZIONALE: UNA LEZIONE ANCORA ATTUALE

Ugo Villani

SOMMARIO: 1. *Premessa: il corso di Ferrari Bravo del 1985.* – 2. *Il metodo di analisi e la concezione binaria della consuetudine.* – 3. *Avvertenze e questioni preliminari per l'esame della prassi.* – 4. *Elementi della prassi.* – 5. *Conclusione.*

1. Premessa: il corso di Ferrari Bravo del 1985

Il tema della codificazione del diritto internazionale consuetudinario è stato affidato nel 2012 alla Commissione del diritto internazionale, nella quale il ruolo di relatore speciale è stato assunto da Michael Wood. Il titolo originario del tema era *Formation and evidence of customary international law*, ma esso è stato modificato, il 25 luglio 2013, da parte della stessa Commissione, in quello, apparentemente più ristretto, di *Identification of customary international law*. Sembrerebbe, dunque, che la Commissione debba limitarsi all'esame e allo studio del solo accertamento della consuetudine internazionale. Ma l'espletamento di tale compito presuppone, necessariamente, una riflessione, quanto meno una presa d'atto, in merito ai fattori attraverso i quali la norma consuetudinaria viene a formarsi, se non altro allo scopo di definire l'oggetto della *identification*.

Qualsiasi previsione in merito alla utilità, forse anche alla fattibilità, del compito assegnato alla Commissione del diritto internazionale è prematura¹. È lecito dubitare, invero, che una convenzione – possibile e, specie in passato, frequente strumento di codificazione del diritto internazionale – sarebbe idonea a realizzare una più precisa formula-

¹ Per un primo commento cfr. L. GRADONI, *La Commissione del diritto internazionale riflette sulla rilevazione della consuetudine*, in *RDI*, 2014, p. 667 ss.

zione e sistemazione delle regole (consuetudinarie) concernenti la stessa formazione della consuetudine, regole che, per loro natura, non sembrano suscettibili di essere imbrigliate nei legacci di un accordo. Il dubbio appare ancor più fondato se si rammenta che le convenzioni di codificazione rispondono anche all'obiettivo del progressivo sviluppo del diritto internazionale; esse, quindi, ben possono determinare una innovazione (non solo un accertamento) del diritto internazionale; ma una convenzione non sembra certo adeguata a modificare le regole sulla formazione e sulla identificazione della consuetudine, regole – anch'esse consuetudinarie – che nascono (ed eventualmente si modificano) in conformità dei processi di elaborazione propri della consuetudine, non di ipotetiche norme stabilite in un trattato multilaterale.

Strumenti più compatibili con le norme concernenti l'identificazione del diritto internazionale consuetudinario potrebbero consistere in progetti di articoli, risoluzioni dell'Assemblea generale o "conclusioni" accompagnate da commenti (secondo quello che sembra l'orientamento della Commissione). Si tratta di atti, cioè, che per loro natura non ambiscono a valere come norme obbligatorie (o a trasformarsi in norme siffatte). Essi possono comunque determinare un risultato di chiarimento, di verifica delle norme che ne sono oggetto (nel nostro caso, di quelle relative all'accertamento e alla formazione della consuetudine internazionale). In questo senso possono rivelarsi utili concretamente, ai fini della certezza del diritto, nonché in vista del consolidarsi delle regole contenute nel testo e di una loro sostanziale autorevolezza nei confronti degli Stati (e degli altri soggetti internazionali), nonché dei giudici, interni come internazionali².

In ogni caso, il conferimento alla Commissione del diritto internazionale del mandato concernente il tema della consuetudine internazionale da parte dell'Assemblea generale esprime un'esigenza, da quest'ultima largamente avvertita, di chiarimento, di riflessione, forse anche di aggiornamento circa gli strumenti di rilevazione del diritto consuetudinario.

² Cfr., di recente, F.L. BORDIN, *Reflections of Customary International Law: the Authority of Codification Conventions and ILC Draft Articles in International Law*, in *JCLQ*, 2014, p. 535 ss.

È in rapporto a tale esigenza che la rilettura del corso tenuto all'Accademia di diritto internazionale dell'Aja nel 1985 da Luigi Ferrari Bravo sui *Méthodes de recherche de la coutume internationale dans la pratique des États*³ rivela tutta la sua permanente vitalità; e ciò sebbene da quel corso siano ormai passati sei lustri e il contesto internazionale, nel frattempo, si sia profondamente modificato, non solo dal punto di vista politico ed economico, ma anche strutturale. Sicché, per fare solo un esempio, quella “scorciatoia”, un tempo spesso percorribile, consistente nel verificare quale fosse l’atteggiamento, rispetto a una certa tematica, dei tre grandi raggruppamenti di Stati, quelli occidentale, i socialisti e i Paesi in via di sviluppo, e concludere per l’esistenza di una norma consuetudinaria in caso di convergenza tra tali atteggiamenti (rilevando, in caso contrario, una più o meno vaga tendenza alla formazione di una norma), oggi sarebbe evidentemente preclusa, di fronte a un quadro della comunità internazionale ben più complesso, variegato e in continua trasformazione.

L’attualità del corso di Ferrari Bravo si rivela, principalmente, come lezione di “metodo” nella ricerca e nella individuazione delle norme consuetudinarie, in corrispondenza a quello che appare l’obiettivo fondamentale del programma di lavoro della Commissione del diritto internazionale, cioè, precisamente, l’elaborazione di uno studio, avente utilità pratica per l’operatore giuridico, sulla metodologia per l’identificazione delle norme consuetudinarie⁴.

2. Il metodo di analisi e la concezione binaria della consuetudine

Il metodo seguito da Ferrari Bravo (e proposto al lettore) mostra immediatamente la sua scarsa simpatia per le astrazioni, per le costruzioni puramente teoriche, e il rifiuto di un procedimento logico che si svolga «par voie de déduction de principes ‘éternels’ et donc, par définition, non susceptibles de démonstration»⁵. Il metodo prescelto è, al

³ In *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, 1985, III, p. 233 ss.

⁴ Cfr. F.L. BORDIN, *op. cit.*, p. 548.

⁵ L. FERRARI BRAVO, *op. cit.*, p. 256.

contrario, pragmatico, quasi “sperimentale”, in sintonia non solo con la personalità scientifica dell’autore e con la sua naturale inclinazione per la concretezza e la sua assoluta padronanza del dato storico; ma anche, e soprattutto, con la natura stessa della consuetudine internazionale, fenomeno che, nella sua complessità, richiede una piena conoscenza, una capacità di analisi, una finezza interpretativa della realtà fattuale e delle vicende storiche. Tale metodo risulta proficuo non solo per la individuazione dei diversi fattori della prassi dai quali emerge la consuetudine internazionale, ma anche al fine di cercare una risposta agli interrogativi teorici, interrogativi che non possono essere banalmente rimossi e che richiedono, però, soluzioni non astratte e preconcepite, ma fondate, appunto, su una “documentazione” della prassi e della realtà internazionale.

Il metodo in parola è impiegato, anzitutto, nella stessa definizione della norma consuetudinaria, la quale non è il frutto di una elaborazione teorica, ma il risultato di una presa d’atto, di una constatazione di un fatto storico: cioè che, nel corso della storia delle relazioni giuridiche internazionali, ogni qual volta i soggetti o gli enti interessati (Stati, giurisdizioni internazionali, giudici interni, conferenze internazionali, organizzazioni internazionali) si sono posti la questione della esistenza di una data norma consuetudinaria, essi si sono sempre domandati se gli Stati, tenendo il comportamento in questione, ritenevano di conformarsi a un obbligo giuridico internazionale e non di compiere un atto in base a una propria libera scelta⁶. In altri termini, essi hanno sempre richiesto, ai fini della identificazione di una norma consuetudinaria, la presenza di una prassi diffusa, accompagnata dall’*opinio iuris sive necessitatis*. La concezione binaria della consuetudine emerge così, nitidamente, non già come una ricostruzione concettuale, ma come il frutto di un dato reale, prima ancora che giuridico, acquisito mediante un’analisi sperimentale della storia delle relazioni internazionali.

Invero la concezione binaria – più particolarmente, la necessità dell’elemento psicologico della *opinio iuris* – è costantemente affermata dalla giurisprudenza, a partire, per quanto riguarda la Corte permanente di giustizia internazionale, dalla celebre sentenza del 7 settembre 1927

⁶ L. FERRARI BRAVO, *op. cit.*, p. 253.

relativa all'affare *Lotus (Francia/Turchia)*. Nel respingere l'argomento, addotto dalla Francia a sostegno di una presunta giurisdizione penale esclusiva dello Stato della bandiera in materia di collisione navale, secondo il quale la rarità di sentenze emesse da giudici di altri Stati avrebbe provato l'esistenza di una corrispondente norma internazionale, la Corte dichiarò: «Il en résulterait simplement que les États se sont souvent abstenus, en fait, d'exercer des poursuites pénales, et non qu'ils se reconnaissent obligés de ce faire; or, c'est seulement si l'abstention était motivée par la conscience d'un devoir de s'abstenir que l'on pourrait parler de coutume internationale»⁷.

Il requisito dell'*opinio iuris* emerge poi costantemente dalla giurisprudenza della Corte internazionale di giustizia, per esempio, tra le sentenze più recenti, da quella del 3 febbraio 2012 nell'affare dell'*immunità giurisdizionale dello Stato (Germania c. Italia)*⁸, passando, tra le più significative, per quella del 20 febbraio 1969 relativa alla *piattaforma continentale del Mare del Nord (Repubblica federale di Germania/Danimarca; Repubblica federale di Germania/Olanda)* e quella del 27 giugno 1986 relativa all'affare delle *attività militari e paramilitari (Nicaragua c. Stati Uniti d'America)*. Nella sentenza del 20 febbraio 1969 la Corte afferma che è solo l'*opinio iuris* che permette di riconoscere una norma consuetudinaria in una prassi costante e di distinguerla da una prassi seguita per altre ragioni, ma non per il convincimento di una doverosità giuridica: «The States concerned must therefore feel that they are conforming to what amounts to a legal obligation. The frequency, or even habitual character of the acts is not in itself enough. There are many international acts, e.g., in the field of ceremonial and protocol, which are performed almost invariably, but which are motivated only by considerations of courtesy, convenience or tradition, and not by any sense of legal duty»⁹. In quella del 27 giugno 1986 il convincimento espresso da uno Stato assume un valore così determinante, ai fini dell'accertamento di una norma consuetudinaria, da “trasformare” un comportamento in violazione della norma in una confer-

⁷ In *Publications de la Cour Permanente de Justice Internationale*, Série A-N° 10, p. 28.

⁸ Cfr. par. 55.

⁹ Par. 77.

ma della sua esistenza. La Corte dichiara, infatti: «If a State acts in a way prima facie incompatible with a recognized rule, but defends its conduct by appealing to exceptions or justifications contained within the rule itself, then whether or not the State's conduct is in fact justifiable on that basis, the significance of that attitude is to confirm rather than to weaken the rule»¹⁰.

3. Avvertenze e questioni preliminari per l'esame della prassi

Sempre sul piano del metodo si pongono alcune “avvertenze” che Ferrari Bravo segnala in vista dell'indagine sulla prassi degli Stati, così come talune questioni che vanno preliminarmente risolte.

Premesso che nella concezione binaria della consuetudine la *diuturnitas* e l'*opinio iuris* non sono due elementi separati, ma è la stessa prassi che esprime l'esistenza del convincimento giuridico degli Stati¹¹, occorre anzitutto usare prudenza nel qualificare la condotta degli Stati. Non sempre, infatti, l'atteggiamento dello Stato in merito a una data questione giuridica è suscettibile di provare la sua convinzione circa l'esistenza o la portata di una norma consuetudinaria. Si pensi, per fare un esempio particolarmente evidente, alle tesi giuridiche sostenute da uno Stato nel corso di un processo internazionale. Esse, com'è ovvio, sono dirette allo scopo di “vincere la causa” e non altro. Come un bravo avvocato dinanzi a un giudice interno si servirà di tutti gli argomenti giuridici che ritenga “utili” (non necessariamente “fondati”) per ottenere una sentenza favorevole, senza sentirsi tenuto in alcun modo a riaffermare tali argomenti in futuri, eventuali processi (né, tanto meno, a vincolare il suo cliente), così la strategia processuale di uno Stato si esaurisce nel giudizio in corso. Pensare di dedurre un convincimento giuridico sulla esistenza o l'interpretazione di una norma sarebbe del tutto arbitrario e condurrebbe a stravolgere il significato dell'atteggiamento processuale dello Stato in questione.

¹⁰ Par. 185.

¹¹ Vedi, in questo senso, L. CONDORELLI, *Consuetudine internazionale*, in *Dig. disc. pubbl.*, Torino, 1989, vol. III, p. 490 ss., in specie p. 495 s.

Un altro profilo che richiede particolare attenzione è il fattore tempo, che è indispensabile nella formazione della consuetudine (come suggerisce lo stesso termine *diuturnitas*), ma la cui durata può essere estremamente variabile in rapporto a una pluralità di fattori, a cominciare dalle occasioni che agli Stati possono presentarsi di pronunciarsi sulla esistenza di una norma e di applicarla. Bisogna tenere presente, al riguardo, che gli Stati, normalmente, se non sono proprio costretti dalle circostanze a prendere posizione su una data norma, evitano di farlo, per non “legarsi le mani” per il futuro. Ciò, pertanto, può comportare tempi anche alquanto lunghi affinché una prassi si consolidi in maniera sufficiente per ricavarne una sicura *opinio iuris*.

Tuttavia è ben possibile che una norma consuetudinaria venga a formarsi con notevole rapidità quando essa nasca sotto la pressione di nuovi sviluppi scientifici e tecnologici, che esprimano l’urgenza di una regolamentazione giuridica, prima ancora che tali sviluppi trovino concreta utilizzazione¹². Si pensi ai settori, all’epoca del tutto “nuovi” per il diritto internazionale, ma proprio perciò bisognosi della definizione, e in tempi rapidi, di un quadro normativo di portata generale, dello spazio extraatmosferico, dei fondi marini al di là delle giurisdizioni nazionali, al concetto del patrimonio comune dell’umanità, alla gestione – e ai rischi – dell’ambiente, alle telecomunicazioni, a internet ecc.

La rapidità con la quale, in alcuni dei suddetti settori, si sono manifestate norme consuetudinarie ha condotto taluno a configurare ipotesi di consuetudini istantanee¹³, apparentemente, cioè, prive di prassi. In realtà, in casi del genere, anche se, in concreto, la norma non ha trovato ancora applicazione (al momento in cui venga ad affermarsi), non può dirsi che la prassi sia assente. Essa, infatti, può riconoscersi anzitutto in atteggiamenti di pura astensione, per esempio dall’utilizzo di un bene comune dell’umanità; ma, principalmente, la prassi non può limitarsi a una condotta applicativa della norma. Come lucidamente rileva Ferrari Bravo, ancora una volta con profondo, opportuno spirito... pragmatico, per pratica degli Stati va inteso «tout comportement d’un Etat qui soit

¹² Cfr. L. FERRARI BRAVO, *op. cit.*, p. 248 s.

¹³ Cfr. B. CHENG, *United Nations Resolutions on Outer Space: “Instant” International Customary Law?*, in *Indian JIL*, 1965, p. 23 ss.

révéléateur d'une attitude consciente de celui-ci vis-à-vis d'une règle de droit international ou d'une situation juridique internationale»¹⁴. Le dichiarazioni dei singoli Stati, la diplomazia bilaterale e, nelle materie in considerazione, specie quella multilaterale in seno a conferenze e organizzazioni internazionali rappresentano espressioni eloquenti della prassi e, anzi, forniscono una spinta propulsiva alla formazione e all'emersione della norma, dando così l'impressione di una sua nascita istantanea; ma solo l'impressione, poiché anche in queste ipotesi un certo lasso di tempo – per quanto abbreviato dalla “quantità” e dalla frequenza degli atteggiamenti assunti dagli Stati – viene pur sempre a svolgersi.

Un contesto nel quale la prassi assume particolare espressione e significato è quello delle organizzazioni e delle conferenze internazionali. In tali sedi, in specie nel caso di organizzazioni tendenzialmente universali, il dibattito coinvolge inevitabilmente tutti gli Stati partecipanti, i quali non possono esimersi dall'esprimere le proprie vedute sul tema in discussione¹⁵. Ciò determina l'emersione di posizioni che, in assenza della riunione dell'organizzazione o della conferenza internazionale, non avrebbero occasione di manifestarsi e potrebbero restare latenti o inesprese anche a lungo. In secondo luogo, come è stato acutamente osservato¹⁶, la riunione dell'organizzazione o della conferenza internazionale può consentire una “rilevazione sincronica” degli atteggiamenti e delle opinioni degli Stati. Il risultato di tale fenomeno consiste nella possibilità di una forte accelerazione nella formazione, o nell'accertamento, di una norma consuetudinaria; per cui, mentre in passato la prassi e l'*opinio iuris* degli Stati potevano condurre alla creazione del diritto consuetudinario attraverso un processo anche plurisecolare, oggi, grazie al ruolo assunto dalle organizzazioni (e dalle conferenze) internazionali, «the establishment of such a custom would require no more than one generation or even far less than that. This is one of the exam-

¹⁴ L. FERRARI BRAVO, *op. cit.*, p. 261.

¹⁵ Cfr. L. FERRARI BRAVO, *op. cit.*, p. 254.

¹⁶ L. CONDORELLI, *op. cit.*, p. 497 s.

ples of the transformation of law inevitably produced by change in the social substratum»¹⁷.

Pur riconoscendo l'importanza della prassi degli Stati in seno alle organizzazioni e alle conferenze internazionali, nel quadro, cioè, della diplomazia multilaterale, Ferrari Bravo ha cura di avvertire che, in ogni caso, ciò che può essere decisivo, ai fini della rilevazione di una norma consuetudinaria, è il “produit final” del negoziato multilaterale, piuttosto che le posizioni individuali dei singoli Stati espressi nel corso dello stesso¹⁸. Da un lato, infatti, tali posizioni possono corrispondere non già a un loro convincimento giuridico, ma all'obiettivo politico che essi intendono perseguire nella trattativa diplomatica. Dall'altro, la conferenza internazionale è un'entità “in progress”, che si snoda in fasi successive nelle quali anche le posizioni degli Stati sono inevitabilmente mutevoli in rapporto alle diverse circostanze nelle quali si sviluppa l'attività del forum multilaterale.

Una conferma della prudenza nel valutare le posizioni degli Stati partecipanti è ricavabile dalla Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 23 maggio 1969. Essa, com'è noto, considera i lavori preparatori di un trattato come un mezzo solo complementare d'interpretazione dello stesso (art. 32), mentre attribuisce valore interpretativo alla prassi successiva all'adozione del testo (art. 31). In altri termini, le posizioni tenute dagli Stati nel corso del negoziato, pur non essendo irrilevanti, vengono in considerazione in rapporto al testo finale. Osserva acutamente Ferrari Bravo che, in un certo senso, può essere persino preferibile che le posizioni assunte dagli Stati partecipanti nel corso del negoziato siano messe in secondo piano, rispetto al testo adottato; infatti, «dans la mesure où, à la fin de la négociation multilatérale, un texte

¹⁷ In questo senso K. TANAKA, opinione dissidente annessa alla sentenza della Corte internazionale di giustizia del 18 luglio 1966 relativa all'affare del *Sud-Ovest africano* (Etiopia c. Sud Africa; Liberia c. Sud Africa), seconda fase, in *C.I.J. Recueil 1966*, p. 250 ss., in specie p. 291. Di recente la rilevanza delle dichiarazioni degli Stati nei lavori della Commissione del diritto internazionale e nel contesto dell'adozione della Convenzione delle Nazioni Unite sull'immunità giurisdizionale degli Stati del 2 dicembre 2004 è stata sottolineata dalla Corte internazionale di giustizia nella citata sentenza del 3 febbraio 2012 nell'affare dell'*immunità giurisdizionale dello Stato*, par. 55.

¹⁸ Cfr. L. FERRARI BRAVO, *op. cit.*, p. 295 s.

est adopté (si possible par consensus) sans qu'il soit facile de trop explorer quelles avaient été, au moment de la négociation, les positions des Etats individuellement pris, il y aura probablement plus de chance qu'au fil des années ce texte puisse devenir le grain de sable autour duquel, comme la perle qui se forme dans les valves de l'huître, pourra se manifester, par l'acquiescement progressif des Etats, ce comportement conforme doublé de la conviction de son caractère obligatoire qu'est la coutume internationale»¹⁹.

Quanto al “prodotto finale” del negoziato multilaterale, esso può consistere anche in un testo non definitivo che, tuttavia, esprima, al momento, lo “stato dell'arte” su una determinata questione giuridica e si presti, in quanto tale, a essere applicato dal giudice internazionale. È quanto accaduto, per esempio, per i testi di negoziato prodotti nel corso della terza Conferenza delle Nazioni Unite sul diritto del mare, contenenti norme – sia pure non definitive – applicate dalla Corte internazionale di giustizia nella sentenza del 24 febbraio 1982 sulla *piattaforma continentale (Tunisia/Libia)*, prima che fossero definitivamente consacrate nella Convenzione delle Nazioni Unite sul diritto del mare del 10 dicembre 1982²⁰.

Il “prodotto finale” può consistere in dichiarazioni di principi adottate dall'Assemblea generale delle Nazioni Unite. Come ogni altro risultato di un negoziato multilaterale, anche esse, per le ragioni già indicate, rappresentano dei fattori di accelerazione nella formazione di norme consuetudinarie. È ben possibile, peraltro, che esse, grazie alla ampiezza e al peso politico delle adesioni ricevute, vengano a cristallizzare in via “ufficiale” delle norme che erano *in fieri* e che, liberandosi della incertezza che circonda il processo di formazione delle consuetudini internazionali, emergano proprio dal testo della dichiarazione. Il diritto di autodeterminazione dei popoli, nel significato precettivo e nella portata risultante dalla celebre Dichiarazione sulla concessione dell'indipendenza ai Paesi e ai popoli coloniali, adottata con risoluzione

¹⁹ *Op. cit.*, p. 296.

²⁰ Si noti, peraltro, che, nel compromesso attributivo della competenza alla Corte, le stesse parti avevano chiesto a quest'ultima di tenere conto delle recenti tendenze ammesse alla terza Conferenza sul diritto del mare (*C.I.J. Recueil 1982*, p. 21).

n. 1514 (XV) del 14 dicembre 1960, rappresenta un esempio, di straordinaria importanza, di tale possibilità.

Beninteso, il contributo che una dichiarazione di principi può offrire nel contesto di un processo normativo consuetudinario va apprezzato e verificato sulla base di una pluralità di elementi, evitando la semplificazione di trasformare, banalmente, dichiarazioni di principi in norme consuetudinarie. Una prospettiva di analisi rigorosa è indicata nel parere della Corte internazionale di giustizia dell'8 luglio 1996 relativo alla *liceità della minaccia o dell'uso delle armi nucleari*. In esso la Corte dichiara che le risoluzioni dell'Assemblea generale, sebbene prive di efficacia obbligatoria, «peuvent dans certaines circonstances, fournir des éléments de preuve importants pour établir l'existence d'une règle ou l'émergence d'une *opinio juris*. Pour savoir si cela est vrai d'une résolution donnée de l'Assemblée générale, il faut en examiner le contenu ainsi que les conditions d'adoption; il faut en outre vérifier s'il existe une *opinio juris* quant à son caractère normatif. Par ailleurs des résolutions successives peuvent illustrer l'évolution progressive de l'*opinio juris* nécessaire à l'établissement d'une règle nouvelle»²¹.

Una verifica circa l'effettiva corrispondenza della prassi e dell'*opinio iuris* al testo adottato è necessaria anche per le convenzioni di codificazione del diritto internazionale e ancor più per i testi, sempre più frequenti, che non assumono neppure la forma di una convenzione. È vero, infatti, che una serie di fattori – sui quali, in questa sede, non ci si può soffermare²² – finisce per attribuire a tali convenzioni e testi “non legislativi”²³ un'autorevolezza, verificabile, in particolare, nella loro applicazione giudiziaria; sicché, come è stato affermato, può crearsi una presunzione a favore delle soluzioni in essi contenute²⁴. Tuttavia

²¹ Par. 70. In argomento, di recente, cfr. P. FOIS, *Le organizzazioni internazionali e la formazione del diritto internazionale contemporaneo. Il ruolo degli Stati membri*, in *RDI*, 2014, p. 641 ss., in specie p. 659 ss.

²² Per una eccellente analisi cfr. F. L. BORDIN, *op. cit.*, p. 535 ss.

²³ Cfr. N. JANSEN, *The Making of Legal Authority: Non-legislative Codifications in Historical and Comparative Perspective*, Oxford, 2010, p. 7 ss.

²⁴ Cfr. L.B. SOHN, *Unratified Treaties As a Source of Customary International Law*, in *Realism in Law-Making: Essays on International Law in Honour of Willem Riphagen*, Dordrecht, Boston, Lancaster, 1986, p. 231 ss., in specie p. 245 s.

non può dimenticarsi che, per loro stessa natura, i testi risultanti dalla codificazione rispondono anche all'obiettivo del progressivo sviluppo del diritto internazionale (art. 13 della Carta ONU); sotto questo secondo profilo essi contengono, quindi, norme innovative che, al momento della loro adozione, non corrispondono al diritto consuetudinario. La stessa "presunzione" di corrispondenza del testo alle norme consuetudinarie, inoltre, non è certo "assoluta", difettando gli organi delle Nazioni Unite (come di qualsiasi altra organizzazione internazionale) della "potestà legislativa", della quale è espressione la codificazione da parte del legislatore statale; essa, in realtà, non va intesa in senso tecnico, ma rappresenta piuttosto una linea – per quanto significativa – di tendenza. Criticabili, per la loro superficialità, appaiono quindi affermazioni come quella contenuta nella sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo del 18 gennaio 2011, *Guadagnino c. Italia e Francia*, la quale, riguardo alla Convenzione delle Nazioni Unite sull'immunità dalla giurisdizione degli Stati e dei loro beni (adottata dall'Assemblea generale con risoluzione n. 59/38 del 2 dicembre 2004), si limita a dichiarare: «Les principes inscrits dans l'article 11 de la Convention de 2004 faisant partie intégrante du droit coutumier international, ils engagent l'Italie bien qu'elle n'ait pas ratifiée ladite Convention». L'enunciazione della Corte europea, priva di qualsiasi argomento a suo sostegno, risulta invero del tutto apodittica.

4. Elementi della prassi

Il corso di Ferrari Bravo si snoda, quindi, nell'ambito della "fenomenologia" della prassi degli Stati. Limitandoci a taluni profili della sua lezione, viene in considerazione anzitutto la prassi diplomatica. In questa l'autore individua la diplomazia "par *mass media*"²⁵, quella, cioè, che si esprime mediante conferenze stampa, *briefings*, interviste radiofoniche e televisive, nonché, attualmente, l'uso di Facebook, Twitter ecc. Con il suo consueto senso di realismo Ferrari Bravo richiama alla massima prudenza nella valutazione di tale diplomazia, poiché spesso gli

²⁵ *Op. cit.*, p. 266 ss.

uomini di governo si servono di detti strumenti non già per confrontarsi con autorità straniere, ma per rivolgersi all'opinione pubblica del proprio Paese. E, il più delle volte, essi finiscono per sfruttare la maggiore visibilità di un "palcoscenico" internazionale per enunciare le proprie posizioni su questioni di mera rilevanza nazionale (se non di ... bassa cucina), che – ammesso che interessino l'opinione pubblica nazionale – lasciano del tutto indifferenti, o addirittura infastiditi, i malcapitati interlocutori di governi esteri!

Ben altro valore hanno le dichiarazioni generali di politica estera relative a problemi giuridici internazionali. Queste, specie se provenienti da grandi Potenze, vanno tenute nella massima considerazione ai fini della ricostruzione di una norma consuetudinaria; esse, infatti, non solo possono esprimere l'*opinio iuris* dello Stato che ne è autore, ma possono esercitare una funzione propulsiva e di pressione sugli altri Stati affinché si conformino ai principi contenuti nella dichiarazione generale. Tra i molteplici esempi basterà ricordare la "storica" dichiarazione del Segretario di Stato USA Stimson del 7 gennaio 1932 sul disconoscimento dell'annessione della Manciuria da parte del Giappone (seguita dalla proclamazione dello Stato del Man-chu-Kuo), poiché realizzata mediante la forza armata in violazione del Patto di Parigi del 27 agosto 1928 (c.d. Patto Briand-Kellogg). Essa costituisce la pietra angolare di tutta la prassi, sviluppatasi nel secondo dopoguerra, di non riconoscere Stati, o situazioni territoriali, illegittimi, poiché determinatisi in violazione di norme di *ius cogens*. Si noti che tale disconoscimento rappresenta ormai un comportamento giuridicamente obbligatorio, sancito anche dall'art. 41 del Progetto di articoli della Commissione del diritto internazionale sulla responsabilità internazionale degli Stati del 3 agosto 2001, il quale dispone che nessuno Stato riconosca come legittima una situazione creata da una violazione grave di un obbligo derivante da una norma imperativa del diritto internazionale generale.

Ancora una volta, peraltro, Ferrari Bravo mette in guardia l'operatore dal fidarsi di qualsiasi dichiarazione, per quanto autorevole sia il dichiarante. Esistono, infatti, i "documents bidon", preparati dai governi al solo fine di preconstituirsì una giustificazione o un alibi, così come quelli fondati su circostanze di fatto erronee. Ferrari Bravo cita il documento del Dipartimento di Stato intitolato *The Legality of United Sta-*

tes Participation in Defense of Viet Nam del 4 marzo 1966, rilevando che, malgrado il probabile errore sull'attacco alle navi statunitensi nel golfo del Tonchino dell'agosto 1964, esso poteva essere egualmente utile ai fini della posizione ufficiale degli Stati Uniti sul tema della legittima difesa. Per un clamoroso falso oggi si potrebbe menzionare la c.d. dottrina Bush sulla difesa preventiva, enunciata il 1° giugno 2002 all'Accademia militare di West Point e inserita nel documento del 17 settembre 2002 sulla *National Security Strategy of the United States of America*. Essa, occasionata dall'accusa all'Iraq – capofila dei “rogue States” – di possedere armi di distruzione di massa, armi rivelatesi poi inesistenti, è stata usata in realtà per perpetrare una brutale aggressione contro l'Iraq e, indebolita anche dalla sua intrinseca falsità, è apparsa, in definitiva, un'arrogante pretesa “politica” degli Stati Uniti, priva di alcuna fondatezza e rilevanza giuridica.

Una manifestazione particolarmente complessa della prassi è data da quella convenzionale, la quale può avere un valore ambivalente; infatti la ripetizione pressoché costante di una certa clausola può bensì esprimere la convinzione degli Stati circa la sua rispondenza a una norma consuetudinaria, ma può anche significare, al contrario, la volontà degli Stati di predisporre, mediante una clausola pattizia, una disciplina derogatoria di quella consuetudinaria. Può determinarsi, peraltro, un fenomeno anche più articolato, che è contemplato dall'art. 31 della Convenzione di Vienna del 1969 sul diritto dei trattati, secondo il quale, ai fini dell'interpretazione di un trattato, si terrà conto di «toute pratique ultérieurement suivie dans l'application du traité par lequel il est établi l'accord des parties à l'égard de l'interprétation du traité»²⁶. Non può escludersi che la prassi successiva a un accordo possa gradualmente trasformarsi in una vera consuetudine subcontrattuale, dando vita a una sequenza: consuetudine, accordo (derogatorio), consuetudine (a sua volta modificativa dell'accordo)²⁷.

La prassi degli Stati, in passato riferibile al sovrano, nel quale s'identificava lo Stato assoluto, va apprezzata nella sua varietà, in corri-

²⁶ Per una recente applicazione di tale norma si veda la sentenza della Corte internazionale di giustizia del 31 marzo 2014 relativa all'affare della *caccia alle balene* (*Australia c. Giappone*), par. 83.

²⁷ L. FERRARI BRAVO, *op. cit.*, p. 252.

spondenza alla struttura, articolata e complessa, dello Stato moderno. Emerge così l'importanza della legislazione statale, la quale ha dato poderosi contributi alla formazione di norme consuetudinarie, per esempio riguardo al diritto del mare, con la progressiva affermazione della regola delle 12 miglia come limite esterno del mare territoriale, o con la stessa nascita dell'istituto della piattaforma continentale, a partire dal c.d. proclama Truman del 28 settembre 1945; ma andrebbe ricordato anche il contributo della legislazione di vari Stati (come gli Stati Uniti e il Regno Unito) all'accettazione della regola della immunità "ristretta" dalla giurisdizione degli Stati.

Determinante, quale espressione della prassi degli Stati, è poi la giurisprudenza dei loro giudici. Essa, per un verso, rappresenta lo strumento decisivo per garantire l'applicazione effettiva del diritto internazionale; per altro verso, costituisce un fattore propulsivo nella formazione e nel "ricambio" del diritto consuetudinario. Sotto questo secondo profilo è appena il caso di ricordare le giurisprudenze italiana e belga del primo Novecento, le quali condussero all'affermazione della nuova regola sulla immunità dalla giurisdizione degli Stati stranieri fondata sulla distinzione tra atti *iure imperii* e atti *iure gestionis*. Non meno importante, oggi, è la spinta al cambiamento della suddetta regola proveniente dalla giurisprudenza italiana (in qualche misura condivisa da quella greca), mediante la sottrazione alla sfera dell'immunità giurisdizionale dei comportamenti che, sebbene tenuti nell'esercizio di poteri sovrani, rappresentino dei crimini di guerra o contro l'umanità e si pongano in violazione di norme di *ius cogens* a tutela dei diritti fondamentali dell'uomo. Tale spinta risulta, in maniera diretta, da quella giurisprudenza che, a partire dalla sentenza della Corte di Cassazione dell'11 marzo 2004 n. 5044, afferma – e applica – la "nuova" regola consuetudinaria; ma anche, in maniera indiretta (ma non meno efficace), dalla sentenza della Corte costituzionale del 22 ottobre 2014 n. 238²⁸. Sebbene quest'ultima non si pronunci sul contenuto della norma

²⁸ Peraltro il contributo della giurisprudenza italiana al cambiamento della norma consuetudinaria in questione potrebbe risultare limitato dalla differente posizione assunta dal legislatore italiano; quest'ultimo, infatti, con l'art. 3 della legge 14 gennaio 2013 n. 5, aveva dato esecuzione alla citata sentenza del 3 febbraio 2012 della Corte internazionale di giustizia, la quale aveva ribadito la portata dell'immunità dalla giurisdizione degli Stati per atti *iure imperii*, comprensiva dei crimini di guerra

consuetudinaria, essa imprime una spinta poderosa alla “pratica giurisprudenziale” conforme alla nuova regola, imponendo al giudice comune di negare l’immunità dalla giurisdizione agli Stati stranieri per atti che costituiscono crimini di guerra o contro l’umanità o gravi violazioni dei diritti fondamentali della persona. Si noti che, ove una giurisprudenza conforme si realizzasse, per una sorta di (benefico) effetto imitativo, anche da parte dei giudici degli altri Stati, l’impatto modificativo sulla regola consuetudinaria sarebbe di proporzioni forse imprevedibili. Il rifiuto della immunità dalla giurisdizione, infatti, non riguarderebbe solo le pendenze legate ai crimini del Nazismo, ma si estenderebbe ai, purtroppo numerosi, altri Stati che tuttora si macchiano di crimini quali la tortura, le *extraordinary renditions*, la pratica dei *desaparecidos*, la pulizia etnica, i crimini di guerra e contro l’umanità.

5. Conclusioni

Il corso sul quale ci si è soffermati riflette in maniera viva e fedele la personalità di Ferrari Bravo, la sua curiosità intellettuale, la sua passione per la storia, la sua naturale propensione a immergersi nella realtà internazionale, mantenendo costantemente la capacità di scrutarla con la lente del giurista, di coglierne le tendenze, la complessità, le opportunità di cambiamento e traendone ammaestramento prezioso per la sua multiforme attività, di volta in volta, di studioso, di giudice internazionale, di alto consulente governativo, di abile e instancabile negoziatore. Tra le poliedriche manifestazioni di tale personalità mi piace sottolineare quella di docente, di Maestro di diritto, che egli svolse negli anni ’60 e ’70 nell’Università di Bari. È in questa veste, infatti, che egli, in anni

e contro l’umanità (cfr. A. TANZI, *Un difficile dialogo tra Corte internazionale di Giustizia e Corte Costituzionale*, in *La Comunità Internazionale*, 2015, p. 13 ss., in specie p. 21 s.). Considerazioni analoghe possono farsi riguardo all’art. 19-bis della legge 10 novembre 2014 n. 162 (di conversione del decreto legge 12 settembre 2014 n. 132 sulla “degiurisdizionalizzazione”), relativo all’esecuzione sui crediti di Stati stranieri e di organizzazioni internazionali, il quale appare diretto proprio a neutralizzare, sul piano esecutivo, gli effetti della sentenza della Corte costituzionale n. 238/2014; cfr. le convincenti critiche di B. CONFORTI, *Il legislatore torna indietro di circa novant’anni: la nuova norma sull’esecuzione sui conti correnti di Stati stranieri*, in *RDI*, 2015, p. 558 ss.

nei quali prevalevano ancora un eccesso di dogmatismo e una tendenza all'astrattezza, seppe infondere linfa vitale negli studi internazionalistici, così stimolando la passione per la ricerca di innumerevoli giovani studiosi i quali, pur provenendo da scuole differenti, hanno subito il fascino della sua impostazione scientifica, la feconda influenza del suo metodo, le sollecitazioni del suo pensiero; studiosi che, oggi non più giovani, riconoscono un impagabile debito di gratitudine nei suoi confronti.

SOVRANITÀ STATALE E INTEGRAZIONE EUROPEA¹

Ennio Triggiani

SOMMARIO: 1. *Lo Stato nazionale di fronte alle sfide della globalizzazione.* – 2. *L'integrazione europea quale risposta politico-istituzionale attraverso pace e diritti fondamentali.* – 3. *Soggettività delle persone, cittadinanza e moneta unica.* – 4. *Il permanente protagonismo degli Stati nazionali nell'Unione europea.* – 5. *Necessità dell'integrazione politica europea.*

1. Lo Stato nazionale di fronte alle sfide della globalizzazione

La periodica necessità di fare il punto sul processo d'integrazione europea ci rimanda, inevitabilmente, a qualche riflessione sugli obiettivi strategici dello stesso ed anche su natura e ruolo attribuibili oggi allo Stato nazionale.

Non v'è alcun dubbio che il progetto europeo sia stato disegnato per costruire la pace ridimensionando il carattere di onnipotenza di cui nel corso degli anni si era rivestito il nazionalismo statale come indiscutibile fonte di aggressività.

È altrettanto vero, nel contempo, che la lungimiranza dei “Padri fondatori” già consentiva di intravedere il progressivo depauperamento dei poteri degli Stati nazionali in un mondo evolventesi in una crescente, se non necessaria, “universalizzazione”.

D'altronde, come già aveva sostenuto Joseph Ernest Renan in un celebre discorso tenuto a Parigi alla Sorbonne l'11 marzo 1882, «[l]e nazioni non sono eterne, come hanno avuto un inizio così avranno una fi-

¹ La scelta dell'argomento è stata ispirata dall'insegnamento che Luigi Ferrari Bravo mi diede già al momento in cui con Giandonato Caggiano raccolsi, sotto dettatura, le sue *Lezioni di diritto internazionale*, pubblicate nella loro prima versione nel 1974: per comprendere meglio il dato normativo è senz'altro utile inquadrarne il contesto storico ed il significato politico. Tale insegnamento risulta ancor più fondato rispetto al processo d'integrazione europea, come si evince d'altronde anche nel manuale di diritto comunitario scritto da Ferrari Bravo con Moavero Milanese.

ne (...) Probabilmente le rimpiazzerà la confederazione europea»². Il nesso tra Stato e nazione, dato dall'intreccio fra un elemento politico-giuridico e uno storico-etnico e culturale, è un fenomeno storico fondamentale ma, proprio in quanto tale, tende a configurarsi in forme e contenuti diversi.

È, infatti, anche storicamente datata la modalità attraverso la quale si entra a far parte di una nazione. L'aggregazione a una comunità nazionale avviene, generalmente, su base ascrittiva e non elettiva in quanto di regola si nasce in uno Stato e più difficilmente si è in grado di poterlo scegliere liberamente. Tuttavia, negli ultimi decenni il progressivo ampliarsi dei flussi migratori, in Europa in particolare, ha portato al radicamento di milioni di persone provenienti anche da realtà continentali diverse consentendo ad esse di acquisire, in tempi più o meno lunghi, la cittadinanza del Paese nei quali avevano collocato stabilmente la residenza. Si è, quindi, modificata sensibilmente la natura stessa delle popolazioni statali e ridimensionata la coscienza nazionale, ponendo così in termini nuovi il problema della legittimazione dello Stato.

Per altro verso, anche la struttura del potere ha subito radicali trasformazioni. Gli Stati-nazione avevano il potere assoluto di decidere nell'ambito della propria sovranità territoriale. Tuttavia, questo meccanismo è stato travolto dalla *globalizzazione*, intendendo per essa, volendo acquisire la nota definizione di Beck, «il *processo* in seguito al quale gli Stati nazionali e la loro sovranità vengono condizionati e connessi trasversalmente da attori transnazionali, dalle loro chance di potere, dai loro orientamenti, identità e reti»³ e che comporta, secondo Bauman, «compressione dello spazio e del tempo»⁴. La globalizzazione del potere ha scavalcato sotto più profili la politica limitando la capacità dei governi di avere un effettivo controllo dei loro Paesi, perché decisioni cruciali sono adottate in luoghi situati ben al di là dei loro territori. Gli Stati sono attraversati dal potere globale della finanza, delle banche, dei media, della criminalità, della mafia, del terrorismo o non sono comunque

² RENAN, *Che cos'è una nazione, e altri saggi*, Roma, 2004, p. 17.

³ BECK, *Che cos'è la globalizzazione. Rischi e prospettive della società planetaria*, Roma, 1999, p. 24.

⁴ BAUMAN, *Dentro la globalizzazione. Le conseguenze sulle persone*, Roma-Bari, 2001, p. 4.

in grado da soli di affrontare problematiche per loro natura sovranazionali (si pensi all'ambiente, all'inquinamento, ai flussi migratori).

Le stesse identità etnica e religiosa si determinano fuori dei confini territoriali dando vita, ove poste su basi estremistiche o fondamentaliste, a forme nuove di nazionalismo *ultrastatale* (vedi, ad esempio, il c.d. Califfato islamico).

È quindi chiaro che non riusciremo a risolvere i problemi globali se non con *strumenti politici globali*, restituendo alle istituzioni la possibilità di interpretare la volontà e gli interessi delle popolazioni.

Si tratta di un approccio necessario poiché assistiamo a processi che denazionalizzano procedure e istituti nati a suo tempo come statali ed ordinati intorno allo Stato, per cui la stessa "statualità", una volta frutto della mera volontà di un sovrano, è oggi il prodotto del sistema complessivo dei soggetti operanti nello spazio globale.

La questione nodale è che l'organizzazione dello Stato richiede radicali cambiamenti per adattarsi a un nuovo contesto nel quale esso è costretto a moltiplicare le relazioni intergovernative senza, peraltro, potersi più limitare ai tradizionali rapporti di natura meramente pattizia caratteristici del diritto internazionale.

Ciò non significa, certo, sostenere un'imminente scomparsa degli Stati nazionali che svolgono, invece, un ruolo ancora preminente nell'ambito della globalizzazione. Anzi, la stessa cessione a organismi sovranazionali di proprie competenze avviene sempre con molte cautele di natura giuridica e in maniera, almeno formalmente, del tutto reversibile.

D'altronde, la struttura interna dello Stato nazionale ha già registrato profonde trasformazioni. Fin dall'origine esso ha avuto un carattere centripeto, ma nel corso della seconda metà del Novecento questo carattere è entrato in crisi, anche in conseguenza della complessità crescente della "macchina" amministrativa e dell'aumento dei suoi compiti. E così subentrato un movimento centrifugo, in una duplice direzione. Da una parte, molte funzioni del potere centrale sono state assunte da organi regionali o sub-regionali; e quando esso si è rifiutato di attribuirle o di concederle, ne sono derivate rivendicazioni come nel caso del Paese Basco e in parecchie regioni balcaniche. Né sono mancate minacce di secessione (v. la Scozia) come alternativa radicale a un'autonomia ne-

gata o non sufficientemente riconosciuta. Dall'altra parte, alcune funzioni sono state trasferite a organizzazioni plurinazionali o sopranazionali. La vicenda dello Stato nell'Europa della seconda metà del secolo scorso è contrassegnata dall'affermarsi di livelli di potere inferiori o superiori a quello centrale, in una situazione di equilibrio più o meno stabile con esso.

2. L'integrazione europea quale risposta politico-istituzionale attraverso pace e diritti fondamentali

È difficile contestare che la prima vera risposta politica e istituzionale alla crisi dello Stato sovrano e ai problemi posti dalla globalizzazione sia data dal processo d'integrazione europea. Ma fino a che punto l'attuale Unione europea può considerarsi una risposta adeguata alle problematiche sinteticamente esposte? Essa esprime sin d'ora importanti novità istituzionali e politiche in questa direzione sotto più profili non privi, peraltro, di limiti e contraddizioni.

Certamente, una prima conquista di natura "sovranaazionale" è data dall'acquisizione, fra i Paesi membri, della *pace*. La nozione di sovranità si lega, nello *ius publicum europaeum*, a quella, per molti versi estensiva della sovranità stessa, della guerra, implicita possibilità nel rapporto fra Stati divisi da confini. La pace, invece, è un indiscutibile successo dell'integrazione europea proprio perché, pur non cancellandoli, ha ridimensionato i confini scolorendoli nelle proprie molteplici dinamiche. Gli Stati democratici condividono, quindi, quote di sovranità in primo luogo per garantire la pace, e le istituzioni comuni gestiscono quote di sovranità condivisa: in questo modo, i vincoli fra i Paesi e i popoli sono tali da non rendere più possibile che contrasti di interessi portino a una guerra.

Strettamente connesso al valore della pace è l'irrompere dell'affermazione e della *tutela dei diritti fondamentali della persona*. Una circostanza basilare, che evidenzia la crisi della tradizione dello Stato onnipotente, è data dal moltiplicarsi delle costituzioni democratiche del secondo dopoguerra, nelle quali questi diritti sono considerati inviolabili dai poteri pubblici e si ammettono limitazioni di sovranità. Si sancisce

che alcuni diritti appartengono agli esseri umani come tali, secondo quanto sancito dalla *Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo* delle Nazioni Unite approvata nel 1948, universale proprio in quanto ne proietta tutela ed eventuali sanzioni al di là dei confini nazionali.

Questa concezione si consolida in Europa con la nascita, nel 1949, del Consiglio d'Europa e la stipulazione, nel 1950, della *Convenzione per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali*. Per la prima volta nell'ambito del diritto internazionale si riconoscono concreti effettivi poteri di azione non più solo agli Stati ma ai singoli individui. Cade definitivamente la visione dell'esclusività della sovranità statale e si afferma l'idea che i diritti fondamentali non possono essere violati neanche dallo Stato. La creazione della Corte europea dei diritti dell'uomo ed il processo evolutivo delle Comunità europee costituiscono, nel nostro Continente, la prima consacrazione istituzionale di questa vera e propria rivoluzione.

L'affermazione e la tutela dei diritti fondamentali rappresentano, quindi, un ulteriore aspetto positivo ed efficace dell'integrazione europea, rafforzato all'inizio del terzo millennio dalla Carta di Nizza che offre il valore aggiunto di porre sullo stesso piano diritti individuali, collettivi, economici e sociali. Si tratta, tuttavia, di una parificazione che non sempre ha trovato riscontro nei fatti. Lo stesso principio di solidarietà, con forza e sotto più profili sancito da Lisbona, è per sua natura di portata sovranazionale, senza tuttavia riuscire anch'esso a trovare ancora adeguata applicazione. Va inoltre ricordato che la stessa Carta non incrementa le competenze dell'Unione (art. 51).

3. Soggettività delle persone, cittadinanza e moneta unica

Rispetto al tradizionale diritto internazionale, un'altra circostanza innovativa introdotta dall'ordinamento giuridico dell'Unione è il protagonismo sancito, accanto agli Stati membri ed alle istituzioni, anche e soprattutto alle *persone*; esse fanno parte della nuova "comunità" quali soggetti di diritto in "posizione egualitaria" rispetto ai primi due. Siamo, quindi, di fronte ad un sistema di integrazione che ha come perno la persona in quanto "cittadino/a" con il suo corredo di pretese.

In tale ambito, il riconoscimento ai cittadini europei di un ampio catalogo di diritti direttamente ostensibili dinanzi ad un giudice è una caratteristica che differenzia l'Unione europea da qualsiasi organizzazione intergovernativa e che la accomuna, piuttosto, agli Stati. In ordine alla loro tutela la Corte di giustizia, contrariamente alle Corti supreme federali, non ha però il potere di annullare le norme interne in contrasto con il diritto dell'Unione. L'applicazione di questo, l'abrogazione delle norme interne incompatibili e l'esecuzione delle sentenze della Corte di giustizia dipendono, in definitiva, dalla cooperazione degli Stati membri, il comportamento dei quali è coercibile solo entro ben precisi limiti da parte delle istituzioni dell'Unione. Anche il principio della prevalenza del diritto dell'Unione sul diritto interno sarà dunque applicabile fintantoché gli Stati membri lo consentiranno.

Il particolare "protagonismo" della persona nel sistema dell'Unione è, comunque, rafforzato dall'attribuzione ad essa, sul presupposto dell'appartenenza ad uno Stato membro, di un vero e proprio elenco di diritti, peraltro ancora ed inevitabilmente limitato, quale specifica espressione dello *status* giuridico di seconda *cittadinanza*, per la prima volta non riferita ad uno Stato sovrano. In particolare, il diritto di partecipare alle elezioni europee e locali sulla base del solo criterio della residenza è uno degli elementi chiave della cittadinanza europea. Già da ciò si desume che ciascun deputato al Parlamento europeo rappresenta i cittadini non solo di uno Stato ma di tutta l'Unione.

Tuttavia, non può non segnalarsi la singolare circostanza per cui un identico *status* si consegue attraverso vie a volte profondamente diverse considerato che, ovviamente, spetta alle sovranità statali il potere di disciplinare l'attribuzione delle rispettive cittadinanze nazionali o il riconoscimento delle altrui⁵. Si passa, infatti, dal più complesso requisito di lunghissimi anni di stabile residenza alla "semplice" (e discriminatoria) possibilità, addirittura, di acquisto della stessa (v. il caso di Malta).

Certo, non mancano importanti interventi della Corte di giustizia che, in più occasioni, ha riconosciuto forza e dignità all'istituto in que-

⁵ In quest'ultimo caso, tuttavia, nei limiti della non privazione di quella europea (sentenze del 7 luglio 1992, causa C-369/90, *Micheletti*, *Raccolta*, p. I-4239, e del 19 ottobre 2004, causa C-200/02, *Zhu e Chen*, *ivi*, p. I-9925).

stione tanto da ritenere essere destinato a costituire «lo status fondamentale dei cittadini degli Stati membri», come ripetutamente affermato a partire dalla sentenza *Grzelczyk*⁶. E più recentemente sembra delinear-si, pur con qualche incertezza, una linea giurisprudenziale favorevole a “usare” lo *status* di cittadino europeo per comprimere le residue competenze statali, ricollegando, per il principio dell’effetto utile, alla sfera di applicabilità del diritto europeo materie che i Paesi membri hanno voluto riservarsi⁷.

Ben altro rilievo assumerebbe la cittadinanza dell’Unione se essa fosse attribuita attraverso un’autonoma disciplina giuridica prevista dall’ordinamento unionale. Potrebbe, per questa via, trovare un’idonea soluzione la contraddittoria vicenda degli stranieri provenienti da Paesi terzi ormai lungoresidenti in Europa, dove hanno ormai definitivamente collocato la propria sede familiare, sociale ed economica. Ad essi sarebbe offerto l’esercizio di un minimo catalogo di diritti, sottraendoli da quella sorta di “apolidia politica” che frequentemente li caratterizza. Il nesso tra nazionalità e diritti va, quindi, necessariamente riconsiderato nella misura in cui, nell’ambito dei grandi flussi migratori, rischia di produrre esclusioni e conseguenze antidemocratiche.

Analogia singolarità, in quanto anch’essa non riferita all’esistenza di uno Stato sovrano, è espressa dalla *moneta unica*, frutto di una scelta indubbiamente coraggiosa dei Paesi che vi aderiscono ma anch’essa non priva di palesi criticità in ordine al suo funzionamento. Infatti, la mancanza di capacità strategica in governanti privi di adeguata statura politica ha lasciato il progetto a metà strada, con le ovvie conseguenze negative emerse al momento in cui, partita dagli Stati Uniti una grave crisi economica, le relative contraddizioni sono esplose. La moneta unica è in grado di funzionare in maniera equa ed efficiente solo se integrata in una politica economica e fiscale unitaria dei diciannove Paesi dell’Eurozona.

E quindi l’unica via d’uscita consiste nel rovesciamento di uno scenario prevalentemente intergovernativo come l’attuale, in cui la parte

⁶ Sentenza del 20 settembre 2001, causa C-184/99, *Raccolta*, p. I-6193, punto 31.

⁷ V. le sentenze del 2 marzo 2010, causa C-135/08, *Rottmann*, *Raccolta*, p. I-1449, dell’8 marzo 2011, causa C-34/09, *Ruiz Zambrano*, *ivi*, p. I-1177, e del 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Dereci*, *ivi*, p. I-11315.

del leone è inevitabilmente giocata dagli Stati più forti che ragionano nella logica della loro individuale convenienza. Si tratta invece di adottare scelte economiche di segno ben diverso, ponendovi al centro la *solidarietà*, innalzata a principio giuridico del sistema dal Trattato di Lisbona, e di effettuare rilevanti investimenti nelle politiche di coesione per il progresso delle zone meno sviluppate economicamente. In effetti, è proprio tale principio che qualifica (o dovrebbe qualificare) in termini significativamente diversi la particolare e organica forma di cooperazione interstatale espressa dall'Unione.

4. Il permanente protagonismo degli Stati nazionali nell'Unione europea

Il sistema dell'Unione europea, quindi, evidenzia una molteplicità di elementi che potrebbero prefigurare una declinazione in senso di realtà politico-istituzionale di carattere sovranazionale, pur con alcuni limiti comunque in essi presenti. È, tuttavia, inutile nascondere che il cammino verso un'integrazione di carattere più squisitamente politico fra gli Stati membri è tuttora impervio e ricco di ostacoli.

Comunque, il Trattato di Lisbona, pur introducendo significative innovazioni, non ha modificato l'impianto politico del sistema tuttora ben fondato sul controllo degli Stati nazionali. D'altronde, va ribadito che in questi decenni è discutibile affermare che si siano verificate vere e proprie cessioni di sovranità alle Comunità ed ora all'Unione europea. Una volta creato, l'ente sovrano non dipende più dai soggetti che l'hanno costituito e ne sono membri ma acquisisce esso stesso il potere di autodeterminarsi.

Non è questo che si verifica per l'Unione europea. Se qualcuno nutra dei dubbi in proposito, proprio Lisbona ha fornito ulteriori chiarimenti della situazione introducendo sia la formalizzazione del recesso (art. 50 TUE), peraltro implicitamente ipotizzabile già in precedenza, sia e soprattutto la reversibilità dell'*acquis*. Per la prima volta, quest'ultimo viene messo in discussione al momento in cui si riconosce al governo di qualsiasi Stato membro – oltre che al Parlamento europeo o alla Commissione – la facoltà di sottoporre al Consiglio progetti intesi

a modificare i Trattati anche nel senso di *ridurre* le competenze attribuite all'Unione (art. 48, par. 2 TUE).

Finché gli Stati rimangono – come ha affermato la Corte costituzionale di Germania nella nota sentenza del 30 giugno 2009⁸ – i padroni dei Trattati istitutivi della Comunità e dell'Unione europea, sono essi che stabiliscono ancora le regole del gioco di molte relazioni inter- e intra-statali. In realtà, il Trattato di Lisbona resta sempre fondato sul *principio di attribuzione*, per cui l'Unione agisce nei limiti rigorosi delle competenze che ad essa sono conferite. Il processo di unificazione europea non è dunque irreversibile, perché gli Stati membri rimangono liberi, indipendentemente dalla volontà delle istituzioni “comunitarie”, di riappropriarsi dei poteri che all'Unione erano stati trasferiti.

È quindi difficile non condividere l'opinione della Corte tedesca per cui è ormai impossibile un'evoluzione graduale dell'Unione europea in senso federale, sulla base dello sfruttamento dei meccanismi impliciti nei Trattati; se si vuole un'unione politica bisogna affrontare il nodo della statualità e agire al di fuori dei Trattati vigenti.

5. *Necessità dell'integrazione politica europea*

L'assenza di un quadro politico-istituzionale di tipo federale pone un ulteriore problema di notevole portata. Pur sotto il controllo degli Stati membri, è indubbio che nel corso dei decenni all'Unione siano stati trasferiti, anche se non necessariamente in via definitiva, poteri importanti sottraendoli alla gestione e al controllo delle istituzioni nazionali. È noto, altresì, che la qualità democratica della struttura istituzionale “comunitaria” è sempre stata caratterizzata dal riconoscimento di un *deficit* legato soprattutto allo scarso rilievo assunto dall'istituzione parlamentare europea, ancora lontana parente di quelle nazionali sotto il profilo dei poteri esercitati. D'altronde, l'indiretta rappresentatività espressa dal Consiglio attraverso l'investitura democratica ricevuta dai governi all'interno dei rispettivi Stati non poteva certo essere ritenuta sufficiente.

⁸ BVerfG, 2 BvE 2/08 del 30 giugno 2009.

Solo con il Trattato di Amsterdam si è formalmente sancito che il principio della democrazia si applica anche all'Unione (ora art. 6 TUE), pur se ancor oggi esso resta abbastanza indefinito. Infatti, con Lisbona nel TUE e nel TFUE, sotto i titoli "Vita democratica dell'Unione" e "Diritti dei cittadini", rispettivamente, vengono radunate una serie di previsioni apparentemente slegate fra loro. Non può non sottolinearsi, comunque, che con il Trattato del 2007 si è registrato un notevole progresso grazie all'introduzione della *procedura legislativa ordinaria* e la notevole *estensione dei poteri di codecisione attribuiti al Parlamento europeo*, pur con l'ingombrante eccezione della politica estera e di sicurezza comune. E presenta sicuri elementi di garanzia democratica il controllo da parte dei Parlamenti nazionali del rispetto dei principi di sussidiarietà e proporzionalità. Alla base dell'Unione vi è, quindi, una doppia struttura di legittimità, costituita sia dalla totalità dei cittadini dell'Unione sia dai popoli dell'Unione organizzati nelle costituzioni dei rispettivi Stati membri.

Rimangono peraltro le contraddizioni emergenti da un sistema istituzionale nel quale la composizione dell'esecutivo (la Commissione), in quanto formata da individui indicati dalla maggioranze nazionali, non rispecchia necessariamente la conformazione politica del Parlamento europeo. Si tratta di un palese limite solo attenuato dal rapporto stretto, accentuato nell'ultima elezione del 2014, tra la scelta del Presidente della Commissione ed il risultato elettorale.

Last but not least, i continui rinvii sulla pur prevista modifica della composizione della Commissione (pletorica via via che aumenta il numero degli Stati membri) ed i pasticci sul voto a maggioranza nel Consiglio (sottoposto anch'esso a mille distinguo e paletti) non evidenziano una volontà politica di procedere verso la maggiore integrazione europea.

Non dimentichiamo, inoltre, che il "diritto europeo dell'emergenza" (*Fiscal Compact, Meccanismo Europeo di Stabilità, Six e Two Pack*) ha in parte vanificato i passi avanti nella legittimazione democratica registrati con Lisbona, recuperando la logica del diritto internazionale e quindi della sovranità statale.

Tale recupero, in realtà, rischia di essere fittizio o puramente nominale considerata la crescente subalternità dei singoli Stati alle logiche e ai po-

teri del capitalismo soprattutto finanziario. Non si tratta, infatti, soltanto di procedere a nuovi passi avanti nell'articolazione dei poteri fra le istituzioni dell'Unione e di rafforzare "semplicemente" peso e ruolo del Parlamento europeo in funzione della sua rappresentatività. Il principio in gioco, in una prima fase, resta quello di *attribuzione*, nel senso che va progressivamente ridisegnata la distribuzione di poteri non solo fra le istituzioni "comunitarie" ma, soprattutto, fra queste e gli Stati.

È innegabile che la democrazia, fermandosi ai confini nazionali, mostra preoccupanti segni di debolezza. Essa ha perso il contatto con i grandi problemi e rischia di ridursi a governare aspetti secondari della vita politica. Il popolo rischia di essere progressivamente escluso dal controllo delle questioni determinanti per il suo avvenire. Il processo di globalizzazione, moltiplicando i problemi che possono avere solo una soluzione a livello mondiale, mette in crisi la democrazia.

In proposito è significativa la "soluzione" della grave crisi greca del luglio 2015. In essa, a fronte di un chiaro risultato emerso dal referendum popolare indetto da governo contrario all'accettazione delle condizioni imposte dall'Unione per evitare il fallimento del Paese, lo stesso governo ha dovuto sostanzialmente accettarle pochi giorni dopo. Si è avuta la palese dimostrazione che, in realtà, non esistevano scelte alternative in quanto la sovranità nazionale, in materia, era da tempo già limitata; essa lo è in maniera diffusa, dove più dove meno, nell'intera Comunità internazionale contemporanea sempre più espressione di molteplici intrecci economici e politici che travalicano i singoli Stati. Il problema si sposta quindi sulla necessità di legare l'avvenuto trasferimento o depauperamento di tali poteri nazionali a una nuova dimensione dei controlli democratici.

In un'Unione europea della quale fanno parte ventotto Membri, alcuni dei quali dichiaratamente contrari ad ulteriori forme di integrazione politica, è tuttavia illusorio pensare a una graduale trasformazione della struttura attuale in senso federale, e diviene invece inevitabile porsi nell'ottica dell'iniziativa di alcuni Stati che, con un atto di rottura rispetto ai Trattati esistenti, decidano di dar vita a un primo nucleo di effettiva integrazione politica e sottopongano un progetto chiaro in questo senso ai cittadini. Ma si può, comunque, partire dal ricorso più accentuato allo strumento delle *cooperazioni rafforzate* (art. 20 TUE e 326 ss. TFUE),

promuovendo forme più avanzate di integrazione fra gli Stati disponibili. Il *deficit democratico* che dobbiamo affrontare in questi anni si riferisce, appunto, alla necessità di un governo concreto dei fenomeni sovranazionali oltre che al “tradizionale” livello di democrazia delle istituzioni europee.

Nel corso degli ultimi decenni, questa capacità di governo dell’economia è venuta meno, e nello stesso tempo è entrato in crisi anche il modello del *welfare state*, che nel dopoguerra aveva rappresentato la caratteristica distintiva dello sviluppo socio-economico europeo. La crisi economica in corso ha visto il tentativo degli Stati europei, soprattutto dei maggiori, di riprendere in mano le redini della vita economica attraverso il controllo dei mercati finanziari e il sostegno alle imprese, in maniera da ridurre le conseguenze che essa ha avuto sul mercato del lavoro e la sussistenza degli individui; la dimensione della crisi è, tuttavia, sovranazionale e una risposta efficace non può certamente venire dal singolo Stato.

È sufficiente por mente all’inadeguatezza dei Paesi europei di fronte ad una situazione internazionale nella quale si amplificano le crisi nel Mediterraneo meridionale, in cui alla vetusta questione israelo-palestinese si è pesantemente aggiunta l’avanzata del Califfato islamico e nel quale confluiscono imponenti flussi migratori accentuati dall’instabilità di molti governi e dalle guerre in atto. Ma anche rimanendo nel nostro Continente, la crisi dell’Ucraina e la crescente voglia di protagonismo da parte russa mettono in discussione vecchie e labili certezze.

L’impossibilità da parte dei singoli Paesi di fornire risposte adeguate li porta allora incredibilmente non a comprendere i propri limiti ma a “resuscitare” improbabili aspirazioni a rinchiudersi nei propri confini, come l’infermo che si rifiuta di affrontare la propria malattia. È indispensabile comprendere che la nostalgia del vecchio Stato nazione non solo è inutile ma diventa pericolosa. Spesso, ogni volta che le identità nazionali vogliono riaffermarsi con forza tendono a confondersi con ideologie e pratiche religiose fanatiche, ben lontane dalle idealità e dalla creatività che hanno caratterizzato il patriottismo in epoche passate.

È peraltro vero che la rivitalizzazione del processo d’integrazione, nella speranza di superare i limiti dell’attuale anomala democrazia europea, e la costruzione delle relative condizioni politiche si possono ba-

sare solo sulla capacità dell'Europa di recuperare consensi. Per far questo essa deve dimostrare di essere indispensabile per superare la crisi economica e per contribuire a risolvere i conflitti e le problematiche internazionali in atto. Solo su queste basi è pensabile che siffatto processo possa costituire un fattore in grado di aggiungere valore in termini di democrazia e corrispondere al motto di Cicerone nelle *Tusculanae ubi bene ibi patria*. La globalizzazione è una realtà di libera circolazione degli attori priva di un "progetto di società". All'Europa spetta il compito di costruire tale progetto, ma liberandosi dalla constatazione di Chabod per cui essa è un continente «con gli occhi rivolti più al suo passato che al suo presente»⁹.

È ora che gli Stati europei si confrontino con il presente per prepararsi al futuro, operando le necessarie scelte strategiche.

⁹ CHABOD, *Corso di storia moderna, Anno accademico 1943-44*, Varese-Milano, 1944, p. 66.

INVITO ALLA LETTURA DI LUIGI FERRARI BRAVO SULL'ARTICOLO 177 DEL TRATTATO CEE

Giandonato Caggiano

1. Questa breve nota celebrativa intende invitare i giovani alla lettura (e i meno-giovani alla rilettura) dei fondamentali contributi di Luigi Ferrari Bravo sull'interpretazione pregiudiziale nella fase costituente dell'ordinamento comunitario¹, limitandosi a "lasciar scorrere la sua riflessione" tramite citazioni scelte dai suoi testi.

Il Maestro contribuì in modo rilevante alla fondazione della dottrina del diritto comunitario, affermando il suo metodo innovativo ed evidenziando similitudini e differenze con il diritto internazionale. Egli dedicò una parte importante del suo impegno scientifico alla riflessione sul fenomeno giuridico (allora emergente) dell'integrazione europea, partecipando da protagonista autorevole alla scuola napoletana. Basti pensare ai due commentari ai Trattati CEE e CECA ai quali egli diede un contributo fondamentale, insieme a Benedetto Conforti e Antonio Tizzano, anche nel comitato di redazione a capofila di una fucina di giovani studiosi che continueranno nel tempo ad alimentare gli studi della materia.

Malgrado agli inizi del cammino comunitario, il ricorso pregiudiziale stentasse ad affermarsi fra i giudici nazionali, la dottrina riconobbe questo meccanismo come la chiave di volta dei rapporti fra ordinamento comunitario e ordinamenti nazionali. Il dibattito si sviluppò sulla natura giuridica dell'originale meccanismo; sull'incidenza sull'interpretazione del diritto comunitario e, indirettamente, del diritto interno; sul significato delle sentenze della Corte di giustizia, in particolare se la loro efficacia dovesse essere limitata alla soluzione della causa principale, estendersi *erga omnes* oppure attestarsi su ipotesi intermedie.

¹ Per un quadro d'insieme della dottrina e sino al 1986 ci sia consentito rinviare al nostro lavoro, *La dottrina italiana nella fase costituente dell'ordinamento giuridico comunitario*, in *St. Int. Eur.*, 2013, p. 441 ss.

2. I contributi sull'art. 177 CEE², alla cui lettura integrale rinviamo, sono stati pubblicati nel *Commentario CEE*³ e in *Comunicazioni e studi* dell'Istituto di diritto internazionale dell'Università di Milano⁴ che ospitò, sin dalla nascita delle tre originarie istituzioni, numerosi contributi di diritto comunitario.

Anche se successivo al *Commentario CEE*, conviene partire dal saggio pubblicato su *Comunicazioni e studi*. Infatti, nella sua Parte I si ritrovano importanti considerazioni di carattere sistematico sull'oggetto del diritto comunitario e sulla *ratio* del meccanismo di cooperazione fra i giudici nazionali e la Corte di giustizia. L'Autore vi analizza i possibili modelli alternativi di tipo strettamente internazionalistico e il modello prescelto dal Trattato CEE giudicato innovativo ma non "rivoluzionario".

In primo luogo, la novità della CEE rispetto alle organizzazioni internazionali di tipo classico: «Si può dire anzi che proprio la presenza, nei Trattati di Roma, di norme quali, per la CEE, l'art. 177 (...), individui uno dei caratteri fondamentali (anche se, beninteso, non il solo) che differenziano le Comunità europee dalle organizzazioni internazionali in genere, oggi solidamente inseritesi nella realtà della vita di relazione degli Stati; norme di questo genere, insieme ad altri dati, lasciano ricostruire un "tipo" nuovo di organizzazione internazionale, la cui attività si proietta non solo e non tanto sulle relazioni internazionali degli Stati membri, ma piuttosto ed essenzialmente sulla vita interna dei medesimi, rispetto alla quale si pone come un fattore fondamentale di evoluzione» (*Com. st.*, 1966, p. 417).

In secondo luogo, l'autonomia degli strumenti interpretativi del diritto comunitario rispetto a quelli del diritto internazionale. In premessa si sottolinea che le differenze del metodo interpretativo della nuova disciplina derivano dal diverso settore dell'esperienza giuridica coperta dal diritto comunitario: «Ne consegue che l'origine internazionale delle

² La numerazione corrisponde a quella originaria del Trattato di Roma.

³ L. FERRARI BRAVO, *Commento sub art. 177*, in R. QUADRI, R. MONACO, A. TRABUCCHI (a cura di), *Commentario CEE*, III, Milano, 1965, p. 1310 ss., spec. p. 1332.

⁴ ID., *Problemi interpretativi dell'art. 177 del Trattato CEE*, in *Com. st.*, Milano, vol. XII, 1966, 415 ss. L'intera serie di *Comunicazioni e studi* è disponibile *on line* (<http://users2.unimi.it/comestudi/>).

disposizioni che disciplinano la Comunità, siano esse da riportarsi direttamente ai Trattati, siano esse da riportarvisi indirettamente per il tramite dei procedimenti di produzione giuridica previsti dai Trattati medesimi, può avere, in molti casi, scarso rilievo, sia sul piano dell'interpretazione (sistematica e non), sia su quello dell'applicazione. Nel senso che le norme comunitarie, nel loro contenuto, regolano materie ed esprimono esigenze che non sono quelle tradizionalmente prese in considerazione dalle norme internazionali, ma che si collocano invece, logicamente e storicamente, sul piano degli ordinamenti interni, beninteso visti qui nella loro sintesi "comunitaria". Gli schemi interpretativi, le analogie, gli strumenti logico-domatici del diritto internazionale si rivelano pertanto molto spesso inadeguati ad intendere il senso del diritto comunitario, *dato che esso si inserisce (o per lo meno tende, nel suo farsi, ad inserirsi) in un settore dell'esperienza giuridica diverso da quello del diritto internazionale e più vicino ai diritti interni (corsi-vo nostro)*» (*Com. st.*, 1966, p. 418).

La necessità di regolare in maniera il più possibile uniforme i diversi settori della vita economica dei sei Stati per ottenere un sincronismo del funzionamento dei sistemi giuridici interni: «(...)il principio secondo il quale lo Stato è libero nella scelta dei mezzi con i quali eseguire, anche e soprattutto sul piano dell'ordinamento interno, gli obblighi derivanti da norme internazionali ha, sul piano dei Trattati comunitari, ben scarso valore. Il sistema comunitario ha, rispetto alle altre norme internazionali, un grado di elasticità più ridotto, dato che anche piccole difformità possono gravemente compromettere l'armonico funzionamento della struttura» (*Com. st.*, 1966, p. 419).

Per quanto riguarda l'impatto delle peculiarità del diritto comunitario sul sistema di garanzie: «L'insufficienza del sistema tradizionale dei ricorsi internazionali a soddisfare le esigenze del diritto comunitario (...) è resa d'altra parte più grave se si considera che le norme comunitarie non conoscono alcun procedimento di esecuzione forzata, contro lo Stato che ad essa spontaneamente non si conformi, della sentenza di condanna» (*Com. st.*, 1966, p. 420).

Di qui l'importanza del procedimento previsto dall'art. 177, in cui «l'attività dell'organo giurisdizionale della Comunità si inserisce nel processo interno, coordinandosi con quella dei giudici naziona-

li»: «La posizione degli organi giudicanti viene dunque in primo piano in un sistema di norme internazionali che, in tanto hanno un senso, in quanto operino accanto alle norme interne ed in relazione alla vita interna degli Stati. Le ipotesi di responsabilità dello Stato per l'attività dei propri organi giurisdizionali sono pertanto, in un sistema del genere, suscettibili di moltiplicarsi rapidamente (...). Ma, se ciò è vero, è anche vero che i tradizionali criteri vigenti nel diritto internazionale non sarebbero suscettibili, sul piano comunitario, di proficua applicazione. Non sarebbe stato in altri termini prudente lasciare ai giudici interni il compito di interpretare ed applicare il diritto comunitario, salvo intervenire successivamente, attraverso il ricorso di uno Stato membro o dell'esecutivo della Comunità, per far valere, innanzi alla Corte di giustizia, la responsabilità dello Stato per violazione del diritto comunitario da parte dei suoi organi giurisdizionali (...)» (*Com. St.*, 1966, p. 421).

«I trattati di Roma quindi, pur lasciando ai giudici nazionali di decidere sovranamente, anche in quei casi in cui la decisione presuppone l'applicazione del diritto comunitario, hanno voluto istituire un sistema, per così dire, preventivo, che ragionevolmente permetta di supporre che l'ipotesi di responsabilità dello Stato per violazione degli obblighi comunitari conseguente all'attività dei suoi organi giurisdizionali sia da considerarsi del tutto eccezionale e patologica» (*Com. St.*, 1966, p. 423).

Quanto alla tesi secondo la quale nell'ipotesi in esame la Corte agirebbe come giudice interno⁵, considerato che la sua pronuncia è destinata a spiegare effetti nel processo interno: «(...)la pronuncia della Corte non ha, a ben vedere, effetti diretti sulla decisione interna, e non dà luogo, in ordine alla lite pendente davanti al giudice nazionale, ad una sentenza soggettivamente complessa; ma produce piuttosto un effetto indiretto, per il tramite dell'obbligo del giudice interno di uniformarsi al principio di diritto fissato dalla Corte di giustizia (...). Ma, a parte ciò, non si saprebbe come spiegare, dal punto di vista della teoria in esame, i caratteri del giudizio che, sul rinvio operato dal giudice inter-

⁵ G. MORELLI, *La Corte di giustizia delle Comunità europee come giudice interno*, in *RDI*, 1958, p. 3 ss.

no, si svolge innanzi alla Corte di giustizia. La presenza, nel processo, delle istituzioni comunitarie e degli Stati membri, più sopra ricordata, ha significato solo se il giudizio innanzi alla Corte si inquadri, anche in questa ipotesi, nel sistema comunitario ed in esso soltanto. La Corte che, dal punto di vista strutturale, è sempre organo della Comunità, lo è altresì nello svolgimento di tutti i suoi compiti istituzionali, anche di quelli qui in esame» (*Com. St.*, 1966, p. 425 s.).

«Trattasi invero, a differenza dei tradizionali tribunali internazionali, ed in particolare della Corte internazionale di giustizia, di una giurisprudenza estremamente coraggiosa e soprattutto finalizzata nella tendenza a dare un'interpretazione evolutiva ai Trattati che promuova una sempre più intensa realizzazione degli obiettivi di integrazione che questi ultimi si sono proposti. Può darsi che in questo modo la giurisprudenza della Corte di giustizia delle Comunità europee finisca talvolta per sostenere posizioni eccessive, e comunque non strettamente necessarie per rispondere al quesito proposto, sotto questo profilo prestandosi a notevoli dibattiti e a qualche perplessità. Certo è però che la Corte manifesta, a differenza dei tribunali internazionali, la tendenza a pronunciarsi non appena ciò sia possibile, superando le eccezioni che, soprattutto dagli Stati, vengono proposte. La Corte cioè mostra la consapevolezza di essere un fattore attivo dell'integrazione comunitaria, opponendosi di conseguenza alle tendenze particolaristiche e restrittive fatte valere dagli Stati membri» (*Com. st.*, 1966, p. 427).

Per Ferrari Bravo occorre distinguere fra effetti giuridici ed autorità delle sentenze di interpretazione pregiudiziale. La sua posizione era contraria al riconoscimento dell'efficacia *erga omnes*⁶ distinguendo fra l'*autorità della sentenza* e i suoi *effetti giuridici* ma riteneva che quanto detto dalla Corte avesse per effetto l'eliminazione di dubbi interpretativi da parte di altri giudici nazionali: «Qui vengono presi in considerazione i caratteri generali del procedimento ex 177 e l'esigenza, dalla quale procede tutto il meccanismo in esame, di assicurare l'uniforme interpretazione e, di conseguenza, la corretta applicazione del diritto comunitario. Proprio perché la pronuncia della Corte attiene solo al

⁶ A. TRABUCCHI, *L'effet erga omnes des décisions préjudicelles rendues par la Cour de justice des Communautés européennes*, in *RTD eur.*, 1974, 56-87.

primo aspetto, mentre l'applicazione del diritto è compito del giudice interno, essa, pur avendo degli effetti giuridici limitati, si solleva, naturalmente, al di là della specie decisa. E proprio per questa ragione essa ha un'autorità (ma non degli effetti giuridici) più vasta, investendo tutte le possibili ipotesi in cui la medesima questione si ripresenti davanti ad un giudice interno» (*Commentario CEE*, III, p. 1332).

«Nel caso dell'interpretazione del Trattato o degli atti, la sentenza della Corte, proprio perché resa in ordine ad un'ipotesi astratta, dichiara, obiettivamente, quale è il senso della norma comunitaria (II). Tale sentenza quindi, se, in quanto tale, incide soltanto sulla soluzione della lite nel corso della quale la Corte fu adita, vale, tuttavia, al di là di quel ristretto ambito, come punto di orientamento in tutta la Comunità, acquistando perciò un rilievo ben più ampio della sfera dei suoi effetti giuridici (...). La sentenza della Corte, nelle ipotesi che studiamo, fa giurisprudenza, e pertanto orienta sia l'attività delle istituzioni comunitarie, sia quella degli Stati, sia la giurisprudenza dei Tribunali nazionali. Se così non fosse, non avrebbe senso l'intervento, nel giudizio su ricorso del giudice nazionale, dell'esecutivo comunitario, nonché degli Stati membri anche diversi da quello cui appartiene il giudice *a quo*, intervento che è previsto dall'art. 20 del Protocollo sullo Statuto della Corte di giustizia e della cui possibilità i legittimati fanno largo uso (...)» (*Com. st.*, 1966, p. 425).

Cruciale la distinzione fra *interpretazione* e *applicazione del diritto comunitario*: «Il centro della discussione è costituito dalla distinzione fra interpretazione del diritto comunitario la quale, su ricorso dei tribunali interni, è di competenza della Corte di giustizia, ed applicazione del diritto medesimo, che invece resta, nel procedimento ex art. 177, di competenza del giudice nazionale. Su questo punto la giurisprudenza della Corte è stata, fin dagli inizi, fermissima nel sottolineare, almeno in astratto, la linea di demarcazione fra le due sfere di competenza, tanto che l'affermazione circa l'esclusiva potestà dei giudici nazionali per l'applicazione delle norme del Trattato può considerarsi ormai una clausola di stile nella motivazione delle sentenze rese ai sensi dell'art. 177 (...).

La distinzione trova il suo fondamento nella logica del sistema instaurato con l'art. 177, il quale non mira, come già fu sottolineato, ad

investire la Corte della decisione della lite, facendone così una sorta di organo di appello o, se del caso, di ultima istanza rispetto ai tribunali nazionali. Sussiste pertanto la possibilità di una falsa applicazione del diritto comunitario da parte dei giudici nazionali (con conseguente, eventuale responsabilità dello Stato a cui essi appartengono), sia ove si ometta, da parte degli organi di ultima istanza a ciò obbligati, il ricorso alla Corte di giustizia (nel qual caso si può avere una duplice ipotesi di responsabilità, per inosservanza dell'art. 177, e per eventuale falsa applicazione, o disapplicazione, della norma comunitaria), sia ove, pur essendosi fatto luogo al ricorso alla Corte, il giudice nazionale ometta di uniformarsi al principio di diritto fissato da quest'ultima. Ma anche se ciò avvenga, la circostanza non influirà sulla validità della sentenza nazionale, che resta regolata dal diritto interno, bensì sulla liceità della medesima, in quanto integrante un comportamento di un organo giurisdizionale dello Stato (comportamento quindi imputabile allo Stato) contrario al diritto comunitario (...). Né l'eventuale illiceità della sentenza interna potrà essere invocata dalle parti in lite; essa potrà essere fatta valere, nel giudizio previsto dagli art. 169 e 170, rispettivamente dalla Commissione e dagli Stati membri, con un ricorso contro lo Stato cui il giudice interno appartiene» (*Com. st.*, 1966, p. 431 s.).

La presenza di una precedente decisione interpretativa sul punto indurrebbe il giudice a ritenere inesistente la questione stessa, persuadendolo dell'assenza del dubbio, condizione prima perché scatti persuadendolo dell'assenza del dubbio, condizione prima perché scatti il meccanismo del 177 CEE (anzi pre-condizione logica del procedimento). Quanto alla questione della rilevanza delle pronunce della Corte nei vari livelli di giudizio interno: «(...)potrà accadere che proprio sull'interpretazione di una norma del Trattato o di un atto, accolte dalla Corte, portino il giudice nazionale a concludere che detta norma, o l'atto in questione, non siano rilevanti ai fini della decisione della lite (...). Tale giudizio d'irrilevanza, successivo alla pronuncia della Corte, non è in contraddizione con il precedente giudizio di rilevanza della questione, dato che quest'ultimo si fondava sull'esistenza di una pluralità di alternative che ora è scomparsa. Al contrario, il potere, testé descritto, del giudice nazionale, è il logico completamento di quello, che dall'art. 177 discende, di decidere sulla rilevanza della questione.

L'irrelevanza successiva, se così può definirsi il fenomeno qui indicato, può ovviamente manifestarsi anche in un grado ulteriore di giudizio: in sede cioè di riforma della decisione interna emanata dopo la pronuncia della Corte di giustizia» (*Com. st.*, 1966, p. 467 s.).

Nella prassi giudiziaria italiana degli anni successivi Ferrari Bravo segnalò la strumentalità e la deformazione di rinvii alla Corte di giustizia nell'ambito di procedimenti su decreti ingiuntivi⁷: «(una) curiosa prassi giudiziaria, tutta italiana, di ricorso dell'art. 177 CEE. Si tratta del rinvio pregiudiziale alla Corte comunitaria nel quadro di un procedimento diretto all'emanazione di un decreto ingiuntivo, prima che il decreto stesso sia emanato, dunque nella fase che precede l'instaurazione (del resto solo eventuale in questo tipo di procedimento) del contraddittorio» (*Com. st.*, 1975, p. 299).

L'aspetto quantitativo – undici ricorsi su decreti ingiuntivi dal 1970 al 1975 contro dieci ricorsi per interpretazione pregiudiziale di altro tipo dal 1958 al 1975 – è indicativo della cultura giudiziaria dell'epoca, che viene così descritta: «La verità è che la Corte di giustizia delle Comunità Europee, tanto diversa dalle altre corti internazionali per il coraggio della sua giurisprudenza e la spiccata tendenza a ritenere, appena possibile, la giurisdizione, ha accentuato oltre misura, nei giudizi ex art. 177, queste caratteristiche. Giustamente preoccupata delle remore psicologiche che possono frenare il giudice interno (specie se d'ultima istanza, dunque di grado elevato) nel trasferire ad altro organo il compito di giudicare su un punto di diritto, essa ha mirato a non sciupare nulla di ciò che, all'inizio con il contagocce, veniva inviato dai giudici nazionali. Così, in due fra i primi casi, la Corte, adita con la semplice trasmissione *tel quel* del fascicolo di causa, si sostituì essa stessa al giudice interno, interpretandone la volontà, e trasse dagli atti di causa la questione da risolvere (...).

È questa un'attività, che non esitiamo a definire didattica, per aver svolto la quale la Corte ha certo grande merito, anche politico. Ma ormai, svezziati i giudici nazionali (anche, in fondo, quelli italiani) simili forzature dei testi sempre meno si giustificano. Specie poi se, ad un più

⁷ v. L.FERRARI BRAVO, *I decreti ingiuntivi italiani e la Corte di Giustizia comunitaria*, in *Com. st.*, XIV (Studi Morelli), Milano, 1975, p. 297 ss.

meditato esame, il loro risultato può rivelarsi contrario alla giustizia sostanziale» (*Com. st.*, 1975, p. 311 s.).

Il percorso per l'affermazione definitiva dell'interpretazione pregiudiziale nel sistema comunitario era appena iniziato e avrebbe portato i giudici nazionali a diventare un elemento costituzionale del sistema giurisdizionale dell'Unione europea.

Il cammino comunitario si svolse sotto lo sguardo del Maestro che continuò a seguire gli sviluppi della questione dell'interpretazione pregiudiziale nell'insegnamento ad allievi, studenti e operatori del diritto.

L'IMMUNITÀ GIURISDIZIONALE DELLO STATO TRA DIRITTO INTERNO E DIRITTO INTERNAZIONALE

Elena Sciso

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *La giurisprudenza interna successiva alla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale.* – 3. *Segue: la questione della giurisdizione nelle più recenti pronunce del Tribunale di Firenze.* – 4. *Gli interventi legislativi in materia di misure esecutive contro i conti correnti di Stati stranieri.* – 5. *Considerazioni conclusive.*

1. Premessa

La sentenza n. 238/2014 della Corte costituzionale¹ ha riaperto sul

¹ Tra i molti commenti al riguardo v., tra gli altri, C. TOMUSCHAT, *The National Constitution Trumps International Law*, *Italian JPL*, 2014, p. 189 ss.; R. KOLB, *The Relationship Between the International and the Municipal Legal Order: Reflections on the Decision no 238/2014 of the Italian Constitutional Court*, in *QIL*, 2014, *Zoom out II*, p. 5 ss., disponibile su www.qil-qdi.org; nonché gli interventi di L. GRADONI, *Corte costituzionale italiana e Corte internazionale di giustizia in rotta di collisione sull'immunità dello Stato straniero dalla giurisdizione civile*, *SIDIBlog* del 27 ottobre 2014, disponibile su www.sidi-isil.org; ID., *Giudizi costituzionali del quinto tipo. Ancora sulla storica sentenza della Corte costituzionale italiana*, *ivi*, del 10 novembre 2014; P. DE SENA, *Spunti di riflessione sulla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale*, *ivi*, del 30 ottobre 2014; ID., *Norme internazionali generali e principi costituzionali fondamentali, fra giudice costituzionale e giudice comune (ancora sulla sentenza 238/2014)*, *ivi*, del 17 novembre 2014; F. FONTANELLI, *I know it's wrong but I just can't do right: First impressions on judgment no. 238 of 2014 of the Italian Constitutional Court*, *Verfassungsblog* del 27 ottobre 2014, disponibile su www.verfassungsblog.org; T. SCHILLING, *The Dust Has Not Yet Settled: The Italian Constitutional Court Disagrees with the International Court of Justice, Sort of*, *EJIL: Talk!* del 12 novembre 2014, disponibile su www.ejiltalks.org; P. PALCHETTI, *Judgment 238/2014 of the Italian Constitutional Court: In search of a way out*, in *QIL* 2014, *Zoom out II*, p. 44 ss., disponibile su www.qil-qdi.org; B. CONFORTI, *La Corte costituzionale e i diritti umani misconosciuti sul piano internazionale*, in *Giur. cost.*,

piano interno e su quello internazionale una vicenda che per alcuni anni ha opposto l'Italia alla Germania e che pareva essere stata chiusa dalla decisione della CIG, del 3 febbraio 2012²; a seguito di tale pronuncia i giudici italiani saranno assai verosimilmente chiamati a misurarsi ancora una volta con la questione dell'ammissibilità dei ricorsi promossi in sede civile contro la Germania da vittime o parenti di vittime dei crimini commessi dalle truppe del Terzo Reich, sul territorio italiano, durante il secondo conflitto mondiale.

È altresì probabile che a motivo delle loro decisioni l'Italia possa reiterare, sul piano internazionale, l'illecito a suo tempo accertato dalla Corte internazionale di giustizia. Va infatti ricordato che la sentenza della Corte costituzionale non solo non ha sfiorato il merito della risarcibilità dei danni prodotti dai crimini, di guerra o contro l'umanità, commessi dalle truppe tedesche – questione che esulava dal quesito posto alla Corte – ma nemmeno, nell'esercizio delle funzioni di garante della coerenza complessiva dell'ordinamento statale che la Carta costituzionale le attribuisce, la Consulta si è spinta ad affermare la sussistenza della giurisdizione italiana sulla base di una interpretazione della norma consuetudinaria sulla immunità dello Stato straniero, difforme da quella sostenuta dalla CIG nella sentenza del 2012.

La sentenza della Corte costituzionale è indubbiamente una pronuncia sulla giurisdizione, pur non essendo un regolamento di giurisdizione. Sul punto però la Corte, astenendosi accuratamente dall'interferire con la competenza del tribunale internazionale ad accertare il contenuto della regola consuetudinaria, si è formalmente limitata a dichiarare l'inesistenza, nell'ordinamento interno, di una norma – formatasi sulla base dell'art. 10, 1° comma, Cost. per assicurare l'adattamento dell'ordinamento interno alla regola consuetudinaria sulla immunità dello Stato dalla giurisdizione civile come interpretata dalla Corte internazionale di giustizia – che esclude la giurisdizione italiana in relazione a condotte dello Stato straniero, ancorché *jure imperii*, qualificabili come crimini di guerra o contro l'umanità.

2015, p. 1 ss.; E. SCISO, *La regola sulla immunità giurisdizionale dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, DUDI, 2015, p. 61 ss.

² ICJ, *Jurisdictional immunity of State (Germany vs. Italy: Greece intervening)*, 3 febbraio 2012.

Anche per tale ragione – oltre che per la considerazione che viene generalmente riconosciuto come il contenzioso relativo alle violazioni del diritto internazionale sia “un contenzioso su questioni concrete”³ – è da escludere che la sentenza della Corte costituzionale possa essere considerata in sé internazionalmente illecita, come pure è stato arditamente sostenuto da qualche autore⁴, perché in contrasto con obblighi pattizi dello Stato, qual è quello di conformarsi alle sentenze della CIG, derivanti, oltre che dalla Carta delle Nazioni Unite, dalla Convenzione europea sulla soluzione pacifica delle controversie, del 29 aprile 1957. Piuttosto, come abbiamo in altra sede sottolineato⁵, proprio tale ultima Convenzione, che ha costituito la base per il ricorso tedesco alla Corte internazionale, riconosce formalmente come una decisione presa da un’ autorità giudiziaria di una delle parti in lite possa essere d’ostacolo all’ esecuzione della sentenza internazionale ove il diritto interno di detta parte non consenta di eliminarne le conseguenze (com’è, appunto, per la sentenza della Corte costituzionale nell’ ordinamento giuridico italiano), prevedendo in tal caso che alla parte lesa venga accordata, se del caso, un’ equa soddisfazione (art. 30 della Convenzione europea). Saranno dunque le pronunce dei giudici di merito, nell’ esercizio della giurisdizione loro «restituita» dalla Corte costituzionale, ad impegnare eventualmente la responsabilità dell’ Italia sul piano internazionale per reiterazione dell’ illecito a suo tempo accertato dalla Corte dell’ Aja⁶.

³ Cfr. per tutti B. CONFORTI, *Diritto Internazionale*, 2014, p. 197 ss. e 391.

⁴ A. TANZI, *Un difficile dialogo tra la Corte internazionale di giustizia e la Corte costituzionale*, CI, 2015, p. 13 ss.

⁵ E. SCISO, *La regola sulla immunità giurisdizionale dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 61 ss.

⁶ C. TOMUSCHAT, *The National Constitution Trumps International Law*, cit., p. 194; E. SCISO, *La regola sulla immunità giurisdizionale dello Stato davanti alla Corte costituzionale*, cit., p. 78.

2. La giurisprudenza interna successiva alla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale

In questa prospettiva, ci sembra interessante analizzare le decisioni dei tribunali italiani, di merito e di legittimità, che sono intervenute nei mesi successivi alla pronuncia della Corte costituzionale. In un panorama ad oggi piuttosto limitato, vale la pena di menzionare innanzitutto, anche in considerazione del ruolo svolto dalla Suprema Corte nel consolidamento di un indirizzo giurisprudenziale che è stato all'origine del contenzioso con la Germania, due recenti sentenze delle sezioni unite della Cassazione, rese in pari data e su ricorsi sostanzialmente analoghi⁷.

Nei due casi, la Cassazione è stata chiamata a pronunciarsi sul ricorso per annullamento proposto dalla Germania contro due precedenti pronunce della stessa suprema Corte (rispettivamente, le sentenze 20 maggio 2011 n. 11163 e 29 maggio 2008 n. 14199) che, confermando l'orientamento della Corte d'appello di Firenze, avevano dichiarato efficace in Italia, sulla base dell'art. 64 della l. 31 maggio 1995 n. 218 recante riforma del sistema italiano di diritto internazionale privato, una sentenza greca passata in giudicato e accompagnata da formula esecutiva, che condannava la Germania a versare un risarcimento monetario all'Autorità prefettizia di Vojotia, quale legale rappresentante delle vittime civili di un eccidio commesso dalle truppe tedesche, in Grecia, nel corso del secondo conflitto mondiale.

Alla base del ricorso introdotto, la Repubblica tedesca aveva posto l'art. 395 cod. proc. civ. come modificato dall'art. 3 della l. 14 gennaio 2013 n. 5, contenente l'autorizzazione all'adesione e l'ordine di esecuzione della Convenzione di New York sulle immunità giurisdizionali dello Stato e dei suoi beni nonché misure specifiche per dare esecuzione alla sentenza della Corte internazionale di giustizia. Come si ricorderà, la modifica introdotta valeva ad aggiungere alle ipotesi previste dalla norma processuale un nuovo motivo di revocazione del giudicato civile, costituito dal «difetto di giurisdizione» conseguente ad una sentenza della Corte internazionale di giustizia, resa in esito ad un proce-

⁷ Cfr. Cass., sez. un. civ., 6 maggio 2015, nn. 9097 e 9098.

dimento del quale fosse stato parte lo Stato italiano, che avesse accertato essere escluse dalla giurisdizione italiana le condotte di uno Stato straniero.

In entrambi i casi, la Corte di Cassazione ha respinto i ricorsi proposti dalla Germania perché inammissibili, in ragione della sopravvenuta incostituzionalità, dichiarata dalla Consulta con la sentenza 238/2014, delle norme interne su cui le istanze tedesche si basavano. È appena il caso di ricordare, al riguardo, che per l'art. 136 Cost., l'illegittimità costituzionale di una legge o di un atto avente forza di legge, pronunciata dalla Corte costituzionale, ha valore *erga omnes* e che la norma dichiarata incostituzionale cessa di avere efficacia dal giorno successivo alla pubblicazione della sentenza della Corte.

Malgrado dunque, per quel che si è detto, le conclusioni della Cassazione fossero in tal caso obbligate, non ci si può esimere dall'osservare come esse rappresentino un ennesimo, radicale *revirement* dell'indirizzo giurisprudenziale della Suprema Corte sul punto del rapporto tra giurisdizione e immunità dello Stato straniero. Vale la pena di ricordare che, a seguito della sentenza della Corte internazionale di giustizia ed ancor prima che il legislatore adottasse le misure necessarie a darvi attuazione, la Cassazione aveva ritenuto opportuno mutare drasticamente una consolidata giurisprudenza, inaugurata nel 2004 con la nota sentenza *Ferrini* (Cass., sez. un. civ., 11 marzo 2004 n. 5044) che era stata all'origine della controversia con la Germania, valutando «ineluttabile» la scelta di conformarsi alla sentenza della Corte dell'Aja, pur non condividendone appieno le argomentazioni, né la coerenza complessiva dell'impianto⁸.

Interesse certamente maggiore presentano, a parere di chi scrive, i provvedimenti adottati negli scorsi mesi dal Tribunale di Firenze in relazione ai procedimenti nell'ambito dei quali il giudice fiorentino aveva sollevato incidente di costituzionalità e proposto ricorso alla Consulta, nel gennaio 2014. Tale maggior interesse deriva sia dal merito della pronunce, sia da talune considerazioni preliminari che il giudice ha po-

⁸ Cfr. Cass., sez. I pen., 9 agosto 2012 n. 32139 Ric. *Repubblica Federale di Germania* (in particolare, i paragrafi 5 e 6).

sto alla base dei provvedimenti adottati: l'ordinanza del 23 marzo 2015 e le due sentenze emesse il 6 luglio 2015.

In due di tali procedimenti, sui quali è intervenuta l'ordinanza del 23 marzo u.s.⁹, ricorrenti erano gli eredi legittimi di un cittadino italiano, catturato dalle truppe tedesche in Italia nel settembre 1943, deportato in Germania ed ucciso in un *lager* nazista. La difesa della Germania aveva prodotto in giudizio una nota verbale, già trasmessa al Ministro degli esteri per via diplomatica nel gennaio 2015, nella quale la Repubblica tedesca richiamava la sentenza resa dalla Corte internazionale di giustizia il 3 febbraio 2012 e gli obblighi che ne conseguono per l'Italia sul piano internazionale, affermando la inidoneità della pronuncia della Corte costituzionale ad «alterare» quanto stabilito dalla CIG in relazione al contenuto ed alla portata dell'immunità di cui la Germania gode davanti ai tribunali italiani; la nota evidenziava, altresì, come la ripresa, la prosecuzione o l'avvio, davanti ai giudici italiani, di procedimenti basati su violazioni del diritto internazionale umanitario, commesse dalle truppe del Terzo Reich durante la seconda guerra mondiale o anche l'adozione di misure di esecuzione forzata di sentenze italiane o straniere rese in tali procedimenti avrebbero rappresentato una nuova violazione dell'immunità della Germania come accertata dalla Corte internazionale di giustizia.

Avuto riguardo alla qualità soggettiva degli attori (eredi di una vittima, ma non vittime essi stessi) e tenuto conto delle peculiari circostanze del caso, il giudice ha ritenuto opportuno in questo caso esperire, ai sensi degli articoli 185 e 185-*bis* cod. proc. civ., un «approfondito tentativo di conciliazione», sottoponendo alle parti una proposta che prevedeva la rinuncia, da parte dei ricorrenti, alla domanda risarcitoria proposta contro la Germania, a fronte dell'erogazione, da parte di tale ultima, di un contributo/borsa di studio del valore di 15.000 euro in favore di ciascuno degli attori (o, anche, di membri delle loro famiglie) per un soggiorno culturale o di studio in Germania; in subordine, nel caso di mancata accettazione della proposta, il giudice rinviava le parti alla mediazione *ex art. 5, 2° comma, d.lgs 28/2010*.

⁹ Cfr. Trib. Firenze, seconda sez. civile, in causa n.1300/2012 *Marcello Alessi, Gualtiero Alessi, Luigi Bellini c. Repubblica federale tedesca*.

Accanto alla relativa inusualità della proposta conciliativa rivolta alle parti, ci pare meritorio di essere evidenziate le considerazioni in esito alle quali il giudice fiorentino ha ritenuto di dover esperire il tentativo di conciliazione.

Il Tribunale di Firenze è partito dalla duplice premessa che, da un lato, per effetto della sentenza della Corte costituzionale – che ha ritenuto non recepibile dall'ordinamento interno per contrasto insanabile con principi supremi della Costituzione, quali sono quelli espressi dagli articoli 2 e 24 Cost., la norma consuetudinaria sulla immunità dello Stato straniero nel contenuto accertato dalla Corte internazionale di giustizia –, la questione della sussistenza della giurisdizione italiana risulti ancora impregiudicata; e che, dall'altro lato, in conseguenza della medesima sentenza, la pronuncia della Corte internazionale di giustizia non possa essere considerata dal giudice di merito rilevante per il profilo della dichiarata insussistenza della giurisdizione italiana. Il Tribunale ha quindi utilizzato la sentenza internazionale, posta dalla difesa della Germania alla base dell'asserito difetto della giurisdizione italiana, per altri fini valorizzando, anche al di là di quanto il tenore letterale del testo giustifichi, i passi in cui la CIG sembra “aprire” al riconoscimento del diritto alla riparazione delle vittime italiane.

Come si ricorderà, la Corte internazionale aveva infatti espresso «sorpresa e rincrescimento» per la decisione della Germania di negare il diritto alla riparazione ad una categoria di internati italiani, a motivo del fatto che tali individui avrebbero avuto titolo allo *status* di prigioniero di guerra (qualità soggettiva che invece, all'epoca, le autorità naziste avevano rifiutato di riconoscere loro, escludendoli dalla protezione internazionale) e che, in quanto tali, sarebbero risultati formalmente esclusi dal diritto individuale alla riparazione, come riconosciuto dalla legislazione nazionale tedesca relativa ai risarcimenti delle vittime dei crimini nazisti (par. 99 della sentenza). Muovendo da tale considerazione – e consapevole che il rispetto della immunità della Germania precludeva alle vittime l'accesso alla via giudiziaria per far valere il diritto alla riparazione –, la Corte internazionale, pur non ritenendo l'argomento rilevante ai fini dell'eventuale disconoscimento della immunità dello Stato, aveva sollecitato in modo alquanto blando i due Governi a riprendere il negoziato per individuare risposte, alternative alla via giu-

diziaria, alle richieste di risarcimento avanzate da questa categoria di internati¹⁰.

Sul presupposto dunque della necessità di assicurare comunque il diritto alla riparazione delle vittime, esplicitamente riconosciuta dalla stessa Corte internazionale di giustizia, il giudice fiorentino ha d'altro canto considerato come una eventuale pronuncia di condanna della Germania, nell'esercizio della giurisdizione come ridefinita dalla Corte costituzionale, avrebbe potuto comportare un illecito internazionale dell'Italia per violazione della norma consuetudinaria sulla immunità nel contenuto accertato dalla Corte internazionale di giustizia, compromettendo nel contempo l'effettiva soddisfazione del diritto vantato dai ricorrenti.

Consapevole delle conseguenze di una pronuncia giudiziaria, il giudice ha pertanto ritenuto opportuno – «in osservanza del disposto della Corte internazionale di giustizia che [...] ha sollecitato le parti alla trattativa» – svolgere un «approfondito» tentativo di conciliazione non solo tra i ricorrenti e lo Stato tedesco, ma anche tra i Governi, tedesco ed italiano e, ove espressamente accettato dalle parti, anche tra l'Italia e le vittime italiane. Oggetto della conciliazione avrebbe dovuto essere sia il merito del procedimento, sia la questione stessa «di giurisdizione/sovranità come ridefinita dalla Corte costituzionale». Nell'opinione del giudice fiorentino, la sentenza della Consulta avrebbe infatti lasciato «formalmente impregiudicato» il punto della sussistenza della giurisdizione italiana, limitandosi ad accertare l'inesistenza, nell'ordinamento interno, della norma che avrebbe escluso la giurisdizione italiana. Conseguentemente, su tale questione la competenza a pronunciarsi, in relazione al procedimento specifico, sarebbe rimasta al giudice medesimo.

La Repubblica tedesca, come prevedibile, non ha dato seguito al tentativo di conciliazione esperito dal Tribunale di Firenze e, richiamandosi alla nota verbale a suo tempo trasmessa al Ministero degli esteri, ha dichiarato che non avrebbe partecipato ai procedimenti in corso, né a

¹⁰ Cfr. i paragrafi 100 e 104 della sentenza internazionale; in tale ultimo passo, la CIG «considers» che le richieste di questa categoria di internati e di altre vittime italiane che non siano state soddisfatte «...*could* (corsivo aggiunto) be the subject of future negotiations involving the two States concerned, with a view to resolving the issue».

nuove cause che potessero essere avviate nei suoi confronti per violazioni del diritto umanitario commesse dalle truppe del Terzo Reich. Persistendo l'inerzia del Governo, il giudice dovrà dunque ritornare, a breve, sui procedimenti in ordine ai quali è fallito il tentativo di conciliazione.

Nel frattempo, il Tribunale di Firenze ha emesso due ulteriori provvedimenti, relativi ad altrettanti procedimenti contro la Germania, introdotti questa volta da cittadini italiani vittime, tra il 1943 ed il 1945, di deportazione ed internamento in *lager* tedeschi¹¹.

Anche in questi casi, il giudice ha dovuto pronunciarsi, ancor prima di affrontare il merito dei ricorsi, sulla questione della sussistenza della giurisdizione italiana. Nelle memorie presentate in sede di riassunzione del procedimento, la difesa della Germania aveva chiesto infatti al tribunale di dichiarare «ai sensi dell'art. 10 della Costituzione e della sentenza 3 febbraio 2012 della Corte internazionale di giustizia» l'improcedibilità del giudizio per carenza di giurisdizione del giudice adito, anche alla luce del principio c.d. dell'immunità ristretta come vigente nel diritto internazionale pubblico; ovvero, di dichiarare la inammissibilità della domanda avuto riguardo agli accordi internazionali a suo tempo conclusi e applicabili agli indennizzi dei cittadini italiani vittime di persecuzione nazionalsocialista (in particolare, all'art.77 del Trattato di pace del 1947 e ai due accordi italo-tedeschi del 6 febbraio e del 2 giugno 1961); in subordine, la difesa tedesca aveva chiesto che il diritto azionato fosse dichiarato prescritto.

Peraltro, sulla base di un preteso diritto ad essere manlevata dalla domanda svolta in giudizio, come conseguenza della sentenza della Corte internazionale di giustizia e in conformità con le regole sulla responsabilità internazionale degli Stati, la difesa della Repubblica tedesca chiedeva al giudice di condannare lo Stato italiano a pagare, in favore della Germania, qualsiasi somma quest'ultima fosse stata condannata a risarcire ai ricorrenti.

¹¹ Cfr. Trib. Firenze, seconda sez. civ., 6 luglio 2015, in cause n. 8879/2011 *Furio Simoncini c. Repubblica federale tedesca (convenuta) e Repubblica italiana (terza chiamata)* e n. 14049/2011 *Duilio Bergamini c. Repubblica federale tedesca (convenuta) e Repubblica italiana (terza chiamata)*.

Lo Stato italiano, chiamato in causa dalla Germania, aveva a sua volta chiesto al giudice, in via prioritaria, di rinviare ogni decisione nel merito, in attesa delle determinazioni del Governo sui «rapporti tra la sentenza della Corte costituzionale e la decisione della Corte internazionale di giustizia» e di voler dichiarare, in ogni caso, il difetto di giurisdizione del giudice adito ovvero, in subordine, di rigettare la domanda attrice per intervenuta prescrizione o per decadenza del diritto all'indennizzo. L'Italia chiedeva altresì che la richiesta di manleva della Germania fosse respinta perché inammissibile o infondata.

In entrambi i casi, il giudice ha respinto le eccezioni sollevate dalla difesa tedesca, condannando la Germania a risarcire gli attori con somme di 30.000 e 50.000 euro, soggette a rivalutazione annua del 4%, a partire dal 1° gennaio 1945 ed ha rigettato la richiesta di manleva nei confronti dello Stato italiano per insussistenza del danno.

3. Segue: la questione della giurisdizione nelle più recenti pronunce del Tribunale di Firenze

La questione centrale affrontata dal tribunale di Firenze nelle due sentenze riguarda, ancora una volta, la giurisdizione: si è detto, infatti, che le decisioni della Corte costituzionale (la sentenza 238/2014 e la successiva ordinanza n. 30/2015) hanno formalmente lasciato tale questione alla definizione del giudice rimettente, sia pure nel quadro generale dei rapporti tra la norma consuetudinaria e i principi supremi dell'ordinamento interno come delineato dalla Consulta in modo vincolante per il giudice. Al riguardo, dovendo decidere sulla eccezione sollevata dalla Germania, il Tribunale ha valutato necessario procedere ad un bilanciamento concreto tra «la consuetudine come fonte di norme internazionali... ancorché costituzionalmente illegittima» e la disciplina interna della immunità dello Stato dalla giurisdizione «...costituzionalmente corretta dalla sentenza della Corte costituzionale», ancorché illegittima sul piano internazionale alla stregua della sentenza della CIG. Ai fini del bilanciamento da effettuare, il giudice ha poi ritenuto che fosse opportuno tener conto sia del quadro generale definito dalla Corte costituzionale, sia dei «principi costituzionali» di quel diverso

ordinamento sovranazionale (l'ordinamento europeo ndr.), che la Germania e l'Italia hanno contribuito a costruire «nella vigenza della consuetudine confermata dalla Corte dell'Aja»; nell'opinione del giudice, tale ultima circostanza non sarebbe infatti «irrelevante per il diritto internazionale» (punto 3 delle sentenze).

Alla luce dei principi fondativi dell'ordinamento dell'Unione europea, tra i quali rilievo specifico assume il rispetto della dignità umana e dei diritti fondamentali come sanciti nella Carta adottata a Nizza nel 2000 e poi incorporata nel Trattato di Lisbona (art. 6 TUE), il giudice ha ritenuto condivisibile che la portata della regola consuetudinaria in materia di immunità giurisdizionale dello Stato straniero dovesse ritrarsi nel più ristretto ambito individuato dalla Corte costituzionale, quanto meno nei rapporti tra Stati membri dell'Unione europea e nella sfera territoriale di efficacia della Carta di Nizza. È vero che, nei Trattati, l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali risulta formalmente limitata ai settori di competenza dell'Unione europea e all'attuazione del diritto dell'Unione da parte degli Stati membri (art. 51 della Carta) e che tale applicazione soggiace, peraltro, al rispetto rigoroso del principio di attribuzione (art. 6, par. 2, TUE), come confermato da giurisprudenza costante della Corte di giustizia¹². Tuttavia, nell'opinione del tribunale di Firenze, che al riguardo si colloca su un segmento significati-

¹² Sul punto cfr. di recente, tra gli altri, A. TIZZANO, *L'application de la Charte des droits fondamentaux dans les Etats membres à la lumière de son article 51, paragraphe 1*, in *Il DUE*, 2014, p. 429 ss.; E. HANCOX, *The Meaning of "Implementing" EU Law Under Article 51 (1) of the Charter: Akerberg Fransson*, in *CMLR*, 2013, p. 1267 ss.; B. NASCIBENE, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *RDI*, 2015, p. 49 ss. Al riguardo v. altresì la Comunicazione della Commissione *Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto*, COM(2014) 158 dell'11 marzo 2014, p. 5 ss. Tuttavia, recentemente, la Corte di giustizia ha accettato di pronunciarsi sull'interpretazione di alcune disposizioni della Carta, al fine di valutare la compatibilità con tale ultima di talune norme penali nazionali malgrado tali disposizioni si collocassero indubbiamente al di fuori dell'ambito di applicazione della Carta, non costituendo attuazione del diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51, par. 1 della Carta. Cfr. la sentenza della Corte di giustizia (Grande Sezione) del 6 ottobre 2015 in causa C-650/13, resa su rinvio pregiudiziale proposto dal tribunale di Bordeaux con decisione del 7 novembre 2013.

vo della giurisprudenza interna¹³, le disposizioni della Carta possono essere considerate un «punto di approdo sovranazionale molto avanzato» sul piano della tutela dei diritti fondamentali, idoneo a connotare il modo d'essere dei Paesi europei anche sul piano internazionale e tale da determinare eventuali «strappi» (talora nella forma di veri e propri illeciti internazionali) in vista della tutela di beni – quali la dignità ed i diritti fondamentali della persona umana – che costituiscono la proiezione di valori fondativi dell'ordinamento sovranazionale europeo (punto 3 della sentenza).

Sulla base di tali considerazioni, il bilanciamento di interessi operato dalla Corte costituzionale, tra il rispetto della sovranità dello Stato straniero e la difesa dei principi supremi dell'ordinamento con particolare riguardo alla salvaguardia dei diritti fondamentali, appare al giudice adeguato e sottoscrivibile anche alla luce della necessaria considerazione dell'interesse costituzionale ad osservare gli obblighi internazionali dello Stato. Nessun pregiudizio, per il profilo specifico del rispetto della reciproca sovranità, avrebbe potuto derivare infatti – secondo il giudice – alla relazione «istituzionale» tra l'Italia e la Germania, basata sui principi della Costituzione europea, da una eventuale sentenza di accertamento e condanna conseguente al bilanciamento di interessi in tal modo effettuato. Tanto più – sottolinea il giudice richiamando ancora una volta gli Stati alla responsabilità di negoziare in conformità con l'indicazione autorevolmente data dalla Corte internazionale di giustizia – che «resta ancora e sempre agli Stati la facoltà di promuovere il negoziato sull'esecuzione della sentenza».

Verosimilmente, le conclusioni raggiunte dal giudice su questo punto non appaiono del tutto adeguatamente motivate, in considerazione soprattutto dei limiti formali che nei Trattati e secondo la giurisprudenza della Corte di giustizia accompagnano l'applicazione della Carta dei diritti fondamentali. Tuttavia, ci sembra non lontano dalla realtà affermare che, relativamente al contenuto di taluni di questi diritti e al livello di tutela loro apprestato, sussista una differenza non irrilevante tra il sistema europeo (con ciò intendendo non soltanto l'ambito della cooperazione individuato dall'Unione europea, ma anche quella forma di

¹³ Al riguardo, v. B. NASCIMBENE, *op. cit.*, p. 71 ss.

cooperazione più ampia che fa capo al Consiglio d'Europa) e il quadro del diritto internazionale generale quale viene riflesso dagli strumenti promossi e adottati in materia dalle Nazioni Unite. Le sentenze della Corte di giustizia sulla vicenda *Kadi*, non a caso espressamente richiamate dalla Corte costituzionale nella pronuncia dell'ottobre 2014, ci paiono a riguardo una significativa conferma.

Un ulteriore passo delle sentenze commentate, meritevole qui di specifica considerazione, riguarda la sussistenza dell'obbligo, per l'Italia, di manlevare la Germania rispetto alle somme che quest'ultima fosse stata obbligata a pagare ai ricorrenti a titolo di risarcimento; secondo la Germania, fonte di tale obbligo sul piano internazionale sarebbe la sentenza della CIG, avuto riguardo alle conseguenze che essa produce sul piano della responsabilità internazionale dell'Italia e, in particolare, all'obbligo, per lo Stato, di compensare il pregiudizio recato dall'illecito compiuto.

Per questo profilo, il giudice fiorentino non si sottrae alla richiesta della Repubblica tedesca di valutare se già sul piano interno, ancor prima che la Corte internazionale di giustizia venga eventualmente sollecitata a pronunciarsi sulle conseguenze della mancata esecuzione della sentenza a suo tempo emessa, lo Stato italiano debba essere chiamato a rispondere in sede civile della violazione dell'obbligo internazionale che possa conseguire, altresì, all'eventuale sentenza di condanna pronunciata dal giudice nel procedimento pendente. In altre parole, il giudice ritiene di potere e di dovere accertare, sulla base della richiesta avanzata dalla difesa tedesca, se la condotta dello Stato italiano, posta in essere attraverso la decisione stessa del giudice, costituisca un illecito sul piano internazionale e quali ne siano le conseguenze sul piano dell'ordinamento interno (punto 4.6 della sentenza).

A tale riguardo, il giudice riconosce in principio che la violazione dell'obbligo internazionale, accertata dalla Corte internazionale di giustizia e reiterata dalla eventuale decisione del Tribunale che riconosca i diritti dei ricorrenti, costituisce un illecito internazionale dello Stato, rispetto al quale il comportamento tenuto nel corso degli anni dalla Germania sulla vicenda dei risarcimenti alle vittime delle deportazioni naziste, ancorché censurabile, non può essere valutato quale esimente di responsabilità sul piano internazionale; in particolare, il giudice non ri-

tiene che sulla Repubblica tedesca «gravasse prima e gravi oggi un obbligo internazionale di negoziato» (scaturente dalla censura del comportamento della Germania contenuta nel par. 99 della sentenza del 2012)¹⁴, il cui inadempimento possa giustificare l'inadempimento italiano (*ibid.*). D'altro canto, il giudice è parimenti consapevole del principio generale, codificato nell'art. 32 del Progetto di articoli sulla responsabilità internazionale degli Stati e, relativamente al rispetto degli obblighi pattizi, nell'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, per cui lo Stato non può invocare il proprio diritto interno per giustificare la violazione di un obbligo internazionale. Tuttavia, egli ritiene che tale generale principio possa essere derogato quando la violazione dell'obbligo sia necessitata dal «...dare attuazione a principi supremi concernenti la tutela dei diritti fondamentali» che sono tanto dell'ordinamento costituzionale interno quanto dell'ordinamento sovranazionale cui i due Stati appartengono.

Sulla base di tali considerazioni, il giudice ha rigettato la richiesta di manleva avanzata dalla Germania, ravvisando nel diritto interno, alla luce della preminenza degli obblighi costituzionali dello Stato, una esimente di responsabilità costituita dallo stato di necessità come disciplinato dall'art. 2045 cod. civ.; sulla base della medesima disposizione, il giudice non ha peraltro ritenuto sussistenti le ragioni che potessero giustificare il riconoscimento di un indennizzo in favore della Germania, per non avere quest'ultima ricevuto alcun pregiudizio dai fatti¹⁵.

4. Gli interventi legislativi in materia di misure esecutive contro i conti correnti di Stati stranieri

Nei mesi scorsi, anche il legislatore è intervenuto sulla materia dell'immunità dello Stato straniero. All'interno della l. 10 novembre

¹⁴ Sul punto, v. *ante* il testo a p. 113 e la relativa nota.

¹⁵ Per l'art. 2045 cod. civ.: «Quando chi ha compiuto il fatto dannoso vi è stato costretto dalla necessità di salvare sé o altri dal pericolo attuale di un danno grave alla persona, e il pericolo non è stato da lui volontariamente causato, né era altrimenti evitabile, al danneggiato è dovuta un'indennità, la cui misura è rimessa all'equo apprezzamento del giudice».

2014 n. 162 contenente “nuove norme in materia di processo civile”, figura infatti una disposizione, l’art. 19-*bis*, che regola l’assunzione di misure esecutive nei confronti dei conti correnti bancari di Stati esteri, in conformità con quanto disposto al riguardo dalla Convenzione di New York sulle immunità degli Stati e dei loro beni cui l’Italia ha aderito nel 2013¹⁶.

Per quel che riguarda l’immunità *in executivis*, la Convenzione di New York stabilisce, come si ricorderà, quale principio generale che nessuna misura coercitiva, di natura cautelare o esecutiva, possa essere adottata nei confronti dei beni dello Stato straniero senza il consenso di tale ultimo, espresso con le modalità e nelle forme indicate negli articoli da 18 a 21 della Convenzione; analogo principio figura nella Convenzione di Basilea del 1972, promossa dal Consiglio d’Europa, di cui l’Italia tuttavia non è parte (art. 23). L’art. 21, par. 1, lett. *a*), della Convenzione di New York riprende e specifica tale generale principio con riferimento a talune categorie di beni dello Stato fra cui, segnatamente, i conti correnti.

L’art. 19-*bis* della legge su ricordata, rubricato “Crediti delle rappresentanze diplomatiche e consolari straniere” stabilisce, riproducendo pressoché fedelmente l’art. 21, par. 1, lett. *a*) della Convenzione del 2004, che non siano soggette ad esecuzione forzata, a pena di nullità rilevabile anche d’ufficio, le somme depositate sui conti correnti postali o bancari che il capo della missione diplomatica o dell’ufficio consolare dello Stato straniero abbia dichiarato essere destinate esclusivamente all’espletamento delle prestazioni di tali soggetti. Rispetto alla disposizione pattizia formalmente richiamata, la norma interna presenta per un verso una portata più limitata, non menzionando specificamente i conti correnti destinati all’uso di missioni speciali dello Stato straniero o di delegazioni dello Stato presso organizzazioni internazionali o conferenze internazionali, né beni dello Stato diversi dai conti correnti; dall’altro lato, essa allarga la garanzia dell’immunità ai conti correnti delle organizzazioni internazionali, soggetti non ricompresi nell’ambito di applicazione dalla Convenzione di New York.

¹⁶ Il deposito dello strumento di adesione, presso il Segretario generale delle NU, è avvenuto il 6 maggio 2013.

La circostanza che la legge sia stata adottata pochi giorni dopo la pronuncia della Corte costituzionale ha sollevato il “sospetto”, in dottrina, che si sia trattato di un tentativo di blindatura dei conti correnti detenuti dalla Repubblica tedesca in Italia, al fine di scongiurare il rischio di eventuali misure esecutive conseguenti a sentenze di condanna della Germania in sede civile¹⁷. Secondo tale autorevole opinione, la norma interna così formulata andrebbe infatti ben aldilà di quanto richiesto dal diritto internazionale consuetudinario; soprattutto, demandando allo Stato straniero la decisione relativa alla designazione dei conti correnti non aggredibili, essa violerebbe principi fondamentali dell'ordinamento costituzionale qual è quello espresso dall'art. 24 Cost., risultando in palese contrasto con la posizione espressa al riguardo dalla Corte costituzionale che, in materia, ha dichiarato spettare al giudice la decisione sulla procedibilità, in applicazione della regola consuetudinaria¹⁸.

Relativamente a tale censura, può innanzitutto osservarsi come la disposizione di legge commentata contenga un riferimento esplicito all'art. 21 della Convenzione di New York e possa essere pertanto considerata, in relazione a tale ultima, una misura specifica di esecuzione o di adattamento “ordinario”, volta ad integrare l'ordine di esecuzione dato con la l. 14 gennaio 2013 n. 5 (art. 2).

Va parimenti ricordato come la Convenzione di New York sia dichiaratamente una convenzione di codificazione e di sviluppo progressivo del diritto consuetudinario relativo alle immunità dello Stato e dei suoi beni, avendo come obiettivo quello di rafforzare la certezza del diritto e di contribuire all'armonizzazione della prassi in materia (3° *Considerando* del preambolo). Relativamente al rapporto con il diritto consuetudinario, poi, il preambolo afferma (5° *Considerando*) che le norme consuetudinarie continueranno a regolare le questioni non espressamente disciplinate dalle disposizioni pattizie. Aderendo alla Convenzione, l'Italia ha accettato di riconoscere tali principi, assumendo l'ulteriore obbligo, ai sensi dell'art. 18 della Convenzione di Vienna sul diritto dei

¹⁷ B. CONFORTI, *Il legislatore torna indietro di circa novant'anni: la nuova norma sull'esecuzione sui conti correnti di Stati stranieri*, in *RDI*, 2015, p. 558 ss.

¹⁸ V. in particolare la sentenza 2 luglio 1992 n. 329, espressamente richiamata dall'illustre autore.

trattati, di non porre in essere atti o adottare misure, nel periodo intercorrente tra il deposito dell'adesione e l'entrata in vigore della Convenzione, che possano privare tale ultima del suo oggetto e del suo scopo. In proposito, deve correttamente osservarsi come, se è vero che il contenuto della norma consuetudinaria sulla immunità dello Stato estero *in executivis* si è progressivamente modificato in senso restrittivo, non è lecito concludere che tale contenuto sia oggi del tutto corrispondente a quello della regola della immunità c.d. «ristretta» dello Stato dalla giurisdizione civile, come la stessa Corte costituzionale ha espressamente riconosciuto nella sentenza 2 luglio 1992 n. 329 (punto 3). Non è poi irrilevante ricordare che oggetto di tale significativa pronuncia della Consulta era la dichiarazione di incostituzionalità di quella parte della l. 15 luglio 1926 n. 1263 che demandava alla discrezionalità del Ministro di grazia e giustizia la decisione in merito all'adozione di misure coercitive nei confronti di beni di Stati stranieri, anziché affidare al giudice la definizione della questione in applicazione della regola consuetudinaria.

Sulla base di tali osservazioni, ci sembra di poter concludere che la disposizione legislativa in oggetto possa essere valutata piuttosto come uno strumento utile ad armonizzare e rendere più coerente la prassi giurisprudenziale interna, fino ad oggi assai variegata, contribuendo ad una maggiore certezza nei rapporti tra governi e, soprattutto, tra Stati e privati, oltre che costituire una misura tempestiva di adattamento (ordinario) ad un importante accordo cui l'Italia ha aderito.

In ogni caso, ed indipendentemente da qualsiasi valutazione sull'opportunità della recente iniziativa legislativa *de qua*, non sarà certamente semplice rendere esecutivi eventuali crediti che siano stati accertati nell'ambito di procedimenti civili contro la Germania, proprio in virtù della non coincidenza, di cui si è detto, tra l'ampiezza della regola sull'immunità dello Stato estero da misure cautelari o esecutive e quella sulla immunità dalla giurisdizione cognitiva, della quale la prima «non è un semplice prolungamento» (Corte cost., 2 luglio 1992 n. 329, punto 3).

Formalmente, la sentenza della Corte costituzionale non intacca tale generale principio; le norme interne dichiarate incostituzionali per contrasto con principi supremi dell'ordinamento (contenute nell'art. 3 della

legge 5/2013) sono infatti espressamente relative alla immunità dello Stato dalla giurisdizione civile di cognizione. È opportuno peraltro ricordare come la stessa Consulta abbia in precedenza ammesso, proprio con riferimento alla regola consuetudinaria sulla immunità dello Stato straniero *in executivis*, come «nei rapporti con Stati stranieri» il diritto fondamentale alla tutela giurisdizionale (art. 24 Cost.) possa subire un limite ulteriore rispetto a quello imposto dall'art. 10, 1° comma, Cost., purché tale limite possa essere giustificato da un interesse pubblico riconoscibile come potenzialmente preminente alla stregua di una «rigorosa valutazione» (Corte cost., 2 luglio 1992 n. 329, punto 5). Anche tali elementi dovranno dunque essere attentamente vagliati dal giudice che sia chiamato a pronunciarsi sull'adozione di misure esecutive di sentenze civili di condanna nei confronti della Germania.

5. *Considerazioni conclusive*

Dall'esame necessariamente sintetico delle decisioni giudiziarie successive alla sentenza 238/2014 della Corte costituzionale, sopra condotto, possono trarsi almeno due considerazioni di carattere generale.

Innanzitutto, ed indipendentemente da qualsiasi valutazione della maggiore o minore condivisibilità degli argomenti sviluppati dai giudici, emerge dalle decisioni commentate un quadro giurisprudenziale interno sufficientemente omogeneo e coerente con l'indirizzo dato dalla Corte costituzionale alla definizione del rapporto tra la regola consuetudinaria sulla immunità dello Stato straniero e la tutela dei diritti fondamentali delle vittime italiane di crimini di guerra e contro l'umanità. In secondo luogo, con altrettanta chiarezza e talora sulla base delle stesse, esplicite considerazioni del giudice, si evince la difficoltà di rendere effettivi, attraverso misure di esecuzione, i diritti eventualmente accertati nel processo civile di cognizione; i recenti interventi legislativi in materia forniscono al riguardo una significativa evidenza. A ciò può aggiungersi come talune delle pronunce commentate contengano una chiara chiamata in responsabilità dello Stato italiano, da parte del giudice, perché assuma iniziative idonee a fare adeguatamente fronte agli

obblighi che, sul piano internazionale, ha nei confronti della Germania per effetto della sentenza della Corte internazionale e, sul piano interno, nei confronti delle vittime italiane.

Nessuna specifica iniziativa risulta essere stata assunta, ad oggi, dal Governo per superare il corto-circuito potenzialmente creato dalla sentenza della Corte costituzionale, di cui la giurisprudenza commentata è espressione¹⁹, lasciando di fatto ai giudici la scelta, e la responsabilità, di individuare le soluzioni più appropriate. Tutto ciò, malgrado nella nota verbale trasmessa il 5 gennaio 2015 e in precedenza ricordata, la Germania «preghi» l'Italia, al fine di evitare ulteriori contenziosi, di voler comunicare «possibilmente con sollecitudine e in modo dettagliato» in che modo intenda adempiere agli obblighi statuiti in modo vincolante dalla Corte internazionale di giustizia.

Sulla base di quanto si è detto, si impone, con sempre maggiore urgenza, la necessità di una iniziativa del Governo sul piano diplomatico-politico per avviare infine a conclusione l'annosa ed incresciosa, anche sul piano umano, vicenda dei risarcimenti alle vittime delle persecuzioni naziste.

¹⁹ Assai significativo in proposito ci sembra un passo delle più recenti sentenze del Tribunale di Firenze (al punto 3) riprodotto a p. 116.

RAPPRESENTATIVITÀ DEMOCRATICA E PARLAMENTO EUROPEO

Roberto Adam

SOMMARIO: 1. Ancora sul deficit democratico dell'Unione. – 2. Il Parlamento europeo è parte di questo presunto deficit? – 3. Una risposta che pesa: la Corte costituzionale tedesca e il principio di degressività nella composizione del Parlamento europeo. – 4. Di nuovo Karlsruhe: soglie di sbarramento nazionali per le elezioni europee e poteri del Parlamento.

1. Ancora sul deficit democratico dell'Unione

Uno dei *leitmotiv* che ha tradizionalmente accompagnato l'evoluzione del processo d'integrazione europea è senza dubbio quello del deficit democratico che caratterizzerebbe le sue politiche, i suoi metodi di funzionamento, la natura stessa delle sue istituzioni. Esso è oggetto di una critica ricorrente, anche se nel tempo ne sono cambiati i contenuti, i destinatari, i toni utilizzati.

In un lontano passato quella critica aveva un innegabile fondamento. Per lungo tempo il sistema istituzionale dell'allora Comunità europea è rimasto essenzialmente incentrato sul ruolo del Consiglio. E soprattutto quando l'estensione delle competenze comunitarie si è accompagnata a un diffuso passaggio di questo al voto a maggioranza qualificata, il corto circuito democratico è diventato evidente: parte non irrilevante del potere normativo degli Stati si trovava ad essere trasferito, infatti, in capo ad un organo, composto sì da governi democraticamente nominati, ma rispetto alla cui volontà collegiale il controllo esercitabile da ciascun parlamento nazionale sul proprio governo era evidentemente indebolito, senza però che le decisioni di tale organo fossero oggetto, per conto loro, di un controllo democratico a livello europeo.

Oggi invece, che l'Unione è profondamente cambiata, quella stessa critica può apparire per certi versi paradossale, se si considera che ne è

oggetto una costruzione che ha progressivamente fatto del principio democratico un elemento chiave del suo stesso esistere e della sua vita istituzionale.

Il rispetto della democrazia e dello Stato di diritto sono infatti parte essenziale dei valori su cui si fonda l'Unione¹ e dei principi cui è chiamata ad ispirarsi la sua azione sulla scena internazionale². Tali valori si riflettono peraltro in una Carta dei diritti fondamentali di cui l'Unione si è dotata per vincolarvi l'azione delle sue istituzioni³. E, come se non bastasse, l'adesione all'Unione è condizionata al rispetto e alla promozione di quei valori⁴, così

¹ Art. 2 TUE: «L'Unione si fonda sui valori del rispetto della dignità umana, della libertà, della democrazia, dell'uguaglianza, dello Stato di diritto e del rispetto dei diritti umani, compresi i diritti delle persone appartenenti a minoranze. Questi valori sono comuni agli Stati membri in una società caratterizzata dal pluralismo, dalla non discriminazione, dalla tolleranza, dalla giustizia, dalla solidarietà e dalla parità tra donne e uomini».

² Art. 21, par. 1, TUE: «L'azione dell'Unione sulla scena internazionale si fonda sui principi che ne hanno informato la creazione, lo sviluppo e l'allargamento e che essa si prefigge di promuovere nel resto del mondo: democrazia, Stato di diritto, universalità e indivisibilità dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali, rispetto della dignità umana, principi di uguaglianza e di solidarietà e rispetto dei principi della Carta delle Nazioni Unite e del diritto internazionale».

³ Si veda, per lo stretto legame tra la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e i valori di questa, il Preambolo della Carta: «Consapevole del suo patrimonio spirituale e morale, l'Unione si fonda sui valori indivisibili e universali della dignità umana, della libertà, dell'uguaglianza e della solidarietà; essa si basa sul principio della democrazia e sul principio dello Stato di diritto. Pone la persona al centro della sua azione istituendo la cittadinanza dell'Unione e creando uno spazio di libertà, sicurezza e giustizia. ... A tal fine è necessario rafforzare la tutela dei diritti fondamentali, alla luce dell'evoluzione della società, del progresso sociale e degli sviluppi scientifici e tecnologici, rendendo tali diritti più visibili in una Carta».

⁴ Così, ora, l'art. 49, co. 1, TUE («Ogni Stato europeo che rispetti i valori di cui all'articolo 2 e si impegni a promuoverli può domandare di diventare membro dell'Unione»), che riprende quanto già negli anni '90 era stato stabilito dal Consiglio europeo con l'adozione nel 1993 dei c.d. criteri di Copenaghen (Consiglio europeo di Copenaghen, 21-22 giugno 1993, Conclusioni della Presidenza, p. 13: «L'appartenenza all'Unione richiede che il paese candidato abbia raggiunto una stabilità istituzionale che garantisca la democrazia, il principio di legalità, i diritti umani, il rispetto e la protezione delle minoranze»).

come una loro violazione può legittimare una successiva sospensione dello status di membro⁵.

Dal canto suo, il canone principale di funzionamento del sistema è identificato, per espressa previsione del Trattato (art. 10 TUE), dalla democrazia rappresentativa⁶, visto che le sue istituzioni principali sono

⁵ Sulla base, com'è noto, della procedura disciplinata dall'art. 7 TUE per il caso di «violazione grave e persistente da parte di uno Stato membro dei valori di cui all'articolo 2». Cfr. in proposito anche la recente Comunicazione della Commissione al Parlamento europeo e al Consiglio su «Un nuovo quadro dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto» (COM(2014) 158), con la quale la Commissione ha posto in essere un proprio meccanismo di intervento precoce a tutela dello Stato di diritto destinato ad operare in via preliminare rispetto all'eventuale attivazione dell'art. 7, «affrontando e risolvendo le situazioni di minaccia sistemica allo Stato di diritto»; nonché la Risoluzione del Consiglio, «Rafforzare lo Stato di diritto», del 16 dicembre 2014 (Press Release, 3362nd Council meeting, General Affairs, PRESSE 652 PR CO 74, p. 20 ss.), diretta, con le stesse finalità, a strutturare una sessione annuale di dialogo in materia tra gli Stati membri all'interno dello stesso Consiglio «to promote and safeguard the rule of law in the framework of the Treaties». Sulle due iniziative si vedano gli interventi di R. PALLADINO, *Il "nuovo quadro" dell'UE per rafforzare lo Stato di diritto: un "contrappeso" ai limiti di applicazione della Carta ex articolo 51?*, in *SIDIBlog*, 6 maggio 2014; M. PARODI, *L'UE nel ruolo di garante dello Stato di diritto. Riflessioni sul nuovo quadro giuridico introdotto dalla Commissione*, in *Federalismi.it*, 15 ottobre 2014; O. PORCHIA, *Le Conclusioni del Consiglio del 16 dicembre 2014 "Rafforzare lo Stato di diritto": un significativo risultato dalla Presidenza italiana*, in *Eurojus.it*, gennaio-marzo 2015; L.S. ROSSI, *Un nuovo soft instrument per garantire il rispetto della Rule of Law nell'Unione europea*, in *SIDIBlog*, 11 maggio 2015; C. CLOSA, D. KOCHENOV, J.H.H. WEILER, *Reinforcing Rule of Law Oversight in the European Union*, *RSCAS 2014/25, Global Governance Programme-87*; H. LEGAL, *Keynote Address to the General Assembly: The Rule of Law*, *European Law Institute, Zagreb 2014*; D. KOCHENOV, L. PECH, *From bad to worse? On the Commission and the Council's rule of law initiatives*, in *EU Law Analysis*, 19 January 2015. Per il dibattito che ne è seguito in Parlamento europeo cfr. invece A. MARINI, *EP Pushes for Strong Rule of Law Mechanism, Council and Commission Are Against*, in www.euinside.eu/en/, 2 March 2015.

⁶ Art. 10, par. 1 («Il funzionamento dell'Unione si fonda sulla democrazia rappresentativa») e par. 2 («I cittadini sono direttamente rappresentati, a livello dell'Unione, nel Parlamento europeo. Gli Stati membri sono rappresentati nel Consiglio europeo dai rispettivi capi di Stato o di governo e nel Consiglio dai rispettivi governi, a loro volta democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini») del TUE.

direttamente rappresentative dei cittadini (il Parlamento europeo democraticamente eletto) o di governi nazionali democraticamente responsabili dinanzi ai loro parlamenti nazionali o dinanzi ai loro cittadini (il Consiglio), ovvero sono da queste nominate e di fronte ad esse politicamente responsabili (la Commissione). E allo stesso tempo ad ogni cittadino è formalmente riconosciuto il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione, direttamente o attraverso partiti politici operanti a livello europeo⁷.

Ma ciò che soprattutto conta, è che il canone di funzionamento della democrazia rappresentativa trova oggi formale riflesso nel processo decisionale: questo è ormai per lo più incentrato su un potere decisionale pienamente condiviso da Parlamento europeo e Consiglio, che lo esercitano all'insegna della trasparenza e nella maniera più aperta e vicina possibile ai cittadini⁸, i quali possono anche, ora, promuovere loro iniziative legislative all'indirizzo della Commissione⁹.

⁷ Per il principio di democrazia partecipativa cfr. ancora l'art. 10, par. 3 («Ogni cittadino ha il diritto di partecipare alla vita democratica dell'Unione. Le decisioni sono prese nella maniera il più possibile aperta e vicina ai cittadini») e 4 («I partiti politici a livello europeo contribuiscono a formare una coscienza politica europea e ad esprimere la volontà dei cittadini dell'Unione»), del TUE. Sulle due declinazioni del principio di democrazia nel Trattato di Lisbona, U. DRAETTA, *I principi democratici dell'Unione europea nel Trattato di Lisbona*, in *St. Int. Eur.*, 2008, p. 513 ss.; V. CUESTA LOPEZ, *The Lisbon Treaty's Provisions on Democratic Principles: A Legal Framework for Participatory Democracy*, in *Eur. Pub. L.*, 2010, p. 123 ss.; F. DONATI, *Trattato di Lisbona e democrazia nell'UE*, in *Riv. tel. giur. AIC*, n. 3/2014.

⁸ Cfr. al riguardo R. ADAM e A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, p. 190 ss.

⁹ Ci si riferisce, ovviamente, alla c.d. iniziativa dei cittadini, introdotta con l'art. 11, par. 4, TUE («Cittadini dell'Unione, in numero di almeno un milione, che abbiano la cittadinanza di un numero significativo di Stati membri, possono prendere l'iniziativa d'invitare la Commissione europea, nell'ambito delle sue attribuzioni, a presentare una proposta appropriata su materie in merito alle quali tali cittadini ritengono necessario un atto giuridico dell'Unione ai fini dell'attuazione dei trattati. Le procedure e le condizioni necessarie per la presentazione di una iniziativa dei cittadini sono stabilite conformemente all'articolo 24, primo comma del trattato sul funzionamento dell'Unione europea») dal Trattato di Lisbona. Su di essa cfr., per tutti, A. SIMONCINI e E. LONGO, *Il primo scoglio del diritto d'iniziativa dei cittadini europei*, in *Osservatoriosullefonti.it*, fasc. 3/2013; G. DE TOGNI, *L'iniziativa dei cittadini europei (Ice). Tra democrazia rappre-*

Intendiamoci. Sarebbe certamente eccessivo dire che il sistema dell'Unione non presenti più nessuno di quei problemi che a suo tempo alimentarono un legittimo dibattito sulla democrazia nel processo di integrazione europea. E, senza scomodare burocrati, tecnocrati, eurocrati o quant'altro, quei problemi vengono ancora una volta dal rapporto tra l'anima governativa e quella democratico-rappresentativa del sistema istituzionale e dall'equilibrio che storicamente lo caratterizza.

Da un lato, il ruolo formale assunto dal Consiglio europeo nel funzionamento dell'Unione a seguito di Lisbona, sta sempre più alterando nei fatti, e su un piano generale, il sostanziale equilibrio faticosamente raggiunto tra quelle due anime nel corso degli anni. Com'era facilmente prevedibile¹⁰, infatti, il fatto stesso di averne fatto un'istituzione dell'Unione ha radicalmente cambiato il suo rapporto con il sistema: da stimolo esterno e prezioso, ma pur sempre informale, per l'azione dell'Unione, quale esso era nella sua ispirazione originaria, il Consiglio europeo si è trasformato nel protagonista centrale del sistema, cui competono formalmente le decisioni "istituzionali" di maggior sensibilità politica per la vita dell'Unione; con la conseguenza che, in un sistema strutturalmente incentrato su un triangolo istituzionale composto dal Consiglio, dal Parlamento europeo e dalla Commissione, quali organi rappresentativi rispettivamente degli Stati membri, dei popoli dell'Unione e dell'interesse generale di questa, questo diverso ruolo del Consiglio europeo ha fatto sì che la componente governativa del sistema, sdoppiata in due istituzioni solo apparentemente dissimili, ma formalmente separate, sia divenuta oltre che parte paritaria (attraverso il Consiglio) di quel triangolo, anche (attraverso il Consiglio europeo) istanza ad esso esterna e sovraordinata¹¹.

sentativa e prove di democrazia partecipativa, in AIC, *Osservatorio costituzionale* (<http://www.osservatorioaic.it>), settembre 2014; e P. PONZANO, *L'iniziativa dei cittadini europei (ICE): teoria e pratica*, in *Scienze e Ricerche* (www.scienze-ricerche.it), 5 ottobre 2015.

¹⁰ Si veda già il mio *La riforma delle istituzioni dell'Unione: verso un nuovo equilibrio istituzionale?*, in M. TUFANO (a cura di), *Cantiere Europa. Le riforme istituzionali dell'Unione*, Napoli, 2004, p. 75 ss.

¹¹ Tradisce questa deriva la definizione data dal Presidente del Consiglio europeo H. Van Rompuy (ma da lui attribuita a suggestioni di taluni "analisti") dell'istituzione da

Dall'altro lato, il processo di “democratizzazione” che ha contrassegnato l'evoluzione del processo d'integrazione europea in tutti questi anni non ha investito il sistema nel suo complesso. Rimangono alcune importanti aree dell'azione dell'Unione, quali la politica estera e di sicurezza e il coordinamento delle politiche economiche dell'Unione e degli Stati membri, nelle quali, simmetricamente, il centro di gravità è rimasto saldamente nelle mani del Consiglio e il ruolo del Parlamento europeo continua a non avere la stessa incidenza che ha invece ormai acquisito in tutti gli altri settori del processo d'integrazione europea.

E tuttavia, appare per molti versi ingeneroso trasformare questi problemi specifici o settoriali in una critica al tasso di democraticità complessiva dell'Unione in quanto tale, anche perché alcuni di quei problemi dovrebbero dar voce a dubbi non tanto o non solo di democraticità del sistema, quanto di sovranità degli Stati o di competenza dell'Unione, visto che, da un lato, il ruolo “debordante” che è andato progressivamente acquisendo il Consiglio europeo è stato in molti casi il frutto di una forzatura delle sue prerogative a discapito di quelle delle altre istituzioni¹²; e che, dall'altro, se l'Unione si trova oggi, ad esempio, a poter imporre di fatto agli Stati membri, sotto il cappello del

lui presieduta come una sorta di “capo di Stato collettivo” (così nel discorso del 25 febbraio 2010 al Collège d'Europe di Bruges, *Le sfide che si pongono all'Europa in un mondo che cambia* (PCE 34/10)). Al riguardo cfr. comunque R. ADAM e A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 64 s.

¹² Si vedano, per degli esempi, la vicenda dell'irrituale “intervento” del Consiglio europeo del 29 giugno 2012 nel processo decisionale che ha portato all'adozione del regolamento (UE) n. 1257/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, e del regolamento (UE) del Consiglio, (ambidue del 17 dicembre 2012, *GUUE* L 361 del 31 dicembre 2012, rispettivamente p. 1 ss. e 89 ss.), i quali, unitamente ad un Accordo internazionale per la creazione di un Tribunale unificato dei brevetti (*GUUE* C 175, del 20 giugno 2013, p. 1 ss.) hanno dato vita ad una cooperazione rafforzata nel settore dell'istituzione di una tutela brevettuale unitaria (vicenda sulla quale si rinvia a G. CAGGIANO, *Ancora un twist nella storia del brevetto europeo*, in *Sudineuropa*, settembre 2012, p. 7 ss.); nonché la recente decisione del Consiglio europeo del 25-26 giugno 2015, relativa alle modalità di voto per definire un accordo tra gli Stati membri sulla riallocazione tra di essi di quote di migranti (sulla quale cfr. invece P. MORI, *La decisione sulla ricollocazione delle persone bisognose di protezione internazionale: un irrituale ricorso al metodo intergovernativo?*, in www.dirittounione.europa.eu, Osservatorio europeo, settembre 2015).

coordinamento delle politiche economiche nel quadro della procedura per deficit eccessivi, specifici interventi su materie rimaste nella piena competenza degli Stati o comunque non ancora normativamente regolate a livello dell'Unione¹³, è evidente che la criticità principale non sta certamente nel ruolo marginale o meno che il Parlamento europeo gioca al riguardo¹⁴.

2. Il Parlamento europeo è parte di questo presunto deficit?

Ciò detto, il tema del tasso di democraticità dell'Unione continua a dominare il dibattito scientifico e politico, appassionando in particolare i politologi e i costituzionalisti¹⁵. Colpisce tuttavia che, mentre in passato il Parlamento europeo, o per meglio dire un suo maggiore ruolo nel funzionamento dell'Unione, era generalmente ritenuto l'antidoto principale contro il deficit democratico di questa, tanto da farlo definire dalla stessa Corte europea dei diritti dell'uomo come «l'instrument principal du contrôle démocratique et de la responsabilité politique dans le système communautaire»¹⁶, oggi esso viene sempre più spesso indicato, se non addirittura tra i motivi di quel deficit, quanto meno come un rimedio non sufficiente a colmarlo.

Le ragioni avanzate a sostegno di queste opinioni, sono le più varie, e investono non solo il suo ruolo nel funzionamento dell'Unione, ma anche la stessa effettività della sua rappresentatività democratica. C'è chi lamenta il sostanziale consociativismo cui il Parlamento europeo

¹³ Cfr. in materia le osservazioni di P. PONZANO, *Democrazia e governance europea*, in *Papers di diritto europeo*, 2013/1, p. 4.

¹⁴ Cfr. al riguardo, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, il mio *Il governo economico della zona euro e l'evoluzione del suo quadro normativo*, in M.E. BARTOLONI, A. CALIGIURI, B. UBERTAZZI (a cura di), *L'Unione europea e la riforma del governo economico della zona euro*, Napoli, 2013, p. 4 ss., in particolare p. 42 ss.

¹⁵ Si veda al riguardo il bel lavoro di B. GUASTAFERRO, *Le declinazioni sovranazionali del principio democratico*, in A. ARGENIO (a cura di), *Democrazia e totalitarismo*, Napoli, 2012, p. 173 ss.

¹⁶ Sentenza del 18 febbraio 1999, *Matthews c. Regno Unito* (requête n. 24833/94), par. 52.

sarebbe obbligato dalle sue regole di funzionamento¹⁷; e chi punta il dito sulla non disponibilità da parte del Parlamento di un potere fondamentale delle assemblee parlamentari quale quello d'iniziativa legislativa¹⁸. Alcuni ritengono che un'evidente limitazione della sua rappresentatività democratica verrebbe dall'intrinseca inesistenza del rappresentato, per la mancanza di un *demos* europeo¹⁹; altri, più radicalmente, sottolineano invece l'incapacità di fondo del Parlamento di riflettere il conflitto sociale e politico per la sostanziale de-politicizzazione del progetto europeo quale concepito dalle origini²⁰. Financo l'elezione diretta è stata ritenuta controproducente rispetto al tasso di rappresentatività, perché avrebbe troncato «il collegamento tra classi politiche nazionali e progetto europeo» e, con esso, il contributo a quest'ultimo dei parlamentari nazionali, «meglio attrezzati per riflettere e plasmare l'opinione pubblica sul tema dell'integrazione europea»²¹.

La prova definitiva della scarsa rappresentatività democratica del Parlamento europeo è stata poi da più parti indicata nel forte astensionismo o, per usare un'espressione recentemente utilizzata rispetto ad altre elezioni (nazionali) di cui però nessuno mette in dubbio la democraticità, nella sempre più scarsa affluenza che stanno progressivamente conoscendo le tornate elettorali europee²².

Ciò che più di tutto colpisce, però, nella maggior parte di queste

¹⁷ P. PONZANO, *op. cit.*, p. 3.

¹⁸ G. RESS, *Parlamentarismo e democrazia in Europa*, Napoli, 1999, p. 121.

¹⁹ D. GRIMM, in G. ZAGREBELSKY, P. PORTINARO, J. LUTHER (a cura di), *Il futuro della Costituzione*, Torino, 1996, p. 339 ss.; ma in proposito v. anche J.H.H. WEILER, *Demos, Telos and the German Maastricht Decision*, in *Jean Monnet Working Papers*, 1995.

²⁰ R. BIN, in A. CIANCIO (a cura di), *Nuove strategie per lo sviluppo democratico e l'integrazione politica in Europa*, Roma, 2014, p. 497 ss. (in particolare par. 3).

²¹ Così L. SIEDENTOP, *Il Parlamento europeo è l'anello più debole*, in *Il Sole24ore* del 16 ottobre 2009.

²² In effetti, con uno strano paradosso, il tasso di partecipazione medio alle elezioni europee, che si attestava sopra il 60% quando il Parlamento europeo disponeva di poteri molto ridotti, è sceso, ora che quei poteri sono cresciuti nella misura di cui di seguito nel testo, al 43,4%. Va naturalmente detto che se questo è certamente un segnale (grave) di disaffezione dell'elettorato, non è però di per se stesso un motivo di minor legittimazione o rappresentatività, come suggerisce il rilievo fatto nel testo.

analisi critiche, è la sostanziale assenza al loro interno di un'effettiva considerazione dei poteri concretamente detenuti dal Parlamento europeo e del ruolo che attraverso questi esso gioca nel funzionamento complessivo del sistema. È vero che il tasso di effettiva democraticità di un sistema politico-istituzionale complesso, come quello dell'Unione, è misurato non solo dalle regole astratte, ma anche dalle concrete dinamiche che lo governano. Ma se, come è stato detto, la democrazia non è una formula organizzativa²³, è anche vero che, se quella di cui si dota un determinato sistema è maggiormente rispondente ai canoni democratici, ciò aiuta non poco.

Da questo punto di vista appare perciò certamente parziale lasciare sullo sfondo, in una considerazione critica dell'impatto del Parlamento europeo sull'assetto democratico del processo di integrazione europea, il tema dei poteri che esso esercita. Anche perché questi non sono solo poteri espressamente riconosciutigli dai Trattati (elezione e "sfiducia" della Commissione, codecisione legislativa, approvazione del bilancio e controllo sulla sua esecuzione da parte della Commissione, generale controllo politico sulle altre istituzioni²⁴), ma anche poteri di cui il Parlamento si è progressivamente auto-investito, «manifestando – come aveva con lungimiranza preconizzato Luigi Ferrari Bravo, scrivendo del Parlamento europeo appena eletto per la prima volta a suffragio diretto – quella forza espansiva che è tipica degli organismi che sono espressione della volontà del corpo sociale»²⁵. E si tratta, anche in quest'ultimo caso, di poteri la cui impronta democratica appare diffi-

²³ R. BIN, *op. cit.*, p. 405.

²⁴ Sia consentito rinviare, per brevità, al mio commento all'Art. 14 TUE, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 130 ss.; nonché a R. ADAM e A. TIZZANO, *op. cit.*, p. 82 ss.

²⁵ L. FERRARI BRAVO, *Il Parlamento europeo*, in L. FERRARI BRAVO, R. MONACO, E. PENNACCHINI (a cura di), *Manuale di diritto comunitario*, vol. I, Torino 1983, p. 114. Quasi anticipando un rischio collegato alla frammentazione politica del Parlamento europeo cui può dar luogo la giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca di cui si parlerà nel successivo par. 4, Ferrari Bravo sottolineava anche, peraltro, come questo processo incrementale squisitamente politico avesse prospettive di realizzazione a condizione che si realizzasse, in seno al Parlamento, «una fortissima coesione delle forze politiche che si dichiarano omogenee ma che... troppo spesso si dividono, al momento del voto, su linee di interessi marcatamente nazionali».

cilmente contestabile, che si tratti del meccanismo dei c.d. *Spitzenkandidaten* messo in piedi dal Parlamento europeo in occasione delle ultime elezioni europee²⁶, ovvero di quella prassi, ripresa dal sistema statunitense perché sconosciuta ai parlamenti di tutti gli Stati membri (ivi inclusa la culla londinese della democrazia parlamentare), del preventivo vaglio parlamentare dei singoli candidati alla carica di commissario²⁷, o ancora del più generale legame politico “imposto” alla Commissione attraverso gli accordi quadro conclusi tra le due istituzioni ad ogni inizio di legislatura europea²⁸.

Ebbene, la sottovalutazione di tutto ciò spiega anche perché, anche se non da tutti i suoi protagonisti esplicitamente auspicato, l’approdo concreto di questo “processo” critico alla capacità del Parlamento europeo di assicurare la democraticità del processo d’integrazione europea sia stato, ineluttabilmente, l’affermazione della necessità dell’ingresso in prima persona nel circuito politico dell’Unione dei parlamenti nazio-

²⁶ Risoluzione del Parlamento europeo del 22 novembre 2012 sulle elezioni del Parlamento europeo 2014. Si vedano al riguardo C. CURTI GIALDINO, *Elezioni europee del 2014 e scelta del candidato alla presidenza della Commissione europea: i primi passi della procedura*, in *Federalismi.it*, n. 11/2014 del 28 maggio 2014, p. 1 ss.; M.I. PAPA, *Elezioni europee e nomina del Presidente della Commissione europea: “questa volta è (veramente) diverso”?*, in *AIC, Osservatorio costituzionale*, maggio 2014, p. 1 ss.; A. KOCHAROV, *This Time It’s Different? Constitutional Complexities of the Spitzenkandidaten Arrangement*, 12 giugno 2014, *Berliner Online-Beiträge zum Europarecht*, n. 95, p. 1 ss.; P. SOLDATOS, *La valeur ajoutée de la mise en oeuvre réussie du nouveau mode d’élection du président de la Commission européenne*, in *RUE*, 2014, p. 524 ss.; J.H.H. WEILER, *Fateful Elections? Investing in the Future of Europe*, in *EJIL*, 2014, p. 361 ss.; B. GUASTAFERRO, *La prima volta del Presidente della Commissione “eletto” dal Parlamento europeo. Riflessioni sui limiti del mimetismo istituzionale*, in *St. Int. Eur.*, 2014, p. 527 ss.; e *After the European Election: Parliamentary Games and Gambles*, in *CMLR*, 2014, p. 1047 ss., nonché, anche per ulteriori riferimenti bibliografici, C. CURTI GIALDINO, *L’elezione del nuovo presidente della Commissione europea: profili giuridico-istituzionali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2015, p. 137 ss.

²⁷ In materia si veda la recente risoluzione del Parlamento europeo, adottata l’8 settembre 2015 sulla base della relazione del 19 giugno precedente di R. Corbett, e relativa a *Le procedure e le prassi relative alle audizioni dei commissari, insegnamenti da trarre dalla procedura 2014 (2015/2040(INI))*.

²⁸ Cfr. per tutti quello del 20 ottobre 2010 (*GUUE* L 304 del 20 novembre 2010, p. 47 ss.).

nali come sole effettive espressioni istituzionali della rappresentanza democratica dei popoli degli Stati membri, per l'impossibilità del solo Parlamento europeo di «esaurire la domanda di legittimazione democratica dell'Unione europea»²⁹.

Sarebbe facile la battuta. Dato lo stato di salute non brillante dei sistemi parlamentari in molti dei Paesi membri dell'Unione, almeno dal punto di vista dell'effettiva capacità di trasferire nell'azione dei governi le istanze dei cittadini, non si comprende come si possa immaginare che l'intervento dei parlamenti nazionali possa effettivamente risolvere il c.d. deficit democratico dell'Unione.

Ma, al di là delle battute, non è innanzitutto sempre chiaro quali ulteriori forme dovrebbe o potrebbe effettivamente assumere un maggior coinvolgimento dei parlamenti nazionali, oltre quelle di cui essi già dispongono soprattutto dopo il Trattato di Lisbona. Alcune di queste, espressamente previste dai Trattati, si concretizzano, com'è noto, nella partecipazione formale di quei parlamenti ad una serie di meccanismi dell'Unione, attraverso i quali essi possono finanche influenzare, in taluni casi, i risultati del processo decisionale in via diretta, al di fuori cioè della mediazione dei rispettivi governi e del tradizionale rapporto che ogni ordinamento nazionale disciplina, anche in materia europea, tra questi ultimi ed il parlamento dello Stato³⁰. Altre forme di quel

²⁹ M. CARTABIA, *op. cit.*, p. 2. Per la verità, il tema è stato un *leitmotiv* del pensiero della Corte costituzionale tedesca indipendentemente dalle critiche da essa mosse a vario titolo al Parlamento europeo. Già nella sentenza del 1993 sul Trattato di Maastricht (sulla quale cfr. più avanti), essa osservava, infatti, come il deficit democratico della Comunità non avrebbe comunque potuto essere colmato da un diverso (per composizione e poteri) Parlamento europeo, perché, a suo avviso, è nel fatto stesso del passaggio dell'azione politica dalla dimensione nazionale a quella europea che si crea un problema di democrazia, che non è risolvibile senza un più diretto collegamento dell'azione delle istituzioni europee ai parlamenti nazionali. In proposito si rinvia ancora a M. CARTABIA, *Il pluralismo istituzionale come forma della democrazia sovranazionale*, in *Pol. Dir.*, 1994, p. 203 ss.

³⁰ In particolare, come prevedono il nuovo art. 12 TUE e una serie di specifici articoli del TFUE, questi sono oggi chiamati a valutare direttamente le proposte legislative della Commissione, nel quadro delle procedure previste dal Protocollo (n. 1) sul ruolo dei parlamenti nazionali nell'Unione europea, e del c.d. "dialogo politico" (sul quale vedi D. CAPUANO, *Il Senato e l'attuazione del Trattato di Lisbona, tra controllo di sus-*

coinvolgimento hanno invece assunto la veste di una cooperazione interparlamentare tra gli stessi parlamenti nazionali (e tra loro e il Parlamento europeo) in tutta una serie di settori di funzionamento del processo di integrazione europea³¹. E anche per questo riesce difficile immaginare attraverso quali ulteriori vie formali si potrebbe loro assicurare una partecipazione ancora più intensa alle dinamiche decisionali dell'Unione, le quali non finiscano però, beninteso, per entrare in conflitto con la stessa idea dell'esistenza di un Parlamento europeo e della esclusiva titolarità da parte sua della rappresentanza dei cittadini

sidiarietà e dialogo politico con la Commissione europea, 28 maggio 2011, in www.amministrazioneincammino.luiss.it) avviato dalla Commissione nel 2006 a partire dalla sua Comunicazione su "Un'agenda dei cittadini per un'Europa dei risultati" (COM(2006) 211 def.); sono associati al controllo politico sulle due agenzie dell'Unione (Eurojust ed Europol) operanti nei settori della cooperazione giudiziaria in materia penale e di polizia, e alla valutazione sull'attuazione delle politiche dell'Unione nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia; e possono finanche, in taluni casi, bloccare direttamente, senza la mediazione dei rispettivi governi, decisioni delle istituzioni, come nel caso della procedura di controllo sul rispetto del principio di sussidiarietà, disciplinata dal Protocollo (n. 2) sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e proporzionalità (ma si veda anche il potere loro riconosciuto nel quadro del procedimento legislativo di adozione di atti dell'Unione in materia di diritto di famiglia, dove è previsto dall'art. 81, par. 3, comma 3, TFUE che se un parlamento nazionale comunica entro sei mesi dal ricevimento della proposta della Commissione la sua opposizione a questa, perché la decisione del Consiglio non possa più essere adottata). Cfr., nell'ampia dottrina, C. MORVIDUCCI, *Parlamenti nazionali (ruolo nell'UE)*, in *Enc. Dir.*, Annali, vol. VII, Milano, 2013, p. 593 ss.; N. LUPO, *I poteri europei dei Parlamenti nazionali: questioni terminologiche, classificazioni e primi effetti*, in A. MANZELLA e N. LUPO (a cura di), *Il sistema parlamentare euro-nazionale. Lezioni*, Torino, 2014, p. 101 ss.; M. BARUFFI, *Art. 12 TUE*, in F. POCAR e M. BARUFFI (a cura di), *Commentario breve ai Trattati dell'Unione europea*, Padova, 2014, p. 61 ss.; P. MENGOZZI, *Art. 12 TUE*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, p. 108 ss.

³¹ Per una ricostruzione del "percorso di avvicinamento" dei parlamenti nazionali al sistema dell'Unione si veda M. CARTABIA, *I parlamenti nazionali nell'architettura costituzionale dell'Unione. Che cosa resta in caso di mancata ratifica?*, in *L'integrazione dei sistemi costituzionali europeo e nazionali. Atti del 20° Convegno annuale dell'AIC* (Catania, 14-15 ottobre 2005), in <http://archivio.rivistaaic.it/materiali/convegni/aic200510/cartabia.html>.

dell'Unione in quanto tali, o, per meglio dire, dell'interesse generale di questi³².

Perché il punto centrale di una discussione relativa al ruolo che i parlamenti nazionali possono giocare in prima persona nel funzionamento dell'Unione sta, in effetti, proprio in questo. Quell'eventuale ruolo è comunque loro di fatto precluso, a mio avviso, soprattutto per ragioni per così dire "genetiche". La visione dei parlamenti nazionali, essendo necessariamente, e com'è giusto che sia, quella di ciascuno di essi, è destinata a rimanere comunque parziale, e quindi incapace di rappresentare l'interesse generale del sistema: il loro maggiore coinvolgimento nell'azione dell'Unione potrà certamente accrescere la caratura democratica della politica europea di ciascuno dei loro Stati, ma che questo significhi anche una diversa operatività del principio democratico nel processo d'integrazione europea, è francamente lecito dubitarne.

La prassi di applicazione della principale delle nuove funzioni ad oggi riconosciute ai parlamenti nazionali nel sistema dell'Unione sta del resto lì a confermarlo. È difficile infatti rinvenire nell'utilizzo, ad esempio, dei poteri di controllo di cui essi dispongono in materia di rispetto del principio di sussidiarietà da parte delle proposte legislative della Commissione, una lettura da parte loro di tali poteri che dia una qualche considerazione all'interesse comune all'adozione o meno di una determinata misura dell'Unione: i parlamenti nazionali vi appaiono invece tendenzialmente ripiegati su un'interpretazione di questo loro ruolo strettamente funzionale all'affermazione di posizioni politiche puramente nazionali³³.

³² Per tutti A. MANZELLA, *Parlamento europeo e parlamenti nazionali come sistema*, in *Riv. tel. giur. AIC*, n. 1/2015.

³³ Per un esempio si veda il parere motivato adottato dal Senato italiano (http://ec.europa.eu/dgs/secretariat_general/relation/relation_other/npo/docs/italy/2011/com20110126/com20110126_senato_opinion_en.pdf), nel quadro della procedura in precedenza ricordata di controllo da parte dei parlamenti nazionali sul rispetto del principio di sussidiarietà, sulla proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di regimi patrimoniali tra coniugi (COM (2011) 126 definitivo) e sulla (collegata) proposta di regolamento del Consiglio relativo alla competenza, alla legge applicabile, al riconoscimento e all'esecuzione delle decisioni in materia di effetti patrimoniali delle unioni registrate (COM (2011) 127 definitivo).

3. Una risposta che pesa: la Corte costituzionale tedesca e il principio di degressività nella composizione del Parlamento europeo

Paradigmatica di questo indirizzo critico verso il Parlamento europeo assunto dal dibattito sulla democrazia nell'Unione è certamente la giurisprudenza della Corte costituzionale tedesca, nella quale, peraltro, riecheggiano cumulativamente non pochi degli argomenti prima ricordati.

Compiendo un percorso simile a quello dell'elettorato europeo (quanti più poteri il Parlamento acquisisce, tanti meno voti riceve), la Corte di Karlsruhe ha in effetti proceduto nel corso degli anni, dopo una prima più benevola considerazione, ad una progressiva svalutazione del ruolo e della natura stessa del Parlamento europeo, che ha significativamente coinciso, in senso inverso, proprio con il progressivo incremento dei poteri di questo.

Pronunciandosi all'inizio degli anni '90 sul Trattato di Maastricht³⁴, essa aveva in effetti data per acquisita, in quel momento, l'importanza del Parlamento quale canale di rappresentanza dei popoli degli Stati membri, auspicando anzi un ulteriore rafforzamento di questa rappresentatività e della conseguente legittimazione democratica della Comunità attraverso una crescita dell'influenza del Parlamento sulla presa di decisione tanto politica, che legislativa di questa. In altri termini, il problema del deficit democratico sembrava allora essere, per i giudici di Karlsruhe, quello di una carenza di poteri e non certo di rappresentatività del Parlamento.

Circa venticinque anni dopo e, soprattutto, quattro Conferenze intergovernative dopo, è proprio quella rappresentatività che viene invece rimessa fortemente in discussione dalla stessa Corte tedesca, chiamata a pronunciarsi questa volta sulla ratifica da parte della Germania del Trattato di Lisbona³⁵.

³⁴ Sentenza del 12 ottobre 1993. Data l'abbondanza dei commenti che questa sentenza ha ricevuto, ci si limita a rinviare alla bibliografia contenuta in G. HIRSCH, *Europäischer Gerichtshof und Bundesverfassungsgericht – Kooperation oder Konfrontation*, in *NJW*, 1996, p. 2457.

³⁵ Sentenza del 30 giugno 2009, sulla quale si vedano, nella ugualmente sterminata bibliografia, M.P. CHITI, *Am Deutschen Volke. Prime note sulla sentenza del BundesVe-*

Il punto di attacco è il sistema di proporzionalità degressiva sulla cui base sono ripartiti, tra gli Stati membri, i seggi al Parlamento europeo. Com'è noto, infatti, lo stesso TUE dispone all'art. 14, par. 2, che all'interno del Parlamento «la rappresentanza dei cittadini è garantita in modo degressivamente proporzionale, con una soglia minima di sei membri» e un tetto massimo di 96, con la conseguenza che il numero di elettori rappresentati da ciascun parlamentare europeo differisce in ragione della dimensione della popolazione dello Stato membro nel quale lo stesso è eletto: in pratica, quanto più grande è la popolazione di uno Stato, tanto più è alto il numero degli elettori rappresentati, e viceversa. Tanto per capirci, nell'attuale Parlamento, mentre un parlamentare tedesco rappresenta quasi 840 mila cittadini, uno maltese ne rappresenta poco più di 70.000.

Ciò porta la Corte costituzionale tedesca ad affermare, in questa nuova sentenza, non solo che con questo sistema non è rispettata quella parità tra gli elettori, intesa come uguaglianza del voto, che deve esserci all'interno di un medesimo corpo elettorale; ma anche che, proprio per questo, il Parlamento europeo non rappresenta, in contraddizione con il nuovo art. 14, par. 2, TUE, i cittadini dell'Unione unitariamente intesi, bensì ancora, come recitava il precedente Trattato, i popoli degli Stati riuniti nella Comunità; su un piano concreto inoltre, recita la sentenza, se ne deve concludere che «una sovranità popolare a se stante dell'insieme dei cittadini dell'Unione» non è comunque in grado di esprimersi attraverso il Parlamento europeo, dato che «in caso di decisioni a maggioranza qualificata risicata tra gli indirizzi politici presenti nel Parlamento, non vi è alcuna garanzia che alla maggioranza dei voti espressi corrisponda una maggioranza dei cittadini dell'Unione».

rfassungsgericht del 30 giugno 2009 sul Trattato di Lisbona e la sua attuazione in Germania, in *Astrid*, 21 settembre 2009; M. BOTHE, *The Judgement of the German Federal Constitutional Court regarding the Constitutionality of the Lisbon Treaty*, in *Documenti IAI* (IAI0920); M. POIARES MADURO e G. GRASSO, *Quale Europa dopo la sentenza della Corte costituzionale tedesca sul Trattato di Lisbona*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, p. 503 ss.; e soprattutto, anche per gli ulteriori riferimenti bibliografici, E. CANNIZZARO e M.E. BARTOLONI, *Continuità, discontinuità e catastrofismo. Sulle reazioni della dottrina al Lissabon-Urteil*, nella stessa *Rivista*, 2010, p. 1 ss.

I rilievi appena ricordati potrebbero essere in verità mossi anche rispetto ad altri sistemi elettorali e ad altri Parlamenti, della cui rappresentatività e legittimità democratica nessuno ha mai pensato di dubitare. Anche perché, ai fini di questi profili, ciascun sistema e ciascun Parlamento deve essere ragionevolmente valutato nel contesto in cui si inserisce.

Prendendo a confronto, ad esempio, un sistema non privo di analogie con quello dell'Unione, mi riferisco a quello del Congresso americano, è facile constatare come anche lì, seppur con minori sproporzioni rispetto al Parlamento europeo, l'elezione della Camera direttamente rappresentativa dei cittadini è basata su un sistema che attribuisce un peso differente agli elettori a seconda dello Stato in cui votano, peso differente che arriva, ad esempio, a far contare il voto degli elettori del Wyoming il doppio di quello degli elettori del Montana (ambidue gli Stati eleggono un solo rappresentante, ma il secondo ha il doppio degli elettori del primo: un milione contro 500 mila).

Allo stesso modo, quando si guardi alla questione dell'esatta rappresentazione della volontà maggioritaria del corpo elettorale nelle decisioni che l'organo eletto deve prendere, è ugualmente facile osservare come solo i sistemi elettorali rigidamente proporzionali sono in grado di garantirla. Ma ciò nonostante nessuno ha mai gridato allo scandalo dal punto di vista democratico per sistemi diversi e capaci di portare, quale quello maggioritario puro del Regno Unito, a situazioni analoghe a quelle potenzialmente rimproverate al Parlamento europeo.

Fatto sta che la Corte costituzionale tedesca, senza escludere la democraticità del sistema dell'Unione nel suo complesso, finisce per servirsi degli argomenti sopra ricordati principalmente al fine di ricavarne che, come si è in precedenza ricordato, l'unica vera forma di legittimazione di quel sistema è quella che gli deriva dagli organi nazionali e in particolare dai parlamenti nazionali.

4. Di nuovo Karlsruhe: soglie di sbarramento nazionali per le elezioni europee e poteri del Parlamento

Come che sia, più recentemente, dopo averne criticato alla radice la

rappresentatività, l'attenzione critica dei giudici di Karlsruhe si è spostata sugli stessi poteri del Parlamento europeo.

L'occasione è stata data da due sentenze del 2011³⁶ e del 2013³⁷, in cui la Corte costituzionale tedesca era chiamata a giudicare della costituzionalità o meno della soglia di sbarramento prevista dalla legge elettorale europea tedesca, tanto nella sua prima versione del 5%, quanto nella successiva previsione di un più modesto 3%.

In pratica, la Corte, partendo dal presupposto che l'eguaglianza del voto dei cittadini e le pari opportunità dei partiti politici sono dei principi fondamentali della Costituzione tedesca, di cui sono tollerabili limitazioni solo in via eccezionale, e in particolare per proteggere la funzionalità dell'organo parlamentare che si elegge, ha ritenuto allo stato incostituzionale qualsiasi soglia di sbarramento per le elezioni al Parlamento europeo, sulla base della considerazione che le caratteristiche e i poteri di questo non sono tali da configurare quella necessità di garantirne la funzionalità che, come si è detto, può eccezionalmente giustificare una deroga ai parametri costituzionali sopra ricordati.

Infatti, rileva la sentenza, il Parlamento europeo non elegge un governo dell'Unione che dipenda dal suo ininterrotto sostegno, e ha limitati poteri legislativi che non richiedono maggioranze stabili. Non vi sono quindi ragioni, nel suo caso, di bilanciare il principio di uguaglianza degli elettori con delle inesistenti esigenze di operatività dell'eletto.

Le due sentenze sono per più versi sorprendenti, rappresentando un punto critico, a mio avviso, della giurisprudenza revisionista della Cor-

³⁶ Sentenza del 9 novembre 2011, sulla quale vedi G. DELLEDONNE, *Il BundesVerfassungsgericht, il Parlamento europeo e la soglia di sbarramento del 5%: un (altro) ritorno del Sonderweg*, in *Riv. tel. giur. AIC*, n. 1/2012.

³⁷ Sentenza del 26 febbraio 2013. In proposito cfr. M.W. GEHRING, *The German Constitutional Court's Latest Decision on European Elections: Non Protection Needed*, *IJCL Blog*, February 28, 2014; G.L. TOSATO, *No di Karlsruhe alla soglia del 3%*, in *Aff. Int.*, 10 marzo 2014.

te di Karlsruhe in materia europea³⁸; ciò non perché ne possa derivare, come per altre sentenze della stessa Corte, un impatto significativo sulla dimensione operativa dei rapporti tra la Germania e l'Unione europea, ma perché ne esce ulteriormente accentuata una lettura decisamente germanocentrica e allo stesso tempo minimalista dei meccanismi e delle dinamiche istituzionali dell'Unione.

Da un lato, infatti, ne emerge una lettura dell'assetto dei poteri interno all'Unione, che potrebbe per certi versi apparire caricaturale, se non fosse, com'è più verosimile, il frutto di un approccio del tutto unilaterale alle dinamiche politico-istituzionali di quella; nel senso che, visto che le prerogative del Parlamento europeo si dispiegano per vie e modalità diverse da quelle di un parlamento nazionale, diventa difficile, agli occhi della Corte costituzionale tedesca, riconoscere loro la stessa valenza di qualsiasi altro sistema parlamentare.

Dall'altro lato, però, ne emerge anche, simmetricamente, la convinzione della Corte di poter giudicare dei fenomeni europei sulla base dei propri poteri e della proprie categorie giuridiche. È vero. Formalmente le due sentenze hanno riguardato una legge tedesca (la legge elettorale europea) che è stata censurata alla luce di un parametro costituzionale tedesco e con una ricaduta formale sul solo ordinamento tedesco. Ma in realtà l'elemento rilevante per l'applicazione del parametro di costituzionalità interno non è costituito dalla funzionalità o meno di un organo interno all'ordinamento di quel Paese, con il quale quel parametro andrebbe logicamente confrontato, ma da un organo esterno (il Parlamento europeo), delle cui caratteristiche ed esigenze operative una corte costituzionale nazionale non può che avere una visione parziale, se non unilaterale.

La conseguenza è evidente. L'argomentazione utilizzata dai giudici di Karlsruhe per censurare la legittimità costituzionale della soglia di sbarramento, finisce per essere basata unicamente sulla "sua" valuta-

³⁸ Su questa deriva critica della Corte costituzionale tedesca, si veda l'articolo apparso su Spiegel Online International, *Drifting into Politics: Is Germany's High Court Anti-European?*, <http://www.spiegel.de/international/germany/the-eu-critical-course-of-the-german-high-court-a-958018.html>; ma si veda anche, con una prospettiva diversa, G.L. TOSATO, *Se la Corte tedesca chiede più democrazia in Europa*, in *Aff. Int.*, 5 ottobre 2009.

zione della funzionalità del Parlamento europeo, facendola prevalere non solo sulla eventuale diversa valutazione degli altri Stati membri dell'Unione³⁹, ma anche su elementi di valutazione di segno opposto e del tutto chiari, provenienti dallo stesso sistema di cui quell'organo esterno fa parte.

L'Unione non era rimasta agnostica, infatti, sul tema delle soglie di sbarramento nazionali applicabili alle elezioni europee. L'Atto elettorale europeo prevede, a seguito di una modifica del 2002, che «gli Stati membri possono prevedere la fissazione di una soglia minima per l'attribuzione dei seggi. Tale soglia non deve essere fissata a livello na-

³⁹ Va fatto presente, infatti, che una soglia di sbarramento è prevista, a diversi livelli, dalla legge elettorale europea di metà dei Paesi membri (Francia, Lettonia, Lituania, Polonia, Repubblica Ceca, Romania, Slovacchia e Ungheria al 5%; Austria, Croazia, Italia e Svezia al 4%; Grecia al 3%; e Cipro all'1,8%), senza che questa previsione abbia mai dato adito, pur in presenza di analoghi principi costituzionali, a dubbi di costituzionalità. Una recente eccezione si è avuta in Italia, dove con ordinanza del 5 maggio 2014 il Tribunale di Venezia aveva rinviato alla Corte costituzionale la questione della costituzionalità della soglia di sbarramento del 4% prevista dalla nostra legge elettorale per le elezioni europee (legge n. 18 del 24 gennaio 1979, sulla "Elezioni dei membri del Parlamento europeo spettanti all'Italia"), con l'argomento, chiaramente ispirato dalle sentenze della Corte costituzionale tedesca, che «l'introduzione nella legge per le elezioni europee di una soglia di sbarramento non appare sostenuta da alcuna motivazione razionale che giustifichi la limitazione della rappresentanza. Il Parlamento europeo, infatti, non ha il compito di eleggere o dare la fiducia ad alcun governo dell'Unione, al quale possa fornire stabilità di indirizzo politico e continuità di azione; né ha un ruolo determinante nella produzione legislativa». Su tale ordinanza vedi D. VITTORI, *La legge elettorale che non c'è: quella europea*, in *lavoce.info*, 16 maggio 2014; e M. ARMANNI, *La soglia di sbarramento per l'elezione del Parlamento europeo è incostituzionale? Brevi considerazioni a proposito di una recente ordinanza di rinvio*, in *Quaderni cost.*, n. 2/2014, p. 402 ss.; nonché S. LIETO, *Sulla questione di legittimità costituzionale della "soglia di sbarramento" della legge elettorale per il Parlamento europeo*, 7 luglio 2014, <http://www.forumcostituzionale.it/wordpress/wp-content/uploads/2013/05/lieto.pdf>. Con sentenza n. 110 del 15 giugno 2015, la questione sollevata dal Tribunale di Venezia è stata però ritenuta inammissibile dalla Corte costituzionale perché «al di fuori di una determinata vicenda elettorale nella quale sia dedotta la violazione di uno specifico diritto di voto, non può essere ritenuta ammissibile un'azione con la quale venga richiesto l'accertamento in astratto del contenuto di tale diritto, come regolato dall'art. 21, primo comma, numeri 1-bis) e 2), della legge n. 18 del 1979, sull'asserito presupposto dell'illegittimità costituzionale di queste disposizioni».

zionale oltre il 5% dei suffragi espressi» (art. 2 *bis*). Dal canto suo, e proprio in vista delle ultime elezioni europee, il Parlamento europeo ha addirittura esplicitamente invitato gli «Stati membri a fissare nella loro legge elettorale, in conformità all’art. 3 dell’Atto relativo all’elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto, soglie minime, appropriate e proporzionate, per la ripartizione dei seggi, in modo tale da rispecchiare fedelmente le scelte dei cittadini, quali espresse nelle elezioni, pur salvaguardando efficacemente il buon funzionamento del Parlamento»⁴⁰.

È vero che, come osserva la stessa Corte costituzionale tedesca, la disposizione dell’Atto elettorale europeo non pone obblighi, mentre la risoluzione del Parlamento non è un atto vincolante. Ma sia l’uno, che l’altra esprimono all’evidenza – il primo peraltro in una forma comunque solenne, vista la procedura di adozione dell’atto elettorale europeo, che richiede la “ratifica” dei Parlamenti degli Stati membri⁴¹ –, una va-

⁴⁰ Così la risoluzione del Parlamento europeo del 22 novembre 2012 sulle elezioni al Parlamento nel 2014: sulla base della premessa che «in considerazione delle nuove disposizioni relative all’elezione della Commissione europea introdotte dal trattato di Lisbona e dei cambiamenti nelle relazioni tra Parlamento e Commissione che ne deriveranno a partire dalle elezioni del 2014, ...ai fini della stabilità delle procedure legislative dell’Unione e del buon funzionamento del suo esecutivo sarà estremamente importante che esistano maggioranze affidabili in seno al Parlamento». Si veda peraltro la recente relazione di D.M. Hübner e J. Leinen sulla “proposta di modifica dell’Atto del 20 settembre 1976 relativo all’elezione dei membri del Parlamento europeo a suffragio universale diretto” (2015/2035(INL)), approvata dal Parlamento europeo il 28 settembre 2015, la quale (al par. 4) «suggerisce di introdurre una soglia obbligatoria, compresa tra il 3% e il 5%, per l’attribuzione dei seggi negli Stati membri a circoscrizione unica e nelle circoscrizioni in cui è utilizzato il sistema delle liste e che comprendono più di 26 seggi»; ed è significativo rilevare come la risoluzione sottolinei espressamente che l’obbligatorietà di tale soglia sarebbe «importante per salvaguardare il funzionamento del Parlamento europeo dal momento che esso eviterà ulteriore frammentazione».

⁴¹ Ai sensi dell’art. 223, par. 1, TFUE, le disposizioni relative alle elezioni al Parlamento europeo sono adottate dal Consiglio, che delibera «all’unanimità secondo una procedura legislativa speciale e previa approvazione del Parlamento europeo che si pronuncia alla maggioranza dei membri che lo compongono», ma entrano in vigore solo «previa approvazione degli Stati membri conformemente alle rispettive norme costituzionali».

lutazione condivisa a livello di Unione della funzionalità delle soglie di sbarramento nel sistema elettorale del Parlamento europeo.

Ma il punto non è solo qui. C'è infatti da chiedersi se la valutazione ai fini di un eventuale bilanciamento tra i diritti costituzionalmente tutelati degli elettori e le esigenze di operatività dell'eletto suscettibili di giustificare una deroga a quei diritti, non avrebbe dovuto riguardare non il Parlamento europeo in quanto tale, ma bensì il contingente di parlamentari tedeschi oggetto diretto della elezione sulla base della legge tedesca. La Corte avrebbe dovuto chiedersi non tanto in quale misura la soglia di sbarramento avrebbe inciso sull'operatività del Parlamento europeo, quanto se la mancanza di tale soglia avrebbe pregiudicato la coesione e l'operatività di quel contingente. E forse la risposta sarebbe stata diversa da quella data nelle due sentenze, come dimostra il risultato elettorale scaturito da un'elezione senza soglia di sbarramento: 7 nuovi partiti tedeschi entrati nel Parlamento europeo con meno dell'1% a testa ed un solo seggio.

LE FORME DELLA CODIFICAZIONE E SVILUPPO PROGRESSIVO DEL DIRITTO INTERNAZIONALE

Attila Tanzi

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. Considerazioni comparative in termini funzionali tra modalità convenzionale e non convenzionale della codificazione. – 3. Tra Antigone e Creonte, relativizzazione in termini storico-politici della tensione tra approccio giusnaturalistico e giuspositivistico alla codificazione. – 4. Conferma in relazione al ruolo della CDI nella rilevazione del diritto internazionale nella giurisprudenza internazionale. – 5. Considerazioni conclusive e l'emergere di un tertium genus.*

1. Introduzione

Nel presentare un contributo di amicizia e riconoscenza a Luigi Ferrari Bravo, la scelta del tema della codificazione del diritto internazionale mi pare quello maggiormente attinente al lungo rapporto di collaborazione di cui ho beneficiato nei suoi anni di guida del Servizio del contenzioso diplomatico al Ministero degli affari esteri e, indirettamente, per numerosi anni a seguire. È soprattutto su questo tema, prima ancora che su quello del contenzioso internazionale, che ho appreso dall'insegnamento e dall'esempio di Luigi Ferrari Bravo a beneficio tanto delle mie successive riflessioni scientifiche quanto nella vita professionale.

Le brevi considerazioni che seguono si rivolgono principalmente all'alternativa, avvertita, specialmente, ma non esclusivamente, con riferimento ai lavori della Commissione del diritto internazionale (CDI), tra codificazione mediante strumenti convenzionali o strumenti c.d. di *soft law*. La questione verrà considerata in termini relativistici. In primo luogo, verranno svolte alcune brevi considerazioni comparative tra le due modalità in termini funzionali. Successivamente, la questione sarà trattata alla luce dell'eterno dilemma tra approccio giusnaturalistico e giuspositivistico alla formazione del diritto internazionale evidenziando la rilevanza del contesto storico-politico al momento in cui si

pone la scelta. In terzo luogo, tale approccio verrà corroborato alla luce di una sintetica considerazione della giurisprudenza internazionale. In termini conclusivi, la tesi svolta verrà associata alla tendenza, crescente nella CDI, di produrre studi illustrativi, in alternativa a progetti di articoli prescrittivi destinati a codificazione in via convenzionale, o non.

2. Considerazioni comparative in termini funzionali tra modalità convenzionale e non convenzionale della codificazione

La scelta di adottare un testo in forma non giuridicamente vincolante o in forma convenzionale è di regola un problema relativo al grado di impegno politico che gli Stati sono disposti a dimostrare¹. Nel caso di esercizi diplomatici mirati alla codificazione del diritto internazionale in ambito ONU, il criterio di scelta tra le due modalità era stato collegato alla distinzione tra il caso in cui un testo fosse ricognitivo della consuetudine, oppure se costituisse «sviluppo progressivo del diritto internazionale», secondo la distinzione tracciata dall'Art. 13, par. 1(a), della Carta ONU.

Infatti, lo Statuto della CDI prevede, da un lato, che la funzione di codificazione possa essere svolta indistintamente attraverso strumenti di carattere convenzionale o di natura non vincolante nei casi in cui il testo elaborato sia generalmente ritenuto ricognitivo di regole consuetudinarie preesistenti; dall'altro, si prevede che i testi elaborati dalla CDI contenenti disposizioni di sviluppo progressivo del diritto debbano sfociare in convenzioni².

La distinzione in parola è difficile da tracciare in concreto. Nel momento stesso in cui si trascrive una consuetudine, generale per definizione anche in ragione della sua natura non scritta, essa viene interpretata e specificata incidendo inevitabilmente sul suo contenuto. È in effetti difficile individuare un progetto di articoli preparato dalla CDI che,

¹ Si veda in generale K. RAUSTIALA, *Forms and Substance in International Agreements*, in *AJIL*, 2005, pp. 581 ss.

² *Statute of the International Law Commission*, UN Doc. A/RES/174 (II), 21 novembre 1947, art. 15.

insieme a regole presumibilmente ricognitive di diritto consuetudinario, non contenga anche elementi innovativi.

Ciò è confermato dal dibattito interno alla stessa CDI. Infatti, già nel 1996 essa indicava che la distinzione tra *codificazione* e *sviluppo progressivo del diritto* «[...] proved unworkable and could be eliminated in any review of the Statute»³.

In effetti, la prassi internazionale, in particolare quella giurisprudenziale, dimostra che la medesima portata «ricognitiva», «cristallizzatrice» o «generativa» di consuetudine attribuibile, caso per caso, alle convenzioni di codificazione – secondo i termini della nota sentenza della CIG del 1969 relativa alla delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord⁴ – è attribuibile negli stessi termini a singole disposizioni di strumenti internazionali non vincolanti⁵. Questo vale indistintamente per testi di regole modello, codici di condotta o progetti di articoli adottati da risoluzioni non vincolanti di organizzazioni internazionali, come le risoluzioni dell'Assemblea generale ONU, o, persino, per convenzioni adottate, ma non entrate in vigore. Ciò che conta è che al momento della rilevazione del diritto generale, una determinata disposizione, quand'anche contenuta in uno strumento in sé formalmente non vincolante, svolga un ruolo di autorevole evidenziazione di una regola consuetudinaria in quanto associata a diffusi elementi di prassi e con-

³ *Report of the International Law Commission*, G.A.O.R., Fifty-first Session, Supplement No. 10 (A/51/10), 1996, par. 148.

⁴ *North Sea Continental Shelf cases (Germany v. Denmark and the Netherlands)*, in *ICJ Reports*, 1969, pp. 42 ss.

⁵ Nel recente Terzo Rapporto del Relatore Speciale della CDI, Sir Michael Wood, sulla *Identification of Customary International Law*, per quanto con specifiche qualificazioni, si pongono «treaties and resolutions» sullo stesso piano ai fini della rilevazione della consuetudine, indicando come «[s]uch written texts may reflect already existing rules of customary international law (codification of *lex lata*); they may seek to clarify or develop the law (progressive development); or they may state what would be new law» (M. WOOD, *Third Report on the Identification of Customary International Law*, UN Doc. A/CN.4/682, 27 marzo 2015, par. 28). Ciò ha trovato un riscontro in sintesi redazionale nelle draft-conclusions 12 e 13 – sul rapporto tra consuetudine e, rispettivamente, trattati e risoluzioni di organizzazioni internazionali – ove si differenzia il tenore letterale ma non la sostanza.

vincimento giuridico in senso ad essa conformi. La giurisprudenza internazionale, che verrà analizzata più avanti, dimostra che ciò è particolarmente rilevante con riguardo ai testiscaturiscono dai lavori della CDI.

Resta dunque da risolvere, caso per caso, la scelta tra la strada dello strumento vincolante, o non vincolante, nel quale enucleare il prodotto finale dei lavori della CDI in una determinata materia. Si ritiene che due debbano essere le considerazioni metodologiche di fondo da seguire in proposito. La prima è nel senso della inadeguatezza di un orientamento di principio astrattamente favorevole all'una o all'altra soluzione, in ossequio ad un astratto approccio ora giusnaturalista, ora giusvolontarista, in ragione di una presunta prevalenza logico-politica o giuridico-politica di uno dei due approcci. La seconda considerazione, correlata alla prima, va nella direzione della necessità di tenere in conto tutte le circostanze relative al singolo testo in questione. Simili circostanze comprendono, innanzi tutto, la finalità di un determinato esercizio della CDI – a seconda che esso sia effettivamente mirato alla codificazione e sviluppo progressivo di un settore delle regole del diritto internazionale, oppure alla facilitazione della interpretazione e applicazione di regole precedentemente codificate – il tipo della materia trattata, il grado di sviluppo e consolidamento del processo di formazione consuetudinaria della regolamentazione internazionale della tematica in questione e, soprattutto, gli assetti storico-politici della comunità internazionale al momento in cui interviene il processo di codificazione in questione.

Vi sono inoltre delle considerazioni comparative di tipo funzionale, in termini costi-benefici, che valgono per la scelta del formato conclusivo della generalità di testi negoziati in sede multilaterale e che, in parte, si applicano agli strumenti di codificazione del diritto internazionale del tipo elaborato dalla CDI. La prima ed evidente considerazione riguarda il fatto che il negoziato di uno strumento giuridicamente non vincolante rappresenta il vantaggio do essere più agevole rispetto alla trattativa per l'elaborazione di una convenzione, anche in ragione del carattere giuridicamente meno impegnativo del suo prodotto finale. Tuttavia, come rilevato da Christine Chinkin, la prassi mostra che «[d]espite the potential disadvantages of treaties the reality is that the process of negotiating a soft law instrument can often be as complex

and lengthy as that for the negotiation of a treaty»⁶. Incide in tal senso la consapevolezza dei vincoli di coerenza che scaturiscono in base al principio di buona fede dall'adozione di un documento in sé non vincolante, così come del possibile effetto generatore, o consolidamento, di consuetudine che simile strumento potrà svolgere⁷.

Inoltre, l'adozione di uno strumento non vincolante ha il vantaggio che la sua rilevanza giuridica non è soggetta, sul piano nazionale, alla ratifica con relativa autorizzazione parlamentare, né ai requisiti di entrata in vigore sul piano internazionale. Va peraltro sottolineato come anche uno strumento multilaterale, seppure adottato in prospettiva convenzionale, possa rimanere per un tempo indeterminato assimilabile ad uno strumento non vincolante, in quanto una convenzione è una convenzione solo dopo la sua entrata in vigore e solo per gli Stati che l'hanno ratificata. Tuttavia, analogamente a qualsiasi testo di natura non vincolante, fino alla sua entrata in vigore, e anche dopo, simili strumenti saranno obbligatori anche per gli Stati non parti nella misura della corrispondenza del testo alla consuetudine al momento dell'accertamento. Indicativo in tal senso fu il richiamo alla *Convenzione di New York sui corsi d'acqua internazionali* del 1997 compiuto dalla CIG nella causa Gabčikovo-Nagymaros solo pochi mesi dopo la sua adozione e ben diciassette anni prima della sua entrata in vigore⁸. Si può immaginare la paradossale situazione in cui il testo di una convenzione non entrata in vigore, generalmente riconosciuta come evidenziatrice della consuetudine, comporti maggiore autorevolezza giuridica rispetto ad una convenzione entrata in vigore con un modesto numero di ratifiche.

In relazione a quanto da ultimo osservato, l'adozione di strumenti non vincolanti per forma – particolarmente quando caratterizzati da

⁶ C. M. CHINKIN, *The Challenge of Soft Law: Development and Change in International Law*, in *ICLQ*, 1989, pp. 850 ss.

⁷ Si veda O. SCHACHTER, *Non-Conventional Concerted Acts*, in M. BEDJAUOI (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, Boston/Dodrecht/Londra, 1991, pp. 265 ss., p. 267.

⁸ Sul valore ricognitivo in generale dello stato del diritto consuetudinario in materia, vedi A. TANZI, M. ARCARI, *The United Nations Convention on the Law of International Watercourses: A Framework for Sharing*, The Hague, 2001.

finalità di codificazione – presenta il vantaggio di mitigare i rischi di «smontare» il diritto consuetudinario oggetto di negoziato, non solo nella trattativa, ma anche e particolarmente attraverso le eventuali mancate ratifiche alla convenzione di codificazione. Come sottolineato da Condorelli nei termini seguenti «[...] a codifying instrument that settles particularly delicate and controversial issues may well (provided one manages to draft it) displease numerous States which will then refrain from ratifying or acceding to it; in this case, the international norm-setting system will not be simplified or rationalized by codification but will, on the contrary, be made even more contradictory and complicated: instead of ironing out the difficulties and tensions relating to the former international custom now become uncertain because it is contested by certain States, the codification will leave in place and even add to the said difficulties and tensions precisely because it “duplicates” the contested customary norm with a new body of rules valid only for a more or less limited number of States»⁹.

Per altro verso, vi sono indiscussi vantaggi, prevalentemente sotto il profilo internistico, derivanti dal formato convenzionale dei risultati di negoziati multilaterali con finalità di tipo normativo. Ad esempio, un testo convenzionale reso esecutivo con legge dello Stato comporta una maggiore facilità per le amministrazioni degli Stati parti di darvi esecuzione nei suoi dettagli obbligatori, compreso lo stanziamento dei fondi e nella messa a disposizione delle risorse umane necessari. Ciò si collega poi alla maggiore pubblicità dello strumento per gli organi nazionali preposti ad attività esecutive puramente interne. Raramente, tuttavia, la consuetudine codificata o promossa dalla CDI configura simili elementi di specificità e dettaglio. Quando ciò si verifica, specialmente in tema ambientale – settore affrontato in maniera crescente rispetto al passato dalla CDI – la funzione di indirizzo dei testi non vincolanti elaborati da quest'ultima può essere agevolmente realizzata attraverso un adeguato rapporto di comunicazione da parte dell'Esecutivo nei riguardi delle articolazioni amministrative periferiche. Ciò, peraltro, potrebbe bene

⁹ *Custom*, in M. BEDJAOUI (ed.), *op. cit.*, p. 183.

integrarsi con l'adozione di atti di legge su proposta governativa ispirata dallo strumento in questione.

3. Tra Antigone e Creonte, relativizzazione in termini storico-politici della tensione tra approccio giusnaturalistico e giuspositivistico alla codificazione

La tesi di fondo del presente contributo si pone nella direzione secondo la quale non si possa fondatamente esprimere una valutazione in termini di assoluta preferibilità teorica tra un approccio alla codificazione del diritto internazionale di tipo giusnaturalistico, da un lato, e uno di tipo giuspositivistico-volontarista, dall'altro. Si invita, piuttosto, ad un pragmatico adattamento delle forme della codificazione alle circostanze storico-politiche della società internazionale, oltre a quelle tecnico funzionali di cui si dirà. Con riferimento al primo aspetto, il dato empirico dimostra che quando la società internazionale trova un assetto socio-politico relativamente omogeneo tra i propri membri, la fonte consuetudinaria ha maggiore rilevanza, mentre nei periodi di maggiore divisione e conflittualità, specie di tipo ideologico, prevale di necessità la fonte pattizia.

Da un lato, secondo un approccio giusnaturalistico alle fonti del diritto, le regole giuridiche, in quanto generalmente percepite come «naturali» dagli attori prevalenti della società uniti da una relativa omogeneità di interessi, usi e costumi, vincolerebbero tutti i membri della società internazionale, indipendentemente dall'esplicito consenso di ogni singolo soggetto dell'ordinamento. Dall'altro, il giuspositivismo volontarista subordina l'esistenza e l'obbligatorietà di ogni regola giuridica alla volontà del singolo Stato, che nel consesso internazionale si trova a negoziare il proprio consenso con quello di tutti gli altri Stati consociati. È chiaro che, in una situazione di diffusa omogeneità dei valori sociali tra i consociati, il comune consenso sulla regolamentazione di singoli aspetti di comune interesse troverà spontanea manifestazione con la minore esigenza di formalità di espressione, al punto da apparire «naturale», congiungendo nella pratica i due approcci.

Per quanto l'orientamento giuspositivistico appaia come quello più soggettivo, non va trascurato quanto soggettivistica possa essere l'utilizzazione ideologica di argomenti basati sul diritto naturale. È da condividere l'affermazione di Wolfgang Friedmann secondo cui «Any attempt to stamp a particular social order as being consonant with nature, and correspondingly, another as being contrary to nature, is a disguised way of giving the halo of perpetuity and sacrosanctity to a particular political or legal philosophy. It is not therefore surprising that virtually any political or social philosophy or doctrine has at one time or another been sanctified with the name of natural law (by its partisans)»¹⁰.

Gustavo Zagrebelsky, già Presidente della Corte Costituzionale italiana, nel suo volume *Intorno alla legge* parte dal presupposto secondo cui «[l']intera vicenda storica e concettuale della legge nel corso dei venticinque secoli di cui siamo figli altro non è se non il mutevole rapporto con il diritto: *lex* e *ius*»¹¹. L'Autore esemplifica questa dicotomia dialettica attraverso la tragedia di Sofocle, l'*Antigone*, che rappresenta il contrasto tra il diritto di Antigone, appunto, e la legge di Creonte. Il primo costituiva il riflesso delle «radici tradizionali della città, lo *ius* 'non scritto e non mutabile [...] di cui è ignota la rivelazione; lo *ius* valido per le cerchie umane vincolate da comunanza di sangue [...]»¹². Il secondo si faceva portatore della «forza innovatrice di una società-stato [Tebe] proiettata a divenire potenza egemone del mondo greco, fondata su leggi proclamate vittoriosamente [...] per valere universalmente [...]»¹³.

Questa simbologia tragica si coniuga con la tesi qui sostenuta, nel senso della non assiomatica preferibilità di un approccio sull'altro, attraverso un «esito radicale di morte fisica per Antigone e di morte spirituale – diremmo: totale *delegittimazione* – per Creonte, rigettato dai

¹⁰ W. FRIEDMANN, *The Changing Structure of International Law*, London, 1964, p. 78.

¹¹ G. ZAGREBELSKY, *Intorno alla legge. Il diritto come dimensione del vivere comune*, Torino, 2009, p. 5.

¹² *Ibidem*, p. 6.

¹³ *Ibidem*, pp. 6 ss.

suoi concittadini [...]»¹⁴. Si concorda con Zagrebelsky nel suggerire di «sospendere il giudizio» tra i due «fino a quando non si sia visto cosa contengono i loro decreti»¹⁵.

Nel diritto internazionale le due opposte tendenze in esame – che portano alla prevalenza, ora della consuetudine, o della sua codificazione in termini non convenzionali, ora del diritto pattizio, o della codificazione della consuetudine in termini convenzionali – tendono sempre più a convivere. Alla fine degli anni '80, il giurista uruguayano Eduardo Jiménez de Aréchaga – già Presidente della Corte internazionale di giustizia e figura di riferimento, per equilibrio e moderazione, sia da parte dei Paesi del terzo mondo che di quelli occidentali, all'epoca delle forti divisioni degli anni '70 – riferendosi al rapporto tra consuetudine e trattati affermava quanto è vero ancora oggi «Many writers emphasize their antithetical features. Treaty law is identified as *lex scripta*, the result of a deliberate intellectual effort, as having the qualities of precision, clarity, systematic order; while customary law is *lex non scripta*, described as spontaneous, unintentional, unconscious in its origin, disorderly, uncertain in its form, slow in its establishment. Some writers even qualify it as a 'procédé artisanal', not well adapted to the rapid pace of evolution in the modern world. Such an antithesis may be correct in the municipal field, where statutes and codes are rightly opposed to customary law, but it is not true in the international sphere»¹⁶.

I passaggi dell'andamento oscillatorio nelle tendenze codificative attorno ai lavori della CDI, dagli inizi della sua attività ad oggi, offrono una conferma della relatività della questione del formato migliore di un esercizio di codificazione.

È indicativo come nel corso degli anni '50 la CDI e l'Assemblea generale abbiano mostrato una disponibilità nei riguardi di della forma non convenzionale per i risultati dei lavori della prima, sconosciuta nei due decenni successivi, mentre tale disponibilità sia riemersa con numerosi esempi dagli anni '90.

¹⁴ *Ibidem*, p. 7.

¹⁵ *Ibidem*, p. 19.

¹⁶ E. J. DE ARÉCHAGA, *Custom*, in A. CASSESE, J. H. H. WEILER (eds.), *Change and Stability in International Law-Making*, Berlin-New York, 1988, pp. 1 ss.

La cartina di tornasole del primo mutamento è ben rappresentata dal cambiamento di orientamento della Commissione circa il formato che avrebbe dovuto assumere il suo lavoro sul diritto dei trattati. Infatti, fino al 1959, con il relatore speciale Sir Gerald Fitzmaurice, essa era fortemente determinata a presentare un prodotto da completare in forma non convenzionale, ma attraverso «a code of a general character»¹⁷. Solo due anni dopo, nel 1961, contestualmente alla nomina del nuovo relatore speciale per la medesima materia, Sir Humphrey Waldock, la Commissione ha segnato un cambiamento di segno esattamente opposto, indicando che «[i]ts aim would be to prepare draft articles on the law of treaties intended to serve as the basis for a convention»¹⁸. Poco dopo, nel 1968, Roberto Ago, nel suo intervento negli Scritti Guggenheim sul tema *La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation*, invocava una «creontica» rinegoziazione volontaristica di un diritto internazionale «antigonico»¹⁹. Ciò era inevitabile in un'epoca di alta conflittualità ideologico-politica nella comunità internazionale e, quindi, in Assemblea generale ONU, tra Paesi occidentali, da un lato, e Paesi socialisti e Paesi in via di sviluppo emersi dalla decolonizzazione.

Non è un caso che, nel 1988, con l'avvicinarsi della fine della Guerra Fredda, lo stesso Roberto Ago, che vent'anni prima si era fatto strenuo assertore della codificazione internazionale per via convenzionale, sostenesse quanto segue «[I]l n'y a plus aujourd'hui de raisons pour que le droit international abandonne ses structures ouvertes traditionnelles pour se réfugier dans le cadran clos d'un droit entièrement conventionnel. [... U]n vaste horizon s'ouvre encore devant la poursuite, de nos jours, de la codification du droit international. Celle-ci chan-

¹⁷ *Report of the International Law Commission*, G.A.O.R., Eleventh Session, Supplement No. 1 (UN Doc. A/CN.4/SER.A/1959/Add.1), 1959, p. 91, par. 18.

¹⁸ UN Doc. A/483, par. 39.

¹⁹ R. AGO, *La codification du droit international et les problèmes de sa réalisation*, in M. BATELLI et al. (eds.), *Recueil d'études de droit international en hommage à Paul Guggenheim*, Ginevra, 1968, pp. 93 ss.

gera vraisemblablement de formes et de méthodes. Elle n'en sera pas moins précieuse pour autant»²⁰.

Dalle tendenze di una codificazione «soft» nei primi anni post-bellici, all'insegna della egemonia occidentale secondo un modello giuridico anglo-americano, a quelle di una rinegoziazione giuspositivistica della consuetudine internazionale durante la conflittualità politico-ideologica della Guerra Fredda e della decolonizzazione, si è passati negli '90 ad un *revival* di omogeneità giusnaturalista, per giungere ai nostri giorni di multilateralismo tendenzialmente caratterizzato da un unilateralismo diffuso. In quest'ultimo scenario prevale un sistema di codificazione misto e alternato, dove la scarsità di codificazione per via convenzionale, piuttosto che rivelare una ritrovata omogeneità valoriale nella comunità internazionale, tradisce un basso tasso di volontà di assumere obblighi giuridici, a tal fine concentrandosi su studi interpretativi di regole esistenti in termini non vincolanti.

4. Conferma in relazione al ruolo della CDI nella rilevazione del diritto internazionale nella giurisprudenza internazionale

Mentre, per definizione, tanto le convenzioni, quanto i documenti internazionali non vincolanti, come le risoluzioni dell'Assemblea generale ONU, sono fenomeni in sé diversi dalla consuetudine, ambedue sono rilevanti ai fini della sua rilevazione. È di particolare rilievo come la giurisprudenza dei diversi tribunali e corti internazionali si rivolga ai lavori della CDI, indistintamente rispetto al fatto che i risultati di tali lavori siano stati recepiti nell'ambito dell'uno, o dell'altro, quadro formale. Ciò va nel senso della considerazione effettuata all'inizio del presente lavoro secondo cui la medesima logica applicata al rapporto tra convenzioni di codificazione e consuetudine dalla CIG nella sentenza

²⁰ R. AGO, *Nouvelles réflexions sur la codification du droit international*, in *RGDIP*, 1988-II, pp. 539 ss., a pp. 573 e 576 (si veda la versione leggermente modificata in lingua inglese *Some New Thoughts on the Codification of International Law*, in E. BELLO, B. AJIBOLA (eds.), *Essays in Honour of Judge Taslim Olawale Elias: Contemporary International Law and Human Rights*, Dordrecht, 1992, pp. 35 ss.).

del 1969 sulla delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord si applica nei medesimi termini al rapporto tra consuetudine e strumenti *soft* di codificazione²¹, così come alle stesse convenzioni non (ancora) entrate in vigore²². Infatti, in ogni caso, la fonte consuetudinaria resta separata dal testo, ora di una convenzione, ora di una risoluzione dell'Assemblea generale²³.

Per quanto il processo di stipulazione di una convenzione di codificazione, o quello di adozione di una raccomandazione di un progetto di articoli della CDI, rappresentino ad un tempo elementi di prassi e di *opinio iuris*, essi non costituiscono in sé elementi sufficienti a dimostrare una consuetudine²⁴. Ulteriore indagine integrativa da parte dell'interprete potrà, caso per caso, essere ritenuta non necessaria in quanto assorbita in modo soddisfacente nei lavori preparatori di un testo di progetto di articoli, tanto se adottato in forma di convenzione, o di risoluzione. Ciò può valere anche con riferimento ad organi diversi, ma funzionalmente analoghi alla stessa CDI, come ad esempio la Commissione del diritto del mare nella produzione dell'UNCLOS.

²¹ *Supra*, testo a nota 5.

²² Nella sentenza del 1974 tra Regno Unito e Islanda sui rispettivi diritti di pesca, la CIG si è rivolta agli artt. 52 e 62 CVDT come riproduttivi della consuetudine, ben sei anni prima della entrata in vigore della CVDT (*Fisheries Jurisdiction (United Kingdom of Great Britain and Northern Ireland v. Iceland)*, in *ICJ Report*, 1974, p. 3); analogamente, nel 1997, nella causa *Gabčíkovo-Nagymaros*, tra Slovacchia e Ungheria, la medesima Corte per sostanziare il carattere consuetudinario del principio della equa e ragionevole utilizzazione si è riferita alla Convenzione sui corsi d'acqua internazionali dello stesso anno, ma entrata in vigore solo nel 2014 (*Gabčíkovo-Nagymaros Project (Hungary v. Slovakia)*, in *ICJ Reports*, 1997, p. 56). È interessante come la stessa tecnica giudiziale sia stata anche applicata rispetto a disposizioni ritenute codificatorie seppure all'interno di convenzioni controverse e in vigore con uno scarso successo di ratifiche. E' questo il caso della Convenzione del 1978 sulla successione degli Stati nei trattati, in vigore solo dal 1996, il cui art. 12, sui trattati territoriali, è stato richiamato nella medesima causa *Gabčíkovo-Nagymaros* come indicativa della consuetudine (*ibidem*, p. 7).

²³ Si veda in questo senso, per quanto riguarda le convenzioni, M. WOOD, *op. cit.*, parr. 34 ss., e riferimenti ivi citati; con riferimento alle risoluzioni organizzazioni internazionali, cfr. *ibidem*, sez. IV.B, e lo stesso progetto di conclusione 13.

²⁴ *Ivi*.

Dall'analisi della prassi giurisprudenziale, simile approccio investigativo si può ritenere implicito nel richiamo diretto ad una disposizione codificatrice contenuta in ambedue i formati²⁵. Esplicito riferimento ai *travaux* non è raro e viene effettuato a fini esplicativi delle disposizioni più complesse o problematiche, principalmente quando trasposte in un testo convenzionale²⁶, ma anche quando contenute in un progetto di articoli raccomandato agli Stati membri da una risoluzione dell'Assemblea generale²⁷.

²⁵ A titolo di esempio, si veda come la CIG nella sentenza del 2008 nella causa tra Croazia e Serbia sulla Convenzione per la prevenzione e repressione del crimine di genocidio, si sia riferita all'art. 10, par. 2, del progetto della CDI sulla responsabilità internazionale degli Stati – nel senso della attribuzione al nuovo Stato degli atti posti in essere dagli insorti il cui successo ha portato alla sua formazione – dando per assunta la piena corrispondenza con la consuetudine (*Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, in *ICJ Reports*, 2008, p. 412). Nella sentenza del 2012 sulla delimitazione territoriale e marittima tra Nicaragua e Colombia, la CIG si è rivolta all'art. 76, par. 1, UNCLOS sulla delimitazione esterna della piattaforma continentale, come indicatore della consuetudine senza alcuna elaborazione argomentativa (*Territorial and Maritime Dispute (Nicaragua v. Colombia)*, in *ICJ Reports*, 2012, p. 666). Si veda una cospicua sintesi della giurisprudenza internazionale applicativa della CVDT come evidenziatrice della consuetudine nella sentenza arbitrale del 2005 (par. 45) relativa alla causa *Iron Rhine* tra Belgio e Paesi Bassi (*Permanent Court of Arbitration, Award Series*, Londra, 2007) Circa i riferimenti a Convenzioni non in vigore, vedi, tra gli altri casi, quelli richiamati a nota 22.

²⁶ Sempre a titolo esemplificativo, si ricorda come la CIG nella sentenza del 2009 relativa alla delimitazione marittima del Mar Nero in *Romania c. Ucraina* ha interpretato l'Art. 11 UNCLOS alla luce dei lavori preparatori della CDI relativi all'Art. 8 della Convenzione del 1958 sul Mare Territoriale e Zona Contigua, in quanto le due disposizioni sostanzialmente coincidono (*Maritime Delimitation in the Black Sea (Romania v. Ukraine)*, in *ICJ Reports*, 2009, par. 134). Analogamente, nel 1998, la Corte si era rivolta al Rapporto del 1966 per interpretare gli Artt. 16, 24 e 78 della CVDT sugli effetti del deposito dello strumento di ratifica.

²⁷ Si vedano, tra le altre, la decisione sulle obiezioni preliminari nel caso *Application of the Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide (Croatia v. Serbia)*, in *ICJ Reports*, 2008, par. 127, p. 412, nonché la decisione sulla riparazione nel caso *Ahmadou Sadio Diallo (Republic of Guinea v. Democratic Republic of the Congo)*, in *ICJ Reports 2012*, par. 49, p. 324.

Quanto da ultimo indicato va nel senso di attenuare, se non neutralizzare, la preoccupazione che il riferimento alle c.d. *non-legislative codifications* possa produrre problemi di legittimità²⁸, come se gli strumenti di codificazione non convenzionale, al pari di quelli convenzionali, venissero considerati in sé come un succedaneo della consuetudine. Si ritiene che quando una sentenza internazionale (o anche nazionale), al fine di rilevare una consuetudine internazionale, si rivolge a una disposizione convenzionale, o non convenzionale, prodotta sulla base dei lavori della CDI – peraltro in una dinamica di interazione con le delegazioni governative rappresentate in Assemblea generale – essa faccia implicitamente propria l'analisi ricostruttiva degli elementi costitutivi della consuetudine in questione e li confronti con i *travaux* della CDI²⁹.

Se anche il semplice riferimento alle disposizioni prodotte dal lavoro della CDI può apparire come una scorciatoia rispetto ad una autonoma ricerca della consuetudine, questo potrà eventualmente costituire un problema di motivazione della decisione, ma non un uso improprio delle fonti del diritto. Depone nel senso della presunzione di tale implicita ricerca, tanto il fatto che, quando necessario, le disposizioni della CDI vengono integrate da autonoma ricerca di prassi e *opinio iuris*, quanto il fatto che i relativi *travaux* vengono scandagliati³⁰, anche per giungere

²⁸ F. L. BORDIN, *Reflections on Customary International Law: The Authority of Codifications Conventions and ILC Draft Articles in International Law*, in *ICLQ*, 2014, p. 560 ss.

²⁹ In sostanza, ciò andrebbe nel senso di un fisiologico atteggiamento conforme alla cautela a suo tempo invocata da David Caron circa l'uso del progetto di articoli sulla responsabilità degli Stati (D. CARON, *The ILC Articles on the Law of State Responsibility: The Paradoxical relationship between Form and Authority*, in *AJIL*, 2012, p. 873).

³⁰ Nella sentenza del 2012 sull'immunità dalla giurisdizione tra Germania e Italia, la CIG ha più riprese dialogato con alcune disposizioni della Convenzione ONU del 2004 e i relativi lavori preparatori, integrandoli con propria separata analisi di prassi e *opinio iuris* per giungere alla dimostrazione della esistenza dell'applicazione della consuetudine invocata (*Jurisdictional Immunities of the State (Germany v. Italy: Greece intervening)*, in *ICJ Reports*, 2012, particolarmente ai parr. 55 ss., 64, 69, 77 e 89).

alla conclusione della non corrispondenza tra una disposizione e la consuetudine. A quest'ultimo proposito, si ricorderà come nella nota sentenza del 1969 sulla delimitazione della piattaforma continentale del Mare del Nord, la CIG, nel valutare la corrispondenza con la consuetudine dell'art. 6 della Convenzione del 1958 sulla piattaforma continentale, sottolineò che «[t]he status of the rule in the Convention [...] depends mainly on the processes that led the Commission to propose it»³¹.

Non solo i lavori della CDI e i suoi prodotti finali – anche quando non sfociati in formato convenzionale – hanno un ruolo importante per la rilevazione giudiziale della consuetudine, ma può verificarsi l'inverso. Quando un'istanza giudiziale o arbitrale internazionale compie riferimento ai lavori della CDI ancora in corso, questo rafforza l'autorevolezza evidenziatrice del processo di codificazione *in itinere*. Tuttavia, non sempre tale effetto è necessariamente positivo. Infatti, il riferimento giurisprudenziale ad un progetto di articoli ancora in fase di elaborazione può compromettere, o semplicemente inibire, i margini di ridefinizione del testo da parte della stessa CDI nella sua interazione con le delegazioni governative della Sesta Commissione dell'Assemblea generale. È verosimilmente questo l'effetto prodotto dal riferimento ai lavori della CDI sullo stato di necessità come causa di esclusione della illiceità compiuto nel 1997 dalla CIG nella causa *Gabčíkovo-Nagymaros*, tra Slovacchia e Ungheria³². All'epoca, la materia era in corso di codificazione nel progetto di articolo 33 sulla responsabilità degli Stati, successivamente rinumerato nell'art. 25 del documento oggetto di raccomandazione da parte dell'Assemblea generale del 2001³³. È ragionevole pensare che il riferimento al testo in questione come coincidente con la consuetudine, trascritta in termini fortemente restrit-

³¹ *North Sea Continental Shelf Cases*, cit., par. 62, p. 38. Fu sulla scorta di tale analisi che la Corte giunse ad una risposta in senso negativo. Analogamente, la Camera del *Tribunale per i Crimini in Ex-Yugoslavia* nel caso *Kupreskic* trovò non decisivi sul tema del crimine di persecuzione i lavori della CDI, per poi affrontare autonomamente la ricerca della consuetudine in materia (IT-95-16-T) 2000, par. 591).

³² *Gabčíkovo-Nagymaros Project*, cit., parr. 50-58, p. 7 ss.

³³ *Yearbook ILC*, 2001, vol. II, Part Two, p. 31 ss.

tivi, abbia inibito nei quattro anni successivi la possibilità che la CDI apportasse aggiustamenti eventualmente in senso meno restrittivo.

5. *Considerazioni conclusive e l'emergere di un tertium genus*

Le divisioni Est-Ovest e Nord-Sud della Guerra Fredda e della decolonizzazione hanno portato alla rinegoziazione dei maggiori pilastri del diritto internazionale attraverso grandi convenzioni di codificazione. Ciò, tanto in tema di diritto formale o sulla produzione, come il diritto dei trattati, quanto di diritto materiale, come il diritto diplomatico e consolare, o del mare.

Finita quell'epoca, in cui si era persino contestata la natura di fonte autonoma della consuetudine, la scelta fra strumenti in sé vincolanti, o non-vincolanti, si è spogliata di ogni connotazione ideologico-politica per aprirsi alle esigenze funzionali a diverse variabili relative alle singole materie oggetto di studio alla CDI. Tra queste vanno considerate la finalità ricognitiva o innovativa rispetto alla consuetudine, la natura stessa della materia, nel senso se essa richieda, o meno, una convenzione; il grado di sviluppo del processo internazionale di formazione, o evoluzione, consuetudinaria della materia stessa; il fatto se la materia sia nuova o costituisca un ambito esplicativo di regole precedentemente codificate, oppure di aspetti sistemici.

La prassi degli ultimi anni dimostra sicuramente una tendenza verso forme di codificazione *soft*, principalmente in ragione della necessità di produrre strumenti esplicativi di regole già codificate, anche in via convenzionale, ma con un alto grado di generalità ed astrazione, come nell'ambito del diritto dei trattati. Ciò spiega, ad esempio, l'adozione di linee guida in tema di riserve ai trattati nel 2011³⁴ e la verosimile adozione di analogo formato per il prodotto finale del lavoro attualmente allo studio sull'applicazione provvisoria dei trattati³⁵.

³⁴ UN Doc. A/66/10/Add.1.

³⁵ UN Doc. A/CN.4/A/CN.4/675.

Specialmente con riferimento alla finalità esplicativa, si avverte una crescente esigenza che il contributo della CDI prenda una strada diversa dalle forme *soft* di codificazione sinora prevalenti, quali progetti di articoli, optando per veri e propri studi ricognitivi, eventualmente integrati dalla elaborazione di linguaggio operativo in termini di «principi» o «conclusioni». Tali formule non saranno meno utili di strumenti formali di codificazione dal contenuto estremamente astratto e generale o aventi ad oggetto una dinamica di prassi e *opinio iuris* fluida ed incerta.

Questa è peraltro la direzione che era stata invocata dalla stessa CDI nel Rapporto finale del 2006 sul tema della *frammentazione del diritto internazionale*³⁶. Ciò non preclude l'opportunità dell'adozione di strumenti di codificazione, anche in forma convenzionale, quando richiesto dalla materia e dalle esigenze degli Stati, come dimostrato dalla Convenzione del 2004 sull'immunità degli Stati³⁷, e dall'entrata in vigore nel 2014 della Convenzione del 1997 sui corsi d'acqua internazionali. L'importante è rilevare che la scelta di uno strumento di studio, o codificazione *soft* o *hard*, non dipenda da motivi ideologici di politica del diritto, né, tantomeno, dalla intrinseca astratta superiorità teorica dell'una forma sull'altra.

³⁶ UN Doc. A/CN.4/L.682, p. 256

³⁷ *United Nations Convention on Jurisdictional Immunities of States and Their Property*, New York, 17 gennaio 2004.

AUTONOMIA E PRIMATO DELLA CARTA DEI DIRITTI FONDAMENTALI DELL'UNIONE EUROPEA

Paola Mori

SOMMARIO: 1. *La Carta dei diritti fondamentali quale “base costituzionale dell’UE”*. – 2. *L’ambito di applicazione della Carta nella giurisprudenza della Corte di giustizia*. – 3. *L’autonomia della Carta in un sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali*. – 4. *Il primato della Carta*.

1. La Carta dei diritti fondamentali quale “base costituzionale dell’UE”

La scelta di affrontare una tematica concernente la Carta dei diritti fondamentali dell’UE in questo incontro dedicato all’opera e al pensiero scientifico di Luigi Ferrari Bravo nasce avendo in mente il volume contenente la Carta commentata con la giurisprudenza della Corte di giustizia e della Corte europea dei diritti dell’uomo¹.

Pubblicato nel 2001, il volume si pone in linea di continuità con il ben più ponderoso Codice dell’Unione europea la cui prima edizione venne messa in cantiere quando il processo di ratifica del Trattato di Maastricht non era ancora completato e il suo esito ancora incerto².

In quegli anni Ferrari Bravo insegnava Diritto comunitario nella Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza. Chi ha avuto il privilegio di collaborare con lui sa che la sua dottrina, il suo insegnamento teorico erano sempre vivificati dall’esperienza del negoziatore internazionale e da

¹ L. FERRARI BRAVO, F. M. DI MAJO, A. RIZZO, *Carta dei diritti fondamentali dell’Unione europea*, Milano, 2001.

² L. FERRARI BRAVO, V. RIZZO, *Codice dell’Unione europea. Il trattato di Maastricht. Il trattato istitutivo della Comunità europea come modificato dal trattato di Maastricht, annotato con la giurisprudenza della Corte di giustizia: i documenti rilevanti*, Milano, 1994.

quella di capo del Contenzioso diplomatico presso il Ministero degli affari esteri, posizione che egli ricopriva in quegli anni e che gli consentiva una visione prospettica e di ampio respiro delle dinamiche dei rapporti tra lo Stato e l'allora Comunità europea.

Come si legge nella Premessa di Ferrari Bravo, l'idea che ha ispirato i Codici era quella di valorizzare «l'evoluzione pretoria del diritto europeo» riconoscendo «alla Corte di giustizia il ruolo di motore fondamentale per lo sviluppo» del diritto e più in generale del processo di integrazione europea.

Evidentemente il ruolo della giurisprudenza europea – delle Corti di Lussemburgo e di Strasburgo – assume un significato ancora più spiccato nell'evoluzione e nella codificazione dei diritti fondamentali.

In questo sta l'intuizione profonda di un codice commentato della Carta dei diritti fondamentali, quando, siamo nel maggio 2001, la Carta era stata appena solennemente proclamata dal Parlamento europeo, Consiglio e Commissione (7 dicembre 2000) e senza che ancora le fosse stato riconosciuto valore formalmente vincolante. E dunque senza neppure un corpo di giurisprudenza rilevante³.

A questo proposito ancora nella Premessa Ferrari Bravo osservava come potesse sembrare «strano» un esercizio siffatto ma come tale stranezza in realtà fosse solo apparente: la Carta che, come preconizzato, diventerà con le opportune procedure «la base costituzionale dell'UE», era già «in effetti oggetto di elaborazione giurisprudenziale da quando circa trent'anni orsono ha cominciato a svilupparsi l'orientamento della Corte di Lussemburgo diretto a ricercare il significato dei diritti europei su cui si basa la costruzione europea».

È chiaro in queste parole il riferimento a quella nozione di principi generali del diritto dell'Unione ricavati dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo e dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri attraverso la quale la Corte di giustizia ha tutelato i diritti fondamentali in assenza di un catalogo scritto.

³ La prima menzione della Carta nella giurisprudenza comunitaria appare nelle conclusioni dell'avv. gen. Tizzano pronunciate l'8 febbraio 2001 nella causa C- 173/99, *BECTU*.

Sotto questo profilo la Carta si colloca in una linea di continuità giuridica, ha valore ricognitivo di diritti già altrove sanciti⁴: nei Trattati istitutivi, nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, in altri strumenti internazionali.

In realtà se questo è vero, nondimeno la Carta ha un indubbio valore innovativo nella misura in cui codifica in maniera sistematica e in un unico testo, a cui l'art. 6, par. 1, TUE quale modificato dal Trattato di Lisbona, conferisce lo stesso valore giuridico dei Trattati, diritti che altrimenti non avrebbero valore vincolante o non per tutti gli Stati membri o comunque non con le stesse garanzie.

Si pensi ai c.d. diritti di terza generazione, come ad esempio il diritto all'integrità fisica della persona sancito nell'art. 3 della Carta il quale incorpora per gli ambiti della medicina e della biologia i principi stabiliti nella Convenzioni di Oviedo sui diritti dell'uomo e la biomedicina pur non essendo questa vincolante per tutti gli Stati membri dell'Unione. Per non parlare dei diritti economici e sociali ai quali, nonostante le profonde divergenze e ostilità da parte di alcuni Stati membri, la Carta, rifacendosi in particolare alla Carta sociale europea, dedica l'intero Titolo IV, Solidarietà. Ed anche rispetto ai classici diritti civili e politici, per i quali il principale parametro di riferimento è costituito dalla CEDU, la Carta apporta alcune significative precisazioni e in alcuni casi innovazioni. Fra le molte basti fare menzione dell'art. 47 che, garantendo un ricorso effettivo davanti a un giudice imparziale per tutti i diritti e le libertà garantiti dal diritto dell'UE, ha un ambito di applicazione più ampio rispetto alle corrispondenti disposizioni della CEDU, gli articoli 13 e 6, par. 1. Altrettanto si può dire per l'art. 50 che, facendo coerente applicazione dell'*acquis Schengen* (art. 54-58 Convenzione di applicazione Schengen), implica l'applicazione transnazionale tra giurisdizioni degli Stati membri del principio *ne bis in idem*, e non più solo all'interno di uno Stato (art. 4 Protocollo 7 CEDU). Per non parlare poi del divieto di discriminazione a cui l'art. 21, par. 1, della Carta dà rilevanza sotto molteplici, diversi profili.

⁴ Come affermato nel Protocollo n. 30 «la Carta ribadisce i diritti e le libertà e i principi riconosciuti nell'Unione e rende detti diritti più visibili ma non crea nuovi diritti o principi».

In questi aspetti di novità, in questa maggiore modernità di contenuti della Carta, unitamente al fatto di essere inserita in un contesto istituzionale e giurisdizionale che ne garantisce una particolare efficacia, vanno probabilmente ricercati i motivi della straordinaria, forse esorbitante, attenzione che essa sta ricevendo soprattutto da parte dei giudici nazionali⁵. Da quando ormai cinque anni fa il Trattato di Lisbona ha attribuito alla Carta lo stesso valore giuridico dei Trattati, la Corte di giustizia è chiamata ad esaminare un numero crescente di rinvii pregiudiziali, spesso tendenti ad avallare interpretazioni volte a utilizzare la Carta come uno strumento di tutela dei diritti di portata generale, applicabile anche al diritto nazionale indipendentemente da qualsiasi collegamento con il diritto europeo⁶.

2. L'ambito di applicazione della Carta nella giurisprudenza della Corte di giustizia

La Corte di giustizia ha via via fornito sempre maggiori elementi ai fini dell'individuazione dei confini del diritto dell'Unione e quindi dell'applicazione della Carta, circoscrivendo quelle letture dirette ad

⁵ Basti pensare che nel 2014 le pronunzie della Corte di giustizia che hanno richiamato in motivazione articoli della Carta sono state più di 210 mentre nel 2013 erano 113, 87 nel 2012 e 43 nel 2011; v. Relazione 2014 sull'applicazione della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, COM(2015)191 final, e il Documento di lavoro allegato, SWD(2015)99 final. Per completezza si può anche segnalare che la Commissione ha fatto riferimento alla Carta in 11 procedimenti di infrazione fondati sugli articoli 258-260 TFUE; di questi cinque casi riguardano l'asilo e la migrazione. Dal Documento di lavoro allegato alla Relazione, emerge che le procedure di infrazione riguardano in particolare casi di violazione degli articoli 6 (libertà e sicurezza), 18 (asilo, *non refoulement*), 24 (diritti del minore) della Carta in materia di migrazioni e di discriminazioni dei Rom in violazione della direttiva 2000/43 (parità trattamento indipendentemente dalla razza e origine etnica) e degli articoli 14 (diritto all'istruzione), 20 (uguaglianza davanti alla legge) e 21 (non discriminazione) della Carta.

⁶ Per alcuni esempi in tal senso, v. P. MORI, *La "qualità" della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali*, in *Dir. Un. Eur.*, 2014, p. 257-286, e in *Studi in onore di Giuseppe Tesaurò*, Napoli, 2014, p. 503 ss.

estenderne indebitamente l'ambito di applicabilità⁷.

In linea di continuità con la giurisprudenza in materia di principi generali⁸, la Corte ha specificato che ricadono nell'ambito del diritto dell'Unione e sono quindi soggette alla Carta soltanto quelle regolamentazioni dello Stato membro che siano comunque dirette a dare attuazione ad obblighi derivanti dai Trattati e dal diritto derivato e ciò anche qualora lo Stato membro disponga di ampia discrezionalità in materia⁹.

La Corte ha pertanto ritenuto che la protezione offerta dalla Carta viene in rilievo ogniqualvolta una misura nazionale presenti un «collegamento tra un atto di diritto dell'Unione e il provvedimento nazionale in questione che vada al di là dell'affinità tra le materie prese in considerazione o dell'influenza indirettamente esercitata da una materia sull'altra»¹⁰.

Nella sentenza *Akeberg Fransson*¹¹ la Corte ha precisato che non occorre però che la misura sia stata specificamente adottata dal legisla-

⁷ In argomento v. K. LENAERTS, *Exploring the Limits of the EU Charter of Fundamental Rights*, in *ECLR*, 2012, p. 375 ss.; P. MENGOZZI, *La rilevanza giuridica e l'ambito di applicazione della Carta alla luce della giurisprudenza della Corte di Giustizia*, in *St. Int. Eur.*, 2015, p. 23 ss.; D. V. SKOURIS, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, p. 229 ss.; A. TIZZANO, *L'applicazione de la Charte de droits fondamentaux dans les États membres à la lumière de son article 51, paragraphe 1*, in *Dir. Un. Eur.*, 2014, p. 429 ss.

⁸ Corte giust. 13 luglio 1989, causa 5/88, *Wachauf*, punti 19-22; 13 aprile 2000, causa C-292/97, *Karlsson*, punto 37, nonché, con riferimento alle misure nazionali che introducono deroghe alle libertà fondamentali previste dai Trattati, 18 giugno 1999, C-260/89, *ERT*, punti 42-43.

⁹ Si veda in particolare Corte giust. 21 dicembre 2011, cause riunite C-411/10 e C-493/10, *N. S. e a.*, punti 65 ss., in cui la Corte ha ritenuto che la decisione adottata da uno Stato membro nell'esercizio del potere discrezionale riconosciutogli dall'art. 3, n. 2, del regolamento n. 343/2003 di esaminare o meno una domanda di asilo rispetto alla quale esso non è competente in base ai criteri enunciati nel capo III di detto regolamento, «dà attuazione al diritto dell'Unione ai fini dell'art. 6 TUE e/o dell'art. 51 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea».

¹⁰ Corte giust. 6 marzo 2014, C-206/13, *Siragusa*, punto 24; 10 luglio 2014, causa C-198/13, *Hernandez*, punto 34.

¹¹ Corte giust. 26 febbraio 2013, C-617/10, *Åkerberg Fransson*.

tore nazionale per dare attuazione al diritto dell'UE. Nel caso di specie si trattava di una normativa nazionale che, pur non essendo stata adottata per trasporre la direttiva 2006/112 in materia di IVA, portava comunque a sanzionare penalmente la violazione delle disposizioni della stessa e pertanto ad attuare l'obbligo imposto dall'art. 325 TFUE agli Stati membri di sanzionare in modo effettivo i comportamenti lesivi degli interessi finanziari dell'Unione.

Nella più recente sentenza *Berlington*, è stata affrontata la questione se le normative, tra cui provvedimenti di aumento delle imposte dirette, adottate da uno Stato membro nel quadro di una riforma nazionale diretta ad ostacolare la gestione delle *slot machine*, che comportano una restrizione alla libera circolazione delle merci e della libera prestazione dei servizi, possano trovare giustificazione in motivi imperativi di interesse generale. Richiamando la giurisprudenza *ERT*, la Corte ha ribadito che, quando uno Stato membro invoca motivi imperativi di interesse generale per giustificare una normativa tale da ostacolare l'esercizio della libera prestazione dei servizi, «questa giustificazione dev'essere parimenti interpretata alla luce dei principi generali del diritto dell'Unione e, segnatamente, dei diritti fondamentali ora garantiti dalla Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea»; di conseguenza, «la normativa nazionale in questione potrà fruire delle eccezioni previste solo se è conforme ai diritti fondamentali di cui la Corte garantisce il rispetto»¹². Vale la pena di sottolineare che, espressamente richiesta sul punto dal giudice del rinvio, la Corte ha poi precisato che normative nazionali, come quelle rilevanti nel caso di specie, che riguardino un ambito di competenza degli Stati membri, qual è l'imposizione tributaria diretta, devono comunque rispettare il diritto dell'Unione e che, pertanto, «le giustificazioni dedotte da uno Stato membro a sostegno di una restrizione a dette libertà devono essere interpretate alla luce dei diritti fondamentali, anche quando detta restrizione riguarda un ambito di competenza di tale Stato membro, una volta che il caso in questione rientra nella sfera d'applicazione del diritto dell'Unione»¹³.

¹² Corte giust. 11 giugno 2015, C-98/14, *Berlington*, punto 74; v. anche 30 aprile 2014, C-390/12, *Pfleger*, punto 35.

¹³ Ivi, punto 113.

Quando invece, come nei casi *Siragusa e Hernandez*, le disposizioni dell'Unione nella materia non impongono alcun obbligo agli Stati membri in relazione alla situazione in oggetto o comunque in presenza di situazioni giuridiche puramente interne, la Corte, rifacendosi alla giurisprudenza *Annibaldi*¹⁴, ha ritenuto inapplicabili i diritti fondamentali dell'Unione a una normativa nazionale. In particolare la Corte ha precisato che il solo fatto che una misura nazionale ricada in un settore nel quale l'Unione è competente non può collocarla nella sfera di applicazione del diritto dell'Unione e, quindi, comportare l'applicabilità della Carta¹⁵.

È stato poi ritenuto che una forma di coordinamento dell'azione degli Stati membri, diretta a garantire la stabilità finanziaria della zona euro nel suo complesso, qual è quella attuata con il Trattato che istituisce il meccanismo europeo di stabilità (MES), non è configurabile come attuazione il diritto dell'Unione da parte degli Stati membri ai sensi dell'art. 51, par. 1, della Carta. Nella sentenza *Pringle*, richiamando il par. 2, dello stesso articolo, che esclude che la Carta possa avere l'effetto di estendere «l'ambito di applicazione del diritto dell'Unione al di là delle competenze dell'Unione» o di introdurne di nuove, la Corte ha infatti ricordato di essere «chiamata a interpretare, alla luce della Carta, il diritto dell'Unione nei limiti delle competenze riconosciute a quest'ultima». Pertanto, poiché «né l'articolo 122, paragrafo 2, TFUE né alcun'altra disposizione dei Trattati UE e FUE conferiscono una competenza specifica all'Unione ad istituire un meccanismo di stabilità permanente come il MES», i giudici di Lussemburgo hanno concluso che gli Stati membri, instaurando un siffatto meccanismo, non attuano il diritto dell'Unione¹⁶.

In conclusione, non si può non notare che, se è certo che «non possono esistere casi rientranti nel diritto dell'Unione senza che [...] diritti fondamentali trovino applicazione» e che dunque «l'applicabilità del diritto dell'Unione implica quella dei diritti fondamentali garantiti dalla

¹⁴ Corte giust. 18 dicembre 1997, *Annibaldi*, causa C-309/96, I-7493, punti 21-23.

¹⁵ In tal senso, v. anche Corte giust. 15 settembre 2011, C-483/09, *Gueye* e C-1/10, *Salmerón Sánchez*, punti 55 e 69.

¹⁶ Corte giust. 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle*, punti 105, 179 e 180.

Carta»¹⁷, meno facile è lo stabilire quando gli Stati membri attuano il diritto dell'Unione ai sensi dell'art. 51, par. 1, della Carta. La lettura della giurisprudenza in materia evidenzia come l'interpretazione della Corte sia molto legata alle circostanze specifiche della questione in esame piuttosto che a categorizzazioni astratte.

3. *L'autonomia della Carta in un sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali*

La cautela con cui la Corte definisce l'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali e quindi limita il proprio sindacato, tiene conto delle specificità di questa e della sua collocazione in un sistema multilivello di tutela dei diritti fondamentali.

Da un lato non può essere infatti ignorata l'intenzione degli Stati membri di evitare un'utilizzazione della Carta come strumento più o meno diretto di ampliamento delle competenze materiali dell'Unione, intenzione inequivocabilmente espressa nell'art. 51, par. 2, della Carta e nell'art. 6, par. 1, TUE¹⁸. D'altro lato la Carta non è stata concepita allo scopo di duplicare e sostituire il più generale sistema di tutela dei diritti umani istituito con la Convenzione di Roma. Né e tantomeno di sostituirsi ai sistemi costituzionali nazionali.

Vero è che la Carta «racchiude enunciazioni che appaiono in gran parte come ricognitive di diritti già altrove sanciti»¹⁹ e che in ragione di ciò l'art. 6, par. 1, TUE e l'art. 52, par. 7, della Carta richiedono che il

¹⁷ Åkerberg Fransson, cit., punto 21.

¹⁸ In questo senso v. Corte giust. 8 novembre 2012, C-40/11, *Iida*, punto 78; 27 novembre 2012, C-370/12, *Pringle*, 179. In argomento si vedano le considerazioni di B. NASCIMBENE, *Il principio di attribuzione e l'applicabilità della Carta dei diritti fondamentali: l'orientamento della giurisprudenza*, in *RDI*, 2015, p. 49 ss.

¹⁹ Conclusioni Avv. gen., Tizzano, presentate l'8 febbraio 2001, causa C-173/99, *BECTU*, punto 27. Osserva come lo scopo della Carta, d'altra parte, non sia «quello di innovare, ma rendere esplicita e solenne l'affermazione di una serie di valori, nei limiti e secondo il quadro di competenze già delineato dalla giurisprudenza della Corte di giustizia», G. TESAURO, *Alcune riflessioni sul ruolo della Corte di giustizia nell'evoluzione dell'Unione europea*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, p. 510.

contenuto dei diritti in essa sanciti debba essere ricostruito tenendo «in debito conto le spiegazioni a cui si fa riferimento nella Carta, che indicano le fonti» delle sue disposizioni allo scopo di assicurarne la coerenza nell'interpretazione e nell'applicazione²⁰. A questo scopo i paragrafi 2-4 dell'art. 52 rinviano per la definizione della portata e del contenuto dei singoli diritti, così come per la loro interpretazione, alle specifiche «fonti» delle disposizioni della Carta: i Trattati, la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, le tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri e le spiegazioni ai paragrafi 2-4 dell'art. 52 precisano in modo puntuale la portata di tale rinvio²¹.

Ed effettivamente, nell'interpretazione dei diritti sanciti nella Carta che hanno il loro corrispondente nella Convenzione europea dei diritti dell'uomo, la Corte di giustizia dimostra di prestare la massima attenzione alle disposizioni convenzionali e alla relativa giurisprudenza della Corte di Strasburgo. Ciò nondimeno, la Corte di giustizia, così come in tutti i settori del diritto dell'Unione, ha elaborato nozioni autonome anche in materia di diritti fondamentali garantendo la specificità e l'autonomia dell'ordinamento giuridico dell'Unione. E del resto, lo stesso art. 52 par. 3, ultima frase, nel rinviare alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo per la definizione del significato e della portata dei diritti corrispondenti, non esclude la possibilità «che il diritto dell'Unione conferisca una protezione più estesa».

Particolarmente significativo di questo orientamento è il parere 2/13 relativo all'adesione dell'Unione alla CEDU ove la Corte, ribadendo in maniera sistematica le specificità e le caratteristiche del diritto dell'Unione²², ha sottolineato che tali caratteristiche «hanno dato vita

²⁰ Sul valore delle spiegazioni, da ultimo, v. Corte giust. 9 settembre 2015, C-506/13P, *Lito*, p. 26 e giurisprudenza ivi citata.

²¹ A questo scopo le spiegazioni all'art. 52, riportano in dettaglio «l'elenco dei diritti che, in questa fase e senza che ciò escluda l'evoluzione del diritto, della legislazione e dei trattati, possono essere considerati corrispondenti a quelli della CEDU ai sensi del presente paragrafo».

²² Corte giust. 18 dicembre 2014, parere 2/13, punti 166 ss. In particolare, «il diritto dell'Unione si caratterizza per il fatto di derivare da una fonte autonoma, costituita dai Trattati, per il suo primato sul diritto dei singoli Stati membri, ...nonché per l'effetto diretto di tutta una serie di disposizioni applicabili ai cittadini di detti Stati membri nonché agli Stati stessi. ...Tali caratteristiche essenziali del diritto dell'Unione hanno

ad una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano, in modo reciproco, l'Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché, tra di loro, gli Stati membri», i quali sono impegnati in un «processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa». Alla base di questa costruzione giuridica la Corte individua quei valori comuni enunciati nell'art. 2 TUE sui quali l'Unione si fonda, valori che ciascuno Stato membro condivide e riconosce reciprocamente con tutti gli altri Stati membri in uno spirito di fiducia reciproca quanto al loro riconoscimento e, dunque, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua. «Al centro di tale costruzione giuridica si collocano proprio i diritti fondamentali, quali riconosciuti dalla Carta»²³. Poste queste premesse, la Corte ha precisato che «l'autonomia di cui gode il diritto dell'Unione rispetto al diritto dei singoli Stati membri nonché rispetto al diritto internazionale esige che l'interpretazione di tali diritti fondamentali venga garantita nell'ambito della struttura e degli obiettivi dell'Unione»²⁴.

La Corte di Lussemburgo pertanto non riconosce autonomo rilievo alla Convenzione europea dei diritti dell'uomo, escludendo di poter far riferimento diretto alle sue norme per valutare la validità di un atto normativo dell'Unione. Ciò in quanto la Convenzione costituisce uno

dato vita ad una rete strutturata di principi, di norme e di rapporti giuridici mutualmente interdipendenti, che vincolano, in modo reciproco, l'Unione stessa e i suoi Stati membri, nonché, tra di loro, gli Stati membri, ormai impegnati – come ricordato all'articolo 1, secondo comma, TUE – in un “processo di creazione di un'unione sempre più stretta tra i popoli dell'Europa”. Una siffatta costruzione giuridica poggia sulla premessa fondamentale secondo cui ciascuno Stato membro condivide con tutti gli altri Stati membri, e riconosce che questi condividono con esso, una serie di valori comuni sui quali l'Unione si fonda, così come precisato all'articolo 2 TUE. Questa premessa implica e giustifica l'esistenza della fiducia reciproca tra gli Stati membri quanto al riconoscimento di tali valori e, dunque, al rispetto del diritto dell'Unione che li attua. Al centro di tale costruzione giuridica si collocano proprio i diritti fondamentali, quali riconosciuti dalla Carta – che, ai sensi dell'articolo 6, paragrafo 1, TUE, ha lo stesso valore giuridico dei Trattati –, e il rispetto di tali diritti costituisce un presupposto della legittimità degli atti dell'Unione, sicché non possono ammettersi in quest'ultima misure incompatibili con questi medesimi diritti».

²³ Ivi, punti 167-169.

²⁴ Ivi, punto 170.

strumento giuridico autonomo; infatti, «anche se, come conferma l'articolo 6, paragrafo 3, TUE, i diritti fondamentali riconosciuti dalla CEDU fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali e anche se l'articolo 52, paragrafo 3, della Carta impone di dare ai diritti in essa contemplati corrispondenti a quelli garantiti dalla CEDU lo stesso significato e la stessa portata di quelli loro conferiti dalla suddetta Convenzione, quest'ultima non costituisce, fintantoché l'Unione non vi abbia aderito, un atto giuridico formalmente integrato nell'ordinamento giuridico dell'Unione»²⁵.

Ne risulta un sistema particolarmente complesso in cui i diversi piani di tutela di diritti fondamentali – Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e principi generali di diritto ex art. 6, par. 3, TUE, Convenzione europea dei diritti dell'uomo, costituzioni nazionali – sono destinati a coesistere, influenzandosi reciprocamente e talvolta sovrapponendosi in tutto o in parte.

Questa complessità è ulteriormente accentuata dalle caratteristiche del sistema ordinamentale dell'Unione in particolare sotto il profilo delle competenze che le sono attribuite dai Trattati e del relativo sistema normativo, spesso destinato ad operare in maniera decentrata a livello statale²⁶.

La tutela che gli ordinamenti nazionali devono assicurare ai diritti della Carta e a quelli della Convenzione europea si articola dunque diversamente a seconda del loro rispettivo ambito di applicazione.

A questo proposito, la Corte di giustizia, ha chiarito che il diritto dell'Unione non disciplina i rapporti tra la CEDU e gli ordinamenti giuridici degli Stati membri e nemmeno determina le conseguenze che il giudice nazionale deve trarre nell'ipotesi di conflitto tra i diritti garantiti dalla Convenzione e una norma nazionale²⁷. Non a caso, ricordando che tutti gli Stati membri dell'Unione hanno aderito alla CEDU, la Cor-

²⁵ Da ultimo, Corte giust. 3 settembre 2015, C-398/13P, *Inuit Tapiriit Kanatami e a. c. Commissione*, p. 45 e giurisprudenza ivi citata.

²⁶ Per alcune considerazioni in argomento, sia consentito rinviare a P. MORI, *La "qualità" della legge e la clausola generale di limitazione dell'art. 52, par. 1, della Carta dei diritti fondamentali*, cit., p. 257 ss.

²⁷ Corte giust. 24 aprile 2012, *Kamberaj*, C-571/10, punto 62; 12 dicembre 2013, causa C-523/12, *Dirextra Alta Formazione*, punto 20.

te ha richiamato i giudici nazionali a verificare la compatibilità con quest'ultima delle legislazioni nazionali che non ricadono sotto la sfera d'efficacia della Carta²⁸.

Al contrario, per quanto riguarda le conseguenze che il giudice nazionale deve trarre da un conflitto tra disposizioni del proprio diritto interno e diritti garantiti dalla Carta, esso ha l'obbligo di garantire la piena efficacia di tali norme secondo gli schemi propri del diritto dell'Unione, disapplicando all'occorrenza, di propria iniziativa, qualsiasi disposizione contrastante della legislazione nazionale, anche posteriore, senza doverne chiedere o attendere la previa rimozione in via legislativa o mediante qualsiasi altro procedimento costituzionale.

4. Il primato della Carta

Della complessità del sistema multilivello di tutela dei diritti e della necessità di salvaguardare il principio del primato del diritto dell'Unione è espressione l'art. 53 della Carta che sancisce il principio di salvaguardia del più alto livello di protezione offerto, nei rispettivi campi d'applicazione, dal diritto dell'Unione, dal diritto degli Stati membri e dal diritto internazionale.

In realtà la disposizione non contiene una semplice clausola di salvaguardia del più alto livello di protezione tipica dei trattati internazionali in materia di protezione dei diritti dell'uomo. Clausole di questo tipo, come quella prevista nell'art. 53 della CEDU, rispondono alla necessità di lasciare gli Stati contraenti liberi di applicare lo standard di protezione più alto derivante dalle loro Costituzioni e quindi di evitare una riduzione del livello di protezione dei diritti fondamentali. Tuttavia occorre tener presente che, diversamente dagli strumenti internazionali di protezione dei diritti dell'uomo, come la Convenzione europea dei diritti dell'uomo, i quali dettano agli Stati parti standard minimi di tutela, la Carta dei diritti fondamentali dell'UE è piuttosto l'espressione più avanzata di un sistema giuridico integrato fondato sui valori comuni di

²⁸ Corte giust. 15 novembre 2011, causa C-256/11, *Dereci*, cit., punto 72; 8 maggio 2013, causa C-87/12, *Ymeraga*, cit., punto 44.

cui all'art. 2 TUE. Ritenere che l'art. 53 della Carta possa essere letto come una clausola volta a disciplinare un conflitto tra, da un lato, una norma di diritto derivato che, interpretata alla luce della Carta, fisserebbe un determinato standard di protezione di un diritto fondamentale e, dall'altro, una norma di una Costituzione nazionale che prevedrebbe un livello di protezione più elevato per lo stesso diritto fondamentale, porterebbe pertanto a misconoscere il principio del primato del diritto dell'Unione. Sotto questo profilo il già citato parere 2/13 non potrebbe essere più chiaro.

Del resto lo stesso tenore letterale dell'art. 53 della Carta non consente di interpretarlo alla stregua di una clausola di salvaguardia di tipo internazionalistico; l'inciso che vi è contenuto, «nei rispettivi campi di applicazione» ne impone una diversa lettura.

Come sottolineato dall'Avvocato generale Bot in *Melloni* l'espressione «nel rispettivo ambito di applicazione» sembra piuttosto essere rivolta «a rassicurare gli Stati membri quanto al fatto che la Carta non è destinata a sostituire la loro Costituzione nazionale per quanto attiene al livello di protezione che essa garantisce *nell'ambito di applicazione del diritto nazionale*. Allo stesso tempo, l'inserimento di tale espressione chiarisce che l'articolo 53 della Carta non può ledere il primato del diritto dell'Unione quando la valutazione del livello di protezione dei diritti fondamentali da garantire è compiuta *nel quadro dell'attuazione del diritto dell'Unione*»²⁹. In conclusione, letto in collegamento con gli articoli 51 e 52, l'art. 53 chiarisce che, nel quadro della coesistenza di differenti fonti di tutela dei diritti fondamentali, la Carta non potrà portare essa stessa a una riduzione del livello di protezione di tali diritti nei diversi ordinamenti giuridici, confermando così che la Carta impone un livello di protezione dei diritti fondamentali nel solo ambito di applicazione del diritto dell'Unione.

E che questa sia la funzione dell'art. 53 della Carta trova conferma nella giurisprudenza della Corte di giustizia. Nella sentenza *Melloni* i giudici europei hanno escluso che in presenza di una misura europea di armonizzazione gli Stati membri possano avvalersi dell'art. 53 della

²⁹ Conclusioni 2 ottobre 2012, causa C-399/11, *Melloni*, punto 135 (corsivo aggiunto).

Carta allo scopo di applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali che fossero più favorevoli di quelli europei³⁰.

Il caso riguardava la decisione quadro sul mandato di arresto europeo nella parte in cui procede ad un'armonizzazione delle condizioni di esecuzione di un mandato d'arresto europeo in caso di condanna *in absentia*. In particolare, la Corte costituzionale spagnola aveva sollevato una questione pregiudiziale chiedendo se uno Stato membro possa subordinare la consegna di una persona condannata *in absentia* alla condizione che la sentenza di condanna possa essere riesaminata nello Stato richiedente, riconoscendo così ai diritti processuali della persona il più elevato livello di protezione sancito dalla Costituzione nazionale rispetto a quello derivante dal diritto dell'Unione europea. Sostanzialmente i giudici costituzionali spagnoli hanno sollevato la questione della portata dell'art. 53 della Carta, chiedendo se tale disposizione possa autorizzare uno Stato membro ad applicare lo standard di protezione dei diritti fondamentali garantito dalla sua Costituzione quando questo è più elevato di quello derivante dalla Carta e ad opporlo, se del caso, all'applicazione di disposizioni di diritto dell'Unione.

La Corte di giustizia ha ritenuto che una «tale interpretazione dell'articolo 53 della Carta sarebbe lesiva del principio del primato del diritto dell'Unione, in quanto permetterebbe a uno Stato membro di ostacolare l'applicazione di atti di diritto dell'Unione pienamente conformi alla Carta, sulla base del rilievo che essi non rispetterebbero i diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione di tale Stato». Richiamando la propria giurisprudenza *Internationale Handelsgesellschaft*³¹, la Corte ha ricordato che il principio del primato del diritto dell'Unione non consente agli Stati membri di invocare «disposizioni di diritto nazionale, quand'anche di rango costituzionale» per non dare applicazione o comunque sminuire l'efficacia del diritto dell'Unione nel proprio ordinamento nazionale. Considerato che la disposizione rilevante della decisione quadro non lascia margini di discrezionalità agli Stati membri e che la stessa «riflette il consenso raggiunto dagli Stati membri nel lo-

³⁰ Corte giust., 26 febbraio 2013, causa C-399/11, *Melloni*, punti 60-63.

³¹ Corte giust. 17 dicembre 1970, 11/70, *Internationale Handelsgesellschaft*, punto 3, e 8 settembre 2010, C-409/06, *Winner Wetten*, C-409/06, punto 61.

ro insieme a proposito della portata da attribuire, secondo il diritto dell'Unione, ai diritti processuali di cui godono le persone condannate *in absentia* raggiunte da un mandato d'arresto europeo», la Corte ha concluso che una soluzione che consentisse ad uno Stato membro di applicare le tutele nazionali «comporterebbe, rimettendo in discussione l'uniformità dello standard di tutela dei diritti fondamentali definito da tale decisione quadro, una lesione dei principi di fiducia e riconoscimento reciproci che essa mira a rafforzare e, pertanto, un pregiudizio per l'effettività della suddetta decisione quadro»³².

Il quadro è stato ulteriormente chiarito nella sentenza *Åkerberg Fransson*, resa lo stesso giorno della precedente, in cui la Corte ha precisato che qualora un giudice di uno Stato membro si trovi a dover verificare la conformità ai diritti fondamentali «di una disposizione o di un provvedimento nazionale che, in una situazione in cui l'operato degli Stati membri non è del tutto determinato dal diritto dell'Unione, attua tale diritto ai sensi dell'articolo 51, paragrafo 1, della Carta, resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali applicare gli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali, a patto che tale applicazione non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»³³.

Il principio del primato è stato ribadito nella sentenza *A c. B*³⁴ ove si è affrontata la questione della compatibilità con il diritto dell'Unione e

³² Ivi, punto 63. S. M. CARBONE, *I diritti della persona tra CEDU, diritto dell'Unione europea e ordinamenti nazionali*, cit., punti 10 s., osserva come in tali situazioni la disciplina dei diritti fondamentali risulti totalmente assorbita nell'ambito del diritto UE con la conseguenza che anche le garanzie relative alla loro applicazione rispetto a norme nazionali configgenti vengano sottratte alla competenza della Corte costituzionale per essere regolate secondo i meccanismi propri del diritto UE con relativa disapplicazione da parte dei giudici ordinari.

³³ Corte giust. 26 febbraio 2013, causa C-617/10, *Åkerberg Fransson*, cit., punto 29.

³⁴ Corte giust. 11 settembre 2014, C-112/13, *A c. B*, il caso trae origine da un giudizio civile in cui veniva in rilievo una disposizione del codice di procedura civile austriaco in tema di contumacia ritenuta dal convenuto in contrasto con il principio dell'equo processo di cui all'art. 47 della Carta nonché all'art. 24 del regolamento 44/2001.

in specie con l'art. 267 TFUE del sistema austriaco che impone ai giudici d'appello o di ultima istanza, qualora ritengano che una legge nazionale sia in contrasto con la Carta dei diritti fondamentali, di adire in via prioritaria la Corte costituzionale con una domanda di annullamento con effetti *erga omnes*, senza potersi limitare a disapplicarla nel caso di specie³⁵. La Corte, rifacendosi alla sentenza *Melki*³⁶, ha concluso nel senso che il carattere prioritario del procedimento incidentale di costituzionalità è incompatibile con il sistema di cooperazione tra giudice europeo e giudici nazionali delineato dall'art. 267 TFUE e il principio del primato del diritto dell'UE se ha l'effetto di impedire al giudice ordinario l'applicazione dell'art. 267 TFUE. Una tale normativa può invece ritenersi ammissibile ricorrendo tre precise condizioni: in particolare, i giudici ordinari devono restare liberi di sottoporre alla Corte di giustizia, in qualunque fase del procedimento, qualsiasi questione pregiudiziale a loro giudizio necessaria; di adottare qualsiasi misura necessaria per garantire la tutela giurisdizionale provvisoria dei diritti conferiti dall'ordinamento giuridico dell'Unione; e, infine, di disapplicare, al termine di un siffatto procedimento incidentale, la disposizione legislativa nazionale in questione ove la ritengano contraria al diritto dell'Unione³⁷.

Per quanto riguarda poi la questione dell'applicabilità in parallelo dei diritti fondamentali garantiti da una Costituzione nazionale e di quelli garantiti dalla Carta a una legge nazionale attuativa del diritto dell'Unione, la Corte, in un *obiter dictum* in cui ha richiamato la sentenza *Melloni*, ha distinto il caso di una legge nazionale il cui contenuto si limiti a trasporre le disposizioni imperative di una direttiva del-

³⁵ Questo a seguito della decisione del 14 marzo 2012, U 466/11, del *Verfassungsgerichtshof* in forza della quale, il controllo di costituzionalità delle leggi nazionali, nell'ambito del procedimento di controllo generale delle leggi ai sensi dell'articolo 140 B-VG, dovrebbe essere esteso alle disposizioni della Carta. Infatti, nell'ambito del suddetto procedimento, i diritti sanciti dalla CEDU potrebbero essere fatti valere al suo cospetto in quanto diritti di rango costituzionale; quindi, secondo il *Verfassungsgerichtshof*, il principio di equivalenza, quale risultante dalla giurisprudenza della Corte, imporrebbe che detto controllo generale delle leggi verta anche sui diritti garantiti dalla Carta.

³⁶ Corte giust. 22 giugno 2010, C-188/10 e C-189/10, *Melki e Abdeli*.

³⁷ Corte giust. 11 settembre 2014, C-112/13, *A c. B*, punto 46.

l'Unione da quello in cui il diritto dell'Unione riconosce agli Stati membri un margine di discrezionalità nell'attuazione di un atto di diritto dell'Unione. Ricorrendo la prima ipotesi, la questione se la direttiva sia valida riveste, alla luce dell'obbligo di trasposizione della medesima, carattere preliminare e quindi gli organi giurisdizionali nazionali avverso le cui decisioni non possono essere proposti ricorsi giurisdizionali di diritto interno sono tenuti all'applicazione dell'articolo 267, terzo comma, TFUE, mentre nella seconda ipotesi «resta consentito alle autorità e ai giudici nazionali assicurare il rispetto dei diritti fondamentali garantiti dalla Costituzione nazionale, purché l'applicazione degli standard nazionali di tutela dei diritti fondamentali non comprometta il livello di tutela previsto dalla Carta, come interpretata dalla Corte, né il primato, l'unità e l'effettività del diritto dell'Unione»³⁸.

Alla luce di questa giurisprudenza, si può concludere che, in presenza di una misura di armonizzazione, ovvero di disposizioni imperative di una direttiva, la Carta trova piena ed esclusiva applicazione rispetto all'attività delle istituzioni dell'Unione e a quella degli Stati membri quando danno attuazione al diritto dell'Unione.

Trova anche applicazione, ma in questa ipotesi come standard minimo di conformità delle misure nazionali di attuazione, nel caso di armonizzazione parziale e in tutti quei casi in cui le direttive lasciano discrezionalità agli Stati membri.

Per contro la Carta non può trovare applicazione nelle situazioni interne che non ricadono nell'ambito del diritto dell'Unione, ipotesi questa che ricade sotto la sfera delle costituzioni nazionali e della Convenzione europea dei diritti dell'uomo nella sua valenza di trattato internazionale³⁹.

Dalla giurisprudenza della Corte di giustizia sta dunque delineandosi in maniera sempre più nitida un quadro del sistema di tutela dei diritti fondamentali dotato di una forte *vis expansiva*.

³⁸ Ivi, punto 41. Per una lettura critica della sentenza, R. MASTROIANNI, *La Corte di giustizia ed il controllo di costituzionalità: Simmenthal revisited*, in *Giur. Cost.*, p. 4089 ss.

³⁹ Sul punto v. V. SKOURIS, *Développements récents de la protection des droits fondamentaux dans l'Union européenne: les arrêts Melloni et Åkerberg Fransson*, in *Dir. Un. Eur.*, 2013, p. 229 ss.

Pur mostrando notevole cautela nella definizione dell'ambito di applicazione della Carta dei diritti fondamentali e nella modulazione del dialogo con le giurisdizioni nazionali, in particolare con le Corti costituzionali, la Corte non ha esitato ad applicare il principio del primato del diritto dell'Unione alla Carta dei diritti fondamentali rivendicando la propria competenza esclusiva sull'interpretazione della stessa. Più in generale la Corte sembra estendere alla Carta, là dove applicabile, i canoni e i metodi interpretativi tradizionalmente e costantemente applicati al diritto dell'Unione e ai suoi principi generali.

LA PROTEZIONE SUSSIDIARIA E L'INTERPRETAZIONE IN SENSO UMANITARIO DELL'ART. 78 DEL TRATTATO SUL FUNZIONAMENTO DELL'UE

Roberto Giuffrida

SOMMARIO: 1. *La nozione di protezione.* – 2. *La nozione di asilo.* – 3. *La nozione di rifugiato secondo la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951.* – 4. *Il principio di non refoulement secondo il diritto consuetudinario e la Convenzione di Ginevra del 1951.* – 5. *La protezione accordata dall'art. 3 della CEDU.* – 6. *L'ambito di applicazione dell'art. 78 del TFUE.* – 7. *La ricerca di uno status appropriato alla luce del principio di umanità.* – 8. *Analisi della legislazione secondaria europea, il regime unico di protezione internazionale.* – 9. *Lo status di protezione sussidiaria.*

1. La nozione di protezione

L'obbligo imposto agli Stati dalle norme europee di accordare una protezione sussidiaria per ragioni umanitarie a determinate persone in fuga dai loro paesi d'origine o di residenza, deve considerarsi, nel momento storico attuale, un'importante conquista civile. Questo obbligo può contribuire a sviluppare nell'opinione pubblica quella cultura della protezione necessaria per comprendere e far fronte alle terribili emergenze umanitarie a cui assistiamo sempre più di frequente¹.

Tuttavia, per meglio accertare e interpretare il contenuto di questo obbligo, conviene innanzitutto soffermarci su alcuni importanti nozioni o istituti giuridici, nel significato generalmente accettato dalla Comunità degli Stati. E questo per cercare di analizzare e comprendere meglio quali siano i comportamenti imposti agli Stati, nelle ipotesi in cui si

¹ Sugli sviluppi recenti dei diritti umani a livello internazionale, vedi M. H. RANDALL, *The History of International Human Rights Law*, in *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, R. KOLB G. GAGGIOLI (eds.) Cheltenham (UK), Northampton (USA), 2013, p. 10 e ss.

verifichi un'emergenza umanitaria, dalla complessa normativa internazionale ed europea oggi esistente. In effetti il diritto europeo, rispetto a quello internazionale, potrebbe sul punto, a secondo dei casi, considerarsi complementare, sovrapposto o addirittura in contrasto.

In altre parole, la protezione sussidiaria da accordare, in base alle norme europee, potrebbe interferire con il campo di applicazione di altre norme internazionali esistenti, poste a tutela dei diritti umani fondamentali, limitando o rafforzando la loro efficacia.

Va però subito rilevato che la nascita di nuovi istituti, o più semplicemente la maggior specificazione di diverse categorie di diritti e di obblighi, è il risultato di tendenze attuali nel campo dei diritti umani fondamentali e del diritto internazionale umanitario. Queste tendenze devono sempre essere ben accolte, in quanto consentono una più specifica applicazione della normativa in esame, in particolare contribuendo ad individuare meglio le categorie dei soggetti obbligati ad assicurare, o destinati a ricevere, una determinata protezione².

E queste tendenze sono state facilitate e accompagnate da una interpretazione sempre più in senso umanitario di alcuni istituti esistenti e generalmente accettati come quello della protezione diplomatica, dove si giunti a riconoscere al cittadino il diritto di ottenere forme di controllo sugli organi del proprio Stato³.

Così anche la nozione di protezione si va sempre più estendendo, obbligando gli Stati a garantire il rispetto dei diritti fondamentali in qualsiasi circostanza e in ogni luogo, anche al di fuori dei limiti territoriali in cui viene esercitata la loro sovranità. Nelle convenzioni internazionali, a vocazione universale, l'applicazione delle relative norme da ritenersi perentorie e aventi spesso effetti *erga omnes*, si affida essenzialmente al comportamento degli Stati parti. Tuttavia alcune formule da tempo consacrate, come quelle che impongono a quest'ultimi "to respect and to ensure respect", richiedono da parte di tutta la Comunità internazionale di esercitare un controllo e eventualmente di collaborare attivamente affinché ciò si verifichi. In sostanza, accanto agli obblighi

² In questo senso vedi N. BOBBIO, *L'età dei diritti*, Torino, 1990, p. 61 e A. CASSESE, *I diritti umani nel mondo contemporaneo*, Roma e Bari, 1994, p. 74.

³ Sul punto vedi L. CONDORELLI, *La protection diplomatique et l'évolution de son domaine d'application actuelle*, in *RDI*, 2003, p. 16.

di non violare i diritti fondamentali vi sarebbe quello di agire in maniera positiva, proprio per consentire la concreta attuazione del dovere di protezione degli stessi diritti, in qualsiasi circostanza e anche nel lungo periodo⁴.

In conclusione la nozione di protezione viene ora sempre più associata all'esistenza di precisi obblighi positivi di risultato e di comportamento per garantire, senza limiti spaziali e temporali, determinati trattamenti ai singoli.

2. La nozione di asilo

La nozione di asilo ha abbandonato definitivamente la sua radice etimologica legata al riconoscimento della sacralità di alcuni luoghi, quindi secondo una concezione religiosa e sociale, o come nel diritto romano, di un privilegio attribuito a stranieri degni di considerazione. Ora, l'asilo viene sempre più concepito, da importanti convenzioni a carattere regionale, dal diritto europeo o all'interno di vari ordinamenti statali, come un vero e proprio diritto soggettivo⁵.

Questo trend, iniziato all'indomani del secondo conflitto mondiale, ha trovato la sua prima consacrazione nella Dichiarazione universale dei diritti umani, segnatamente nel suo articolo 14⁶, anche se a livello di norme consuetudinarie a carattere generale, l'asilo viene sempre conce-

⁴ Secondo R. Kolb «l'obligation de respecter et de faire respecter» «possède un statut hiérarchiquement supérieur aux simples obligations coutumières parce qu'elle participe du cœur de l'ordre public humanitaire», cfr. R. KOLB, *Droit humanitaire et opérations de paix internationales*, Genève, 2002, p. 76.

⁵ Vedi ad esempio l'art. 22 punto 7 della Convenzione americana sui diritti umani (entrata in vigore il 27 agosto 1978) dove l'asilo viene concepito come un diritto soggettivo. Con riferimento all'UE si rinvia ai paragrafi successivi.

⁶ Sulla ratio esclusivamente umanitaria dell'art. 14 è concorde la dottrina. Nello stesso senso vedi l'art. 2 della Dichiarazione sull'asilo territoriale adottata dall'Assemblea generale delle NU nel dicembre 1967 (n. 2312, XXII). Tuttavia il diritto di asilo non può essere invocato da una persona che abbia commesso «reati non politici o per azioni contrarie ai fini e ai principi delle NU».

pito come una facoltà accordata ad uno Stato e quindi come espressione del libero esercizio di un suo potere sovrano⁷.

Pertanto appare logico considerare questa facoltà come uno dei tanti possibili strumenti idonei ad accordare forme di protezione. Nel contempo è difficile predeterminare, a livello generale, le condizioni e i presupposti richiesti, così come la garanzie, la portata e l'estensione delle situazioni soggettive riconosciute da ciascun ordinamento per la concessione dell'asilo. E questo proprio per la circostanza che questi elementi sono determinati, il più delle volte, da considerazioni politico-economiche e in relazioni ad accordi di estradizione, in materia penale, conclusi da ciascuno Stato.

Tuttavia, un elemento comune si può rinvenire in quanto, per gli ordinamenti interni, l'asilo viene configurato come una forma di protezione da accordare all'interno di un territorio determinato o, se si preferisce, sempre collegato ad uno spazio in cui siano esercitati alcuni dei poteri sovrani⁸.

3. La nozione di rifugiato secondo la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951

L'importante normativa sullo *status* di rifugiato prevista dalla Convenzione di Ginevra del 28 luglio 1951 e dal suo Protocollo del 31 gennaio 1967, pur richiamandosi espressamente all'art. 14 della Dichiarazione universale dei diritti dell'uomo, in verità non apporta alcun chiarimento sulla natura e la portata dell'istituto dell'asilo⁹. La Convenzione prevede degli obblighi inderogabili sia di condotta negativi, rispetto alla possibilità di respingimento, e sia di risultato positivi ri-

⁷ Sul punto si può rilevare che il Patto sui diritti civili e politici del 1966 non contiene alcuna disposizione sul diritto di asilo.

⁸ In senso conforme vedi il testo dell'art. 10 della Costituzione italiana secondo cui il diritto di asilo può essere concesso "nel territorio della Repubblica".

⁹ La Convenzione di Ginevra mira essenzialmente a definire la nozione di rifugiato e a imporre agli Stati di adattare i loro ordinamenti nazionali al contenuto di una dettagliata normativa concernente lo status di rifugiato, una volta riconosciuto. Così nessuna definizione di asilo è prevista dalla stessa Convenzione.

guardo al riconoscimento dello *status* di rifugiato. Ora, questo *status*, che solo in determinate circostanze, ai sensi dell'art 1 lett. F) della Convenzione può essere negato, è disciplinato in maniera inorganica, occupandosi nel dettaglio di situazioni tra loro diverse¹⁰. Tuttavia, esso consente di accordare un livello alto di protezione ai relativi beneficiari.

Tutti gli obblighi contenuti nella Convenzione non devono considerarsi reciproci ma di natura inderogabile e solidale e con effetti *erga omnes*. Inoltre non sono previsti organi di controllo che possano assicurare un'interpretazione uniforme e vincolante per gli Stati¹¹. Pertanto, alcune volte, può essere problematico valutare i comportamenti degli Stati parti rispetto al contenuto della Convenzione, in particolare sul loro rispetto dell'importante obbligo di cooperazione con l'Ufficio dell'Alto commissariato delle NU per i rifugiati (UNHCR)¹².

Per i redattori della Convenzione una forma indiretta di garanzia risiedeva proprio nella possibilità per il richiedente di poter determinare liberamente lo Stato o gli Stati a cui presentare la domanda di riconoscimento dello status di rifugiato. Così, la predeterminazione, effettuata in ambito dell'UE, con la previsione di una disciplina comune, dello Stato competente a valutare le richieste di riconoscimento, di fatto restringe la portata di questa garanzia indiretta. Anche se, come si vedrà, la disciplina europea si propone il lodevole intento di uniformare i diversi criteri seguiti dai vari Stati in questa materia.

Quel che rileva maggiormente, ai fini della nostra indagine, è la definizione di rifugiato ritenuta, a ragione, troppo ideologica e inadeguata

¹⁰ In effetti la Convenzione si occupa di vari aspetti economici e amministrativi della vita del rifugiato. Ovviamente una volta riconosciuta tale una persona questa non può essere espulsa da uno Stato, ai sensi dell'art. 32, «se non per ragioni di sicurezza nazionale o di ordine pubblico».

¹¹ In questo senso vedi E. CANNIZZARO, *L'organizzazione delle politiche di asilo in sede comunitaria e la Convenzione di Ginevra sui rifugiati del 1951*, in *RDI*, 2001, p. 442. Si può notare che la Convenzione di Ginevra al suo art. 38 prevede unicamente una clausola compromissoria, a favore della Corte internazionale di giustizia, per la soluzione di eventuali controversie tra gli Stati riguardanti la sua interpretazione e applicazione.

¹² Sull'obbligo di cooperazione con l'UNHCR previsto dall'art. 35 della Convenzione, vedi F. SALERNO, *L'obbligo internazionale di non refoulement dei richiedenti asilo*, in *DUDI*, 2010, p. 490.

alle attuali esigenze, incentrandosi sul concetto di persecuzione individuale per motivi politici, religiosi e razziali¹³. Da questa definizione sono infatti esclusi le figure delle “displaced persons”, cioè le persone che siano costrette a lasciare il loro Paese non per motivi persecutori o politici ma per altre cause, come guerre civili, occupazioni straniere, calamità naturali o semplicemente per il mancato godimento di alcuni diritti fondamentali tra cui la libertà di espressione¹⁴. Inoltre, sono esclusi i sempre più numerosi rifugiati economici e cioè le persone espatriate a causa del sottosviluppo, e conseguente crisi umanitaria, di un determinato Paese.

Per un'interpretazione in parte conforme del termine rifugiato a queste nuove realtà si ricorda l'art. 1 della Convenzione di Addis Abeba del 10 settembre 1969 dell'OUA (ora UA) che accorda il relativo *status* a coloro che sono costretti a lasciare uno Stato a causa di oppressioni, occupazioni, dominazione straniera o eventi che turbano seriamente l'ordine pubblico¹⁵.

E ancora la Convenzione di Ginevra, assumendo come parametro fondamentale la circostanza che un soggetto abbia varcato un confine internazionale in cerca di protezione, esclude dalla possibilità di accordare lo *status* di rifugiato i c.d. rifugiati interni. E sono altresì esclusi tutti coloro che non siano in grado di dimostrare di non poter ricevere alcuna tutela anche soltanto in una porzione del territorio da cui si sono allontanati¹⁶.

¹³ La stessa definizione di rifugiato si rinviene nello Statuto dell'Ufficio dell'UNHCR adottata dall'Assemblea generale delle NU il 14 settembre 1950.

¹⁴ Sull'origine del termine “displaced persons”, vedi G. CARELLA, *Esodi di massa e diritto internazionale*, in *RDI*, 1992, p. 903 e E. JAHN, *Refugees*, in *EPIL*, 1985, p. 456.

¹⁵ Sul punto vedi G. ABI-SAAB, *The Admission and Expulsion of Refugee with Special Reference to Africa*, in *African YIL*, 2000, p. 71.

¹⁶ Questo aspetto del problema è sottolineato dall'Alto commissario per i rifugiati delle NU visto che attualmente il numero delle “internally displaced persons” supera quello dei rifugiati, vedi A. GUTERRES, *Nouveaux défis*, in *Supplément HCR, Mon. Dip.*, 2012, giugno, p. 1.

4. Il principio di *non refoulement* secondo il diritto consuetudinario e la Convenzione di Ginevra del 1951

Altro importante aspetto da prendere in considerazione è quello riguardante il divieto di *refoulement* imposto agli Stati, sia da norme convenzionali, come l'art 33 della Convenzione di Ginevra del 1951 già esaminata, l'art 3 della Convenzione di New York del 1984, l'art. 2 della Convenzione di Addis Abeba del 1969, l'art 22 della Convenzione di San José del 1969 sia da una norma consuetudinaria, distinta e autonoma, ormai generalmente riconosciuta¹⁷.

Il divieto di *refoulement* in fondo costituisce il nucleo essenziale delle finalità perseguite dal riconoscimento dello *status* di rifugiato e, più in generale, dal diritto di asilo¹⁸. Tuttavia dubbi possono sussistere sul contenuto della norma consuetudinaria prima ricordata. Per alcuni si tratta di un obbligo negativo di portata specifica limitata, e cioè di non respingere i rifugiati verso il luogo di provenienza, per consentire loro di rimanere in un territorio sicuro¹⁹. Inoltre, questo obbligo non riguarderebbe le altre categorie di persone in cerca di protezione, come le *displaced persons* e tutti coloro che non siano legittimati a beneficiare dello *status* di rifugiato.

Invece, riteniamo che occorre interpretare in maniera estensiva il contenuto di questa norma consuetudinaria alla luce di alcune considerazioni. Innanzitutto si deve prendere atto che la Convenzione di Ginevra del 1951 è stata negoziata e adottata in un periodo storico in cui i diritti umani fondamentali godevano di una minore protezione. Così ad esempio le eccezioni previste per il divieto di *non refoulement* dall'art. 33, par. 2 e indirettamente dall'art. 1, lett. F) e 32 par. 1 della stessa

¹⁷ In particolare l'art. 33 della Convenzione di Ginevra relativa allo *status* di rifugiato del 1951; l'art. 3 della Convenzione di New York contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti del 1984; l'art. 2 della Convenzione dell'OUA di Addis Abeba relativa a Problemi specifici esistenti in Africa del 1969 e l'art 22 della Convenzione americana sui diritti umani di San José del 1969. E ancora possiamo menzionare la citata Dichiarazione sull'asilo territoriale adottata dall'Assemblea generale delle NU, vedi *supra* nota 6.

¹⁸ Sul punto vedi F. LENZERINI, *Diritto di asilo e esclusione dello status di rifugiato. Luci e ombre nell'approccio della Corte di giustizia dell'UE*, in *RDI*, 2011, p. 108.

¹⁹ In tal senso vedi F. SALERNO, *cit.*, p. 493.

Convenzione, dovrebbero considerarsi superate da una serie di importanti disposizioni delle citate Convenzioni di New York, Addis Abeba e San José e dalla giurisprudenza di alcuni importanti organi giurisdizionali come la Corte europea dei diritti dell'uomo²⁰.

Peraltro, occorre rilevare che, a rigor di logica, le eccezioni previste al divieto di *refoulement* dall'art. 33 della Convenzione di Ginevra si possono applicare soltanto a coloro che richiedono il riconoscimento dello *status* di rifugiato e non alle altre categorie di persone richiedenti altre forme di protezione²¹.

Alle luce di queste considerazioni appare chiaro che il contenuto della norma consuetudinaria sul *non refoulement* deve essere più ampio e ricomprendere tutte quelle situazioni in cui gli Stati possono in maniera effettiva svolgere un ruolo positivo per la protezione dei diritti umani, anche al di fuori del loro territorio nazionale e dei limiti in cui siano esercitati i loro poteri sovrani. In altri termini il divieto deve riguardare anche quei luoghi, come le zone di sicurezza istituite per fini umanitari, dove vengono esercitate *de facto* solo alcune funzioni di controllo da parte degli organi di uno stato²². Sul punto è interessante notare come anche l'art. 4 del quarto Protocollo alla CEDU, che sancisce il divieto

²⁰ Cfr. in tal senso la giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo che ha sempre riconosciuto il divieto di *refoulement* sin dai primi casi *Soering c. Regno Unito*, sentenza del 7 luglio 1989 (application n. 14038/88, serie A n. 161) e *Cruz Varas e altri c. Svezia*, sentenza del 20 marzo 1991, (application n. 15576/89, serie A n. 201).

²¹ Su questo aspetto vedi A. LANCIOTTI, D. VITIELLO, *L'articolo 3 della CEDU come strumento di tutela degli stranieri contro il rischio di refoulement*, in L. CASSETTI (a cura di), *Diritti, principi e garanzie sotto la lente di Strasburgo*, Napoli, 2012, p. 226.

²² Sulla rilevanza del controllo esercitato soltanto *de facto* da uno Stato, vedi la sentenza del 23 febbraio 2012 della Corte europea dei diritti dell'uomo nel caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia* (application n. 27765/09), per un commento vedi A. LANCIOTTI, D. VITIELLO, cit., p. 240. Con riferimento all'alto mare, cfr. il parere reso il 27 gennaio 2007 dall'UNCHR dal titolo *Extraterritorial Application on Non-Refoulement under 1951 Convention Relating on the Status of Refugee and Its 1967 Protocol*; con riferimento alle funzioni esercitate all'interno delle zone di sicurezza vedi R. GIUFFRIDA, *La costituzione di zone e corridoi di sicurezza quale contenuto dell'intervento umanitario*, Torino, 2013, p. 173.

di espulsioni collettive di stranieri, non contenga alcun riferimento a limiti di carattere territoriale per la sua applicazione²³.

5. La protezione accordata dall'art. 3 della CEDU

Prima di esaminare la normativa dell'UE sui temi sinora trattati, alcuni importanti precisazioni si impongono. Innanzitutto, in forza dell'art. 6 punto 3 del TEU, «i diritti fondamentali garantiti dalla CEDU e risultanti dalle tradizioni costituzionali comuni agli Stati membri fanno parte del diritto dell'Unione in quanto principi generali». Vedremo in seguito come questo riferimento possa influenzare l'interpretazione e l'applicazione dell'art. 78 TFUE sulla protezione sussidiaria. Per adesso si deve ricordare che il divieto di *refoulement* è anche sancito dall'art. 19 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE la quale, ai sensi del richiamato art. 6, punto 1 «ha lo stesso valore giuridico dei Trattati». Inoltre, secondo le stesse spiegazioni relative alla Carta, il divieto di *refoulement* deve essere interpretato secondo la pertinente giurisprudenza della Corte europea dei diritti dell'uomo relativa all'art. 3 della CEDU che, com'è noto, contiene il divieto di sottoporre gli individui a tortura o a pene o a trattamenti inumani o degradanti²⁴.

Ora, l'ambito di applicazione del richiamato art. 3 è stato in varie occasioni chiarito dalla Corte europea dei diritti dell'uomo soprattutto mediante un frequente richiamo alle comuni tradizioni politiche europee, agli ideali, alle libertà e al principio della certezza del diritto. Così, il testo lapidario dell'art. 3, comprimendo se non annullando il margine di apprezzamento degli Stati, deve essere letto in un'ottica umanitaria, come puntuale applicazione dell'art. 1 della CEDU che impone, in ogni

²³ Sull'obbligo di assistenza in alto mare vedi l'art. 98 della Convenzione delle NU sul diritto del mare, firmata a Montego Bay nel 1982 e la Convenzione internazionale sulla ricerca e il salvataggio in mare, firmata a Amburgo nel 1979.

²⁴ In particolare secondo le citate spiegazioni della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, (vedi *GUUE* C 303/24) l'art 19 deve essere interpretato alla luce delle sentenze della Corte europea dei diritti dell'uomo rese il 17 dicembre 1996 nel caso *Ahmed c. Austria*, (application n. 25964/64) e il 7 luglio 1989 nel caso *Soering c. Regno Unito*, cit. *supra* nota 20.

circostanza, agli Stati di riconoscere ad ogni persona soggetta alla loro giurisdizione i diritti e le libertà sanciti dalla stessa Convenzione²⁵.

In varie sue decisioni la Corte europea dei diritti dell'uomo ha configurato una responsabilità per gli Stati che avevano concesso una misura di allontanamento dal loro territorio, quando tale misura poteva produrre delle prevedibili conseguenze lesive dell'art 3 della CEDU, il quale peraltro ha un contenuto simile a quello dell'art 7 dei Patti sui diritti civili e politici del 1966. L'ambito di applicazione dell'art. 3 è ovviamente più ampio di quello dell'art. 33 della Convenzione di Ginevra, grazie alla continua attività interpretativa in senso evolutivo svolta dalla stessa Corte europea, che considera la CEDU alla stregua di un «living instrument»²⁶. In sostanza il divieto di qualsiasi misura di allontanamento, quindi estradizione, espulsione, respingimento di un soggetto verso un Paese a rischio deve considerarsi inerente all'art. 3 e comportare in via automatica, per lo Stato che ha posto in essere tale misura, una responsabilità per *ricochet*²⁷.

La violazione dell'art. 3 ha, secondo la costante giurisprudenza della Corte europea, un carattere assoluto in quanto non sono ipotizzabili eccezioni o sospensioni dell'obbligo ivi previsto, anche in situazioni di emergenza o di pericolo per la sicurezza di uno Stato²⁸. Nello stesso

²⁵ Il citato richiamo della Corte europea è stato effettuato nella sentenza *Soering c. Regno Unito*, cit. *supra* nota 20, par. 88. Sulla nozione di giurisdizione prevista dall'art. 1 della CEDU e sui suoi effetti al di fuori dei limite entro i quali viene esercitata la sovranità territoriale, vedi A. LANCIOTTI, D. VITIELLO, cit., p. 224 e p. 226 e P. DE SENA, *La nozione di giurisdizione statale nei trattati sui diritti umani*, Torino, 2002, p. 16. Sull'interpretazione in senso conforme dell'art. 7 dei Patti sui diritti civili e politici del 1966, vedi il *General Comment* n. 20 del 10 marzo 1992, par. 9, del Comitato sui diritti umani.

²⁶ In questo senso vedi le sentenze rese nei casi *Chahal c. Regno Unito*, il 15 novembre 1996 (application n. 22414), par. 80; *Saadi c. Italia* il 28 febbraio 2008 (application n. 37201), par. 138 e *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit. *supra* nota 22, par. 175. Sull'importante ruolo della Corte europea vedi A. GIANELLI, *Il carattere assoluto dell'obbligo di non-refoulement: la sentenza Saadi della Corte europea dei diritti dell'uomo*, in *RDI*, 2008, p. 449.

²⁷ Su questo punto vedi la sentenza resa nel caso *Soering c. Regno Unito*, cit. *supra* nota 20, par. 86.

²⁸ Così la Corte europea nel caso *Chahal c. Regno Unito*, cit. *supra* nota 26, par. 79. Sul carattere assoluto dell'art. 3 vedi *Corso di diritto internazionale III, La tutela inter-*

senso si deve ricordare l'art. 4 del quarto Protocollo della CEDU che vieta, anch'esso in maniera assoluta secondo l'interpretazione teleologica adottata dalla Corte europea, le espulsioni collettive e il cui campo di applicazione deve essere esteso alle acque territoriali²⁹. Così, il carattere assoluto di questi obblighi non permette alcun bilanciamento tra le conseguenze di un allontanamento di un soggetto verso un paese insicuro e le esigenze legate alla sicurezza di uno Stato: infatti ciascuna valutazione dei rischi relativi deve essere effettuata in maniera autonoma e non può esserci alcuna correlazione tra l'una e l'altra³⁰. Sul punto infatti la Corte non ha mai accolto la tesi sostenuta da alcuni Stati secondo cui un obbligo da considerarsi implicito e non direttamente previsto dalla CEDU, come quello sul divieto di *refoulement*, avrebbe potuto essere applicato in maniera meno rigida qualora fossero stati in gioco interessi da ritenersi essenziali per l'insieme della Comunità internazionale³¹.

In sostanza, il carattere assoluto dell'obbligo imposto dall'art. 3 della CEDU impedisce di configurare mezzi alternativi di adempimento³². E questo obbligo ovviamente impone agli Stati di esercitare una costan-

nazionale dei diritti umani, T. SCOVAZZI (a cura di), Milano, 2013, p. 400.

²⁹ Su questo punto vedi il caso *Hirsi Jamaa e altri c. Italia*, cit. *supra* nota 22, par. 173. Per un commento vedi A. LIGUORI, *La corte europea dei diritti dell'uomo condanna l'Italia per i respingimenti verso la Libia del 2009: il caso Hirsi*, in *RDI*, 2012, p. 430. Sulle espulsioni collettive in acque internazionali vedi V. MORENO LAX, *Seeking Asylum in the Mediterranean: Against a Fragmentary Reading of EU Member State's Obligations Accruing at Sea*, in *Int. Jou. Ref. L*, 2011, p. 174.

³⁰ In tal senso vedi il caso *Saadi c. Italia*, cit. *supra* nota 26, par. 139.

³¹ Questa tesi è stata per la prima volta sviluppata nei commenti presentati alla Corte europea dai governi della Lituania, Portogallo, Slovacchia e Regno Unito nel caso *Ramzy c. Paesi Bassi*, sentenza resa il 20 luglio 2010, (application n. 25424/05). In senso conforme a quanto indicato nel testo vedi anche il caso *Saadi c. Italia*, cit. *supra* nota 26, par. 138.

³² È interessante notare che nel caso *Saadi c. Italia*, cit. *supra* nota 26, par. 137, la Corte europea non sottovaluta i rischi conseguenti agli atti di terrorismo, tuttavia a suo giudizio questi rischi non possono «call into question the absolute nature of Article 3». Per un differente approccio vedi la sentenza della Corte suprema del Canada nel caso *Suresh c. Canada* resa l'11 gennaio 2002, in *ILM*, 2002, p. 954.

te azione di prevenzione e di controllo nei confronti dei soggetti privati³³.

Secondo la Corte europea, la responsabilità di uno Stato sorge con la semplice esposizione di un soggetto al rischio tortura o trattamenti inumani ed è quindi sufficiente la mera possibilità che questo fatto possa avverarsi. Così, qualora vi sia in un Paese una violenza generalizzata, sarebbe sufficiente per configurare una violazione virtuale dell'art. 3 della CEDU la possibilità di un rischio per un individuo di essere esposto a tale situazione³⁴.

In conclusione, anche se la CEDU non prevede formalmente un diritto soggettivo di asilo, qualsiasi allontanamento coatto di una persona da uno Stato può avvenire soltanto verso un "luogo sicuro". Su quest'ultima nozione la Corte europea ha fornito importanti indicazioni, vietando i c.d. *refoulements* indiretti verso Paesi di transito, da dove una persona potrebbe essere sottoposta al rischio di essere estradato successivamente verso Stati che non rispettano il citato art. 3³⁵. Così la Corte, anche nell'ambito dell'Unione europea, ha avuto modo di condannare i tentativi di *refoulements* indiretti, precisando che in questi casi deve anche essere sospesa l'applicazione delle c.d. regole di Dublino per lo Stato considerato a rischio³⁶.

Con riferimento all'onere della prova sussiste, secondo la Corte, per gli Stati un obbligo di accertare se un determinato territorio possa considerarsi a rischio, specie se il soggetto da allontanare appartenga a un gruppo «sistematicamente esposto a discriminazione, a maltrattamenti o

³³ Sul punto vedi il caso *H.L.R. c. Francia*, sentenza del 29 aprile 2011, (application n. 24573/94).

³⁴ Sul punto la Corte europea ha attuato un *revirement* nella sua giurisprudenza; infatti nella sentenza resa il 30 ottobre 1991 nel caso *Vilvaraja e altri c. Regno Unito* (application n. 13163/87) si legge che «a mere possibility of ill-treatment is not in itself sufficient to give rise to a breach of article 3», par. 1119; per un commento vedi A. GIANELLI, cit., p. 449.

³⁵ In tal senso vedi il caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, sentenza del 21 gennaio 2011, (application n. 30696/96).

³⁶ In tal senso vedi il caso *M.S.S. c. Belgio e Grecia*, cit. *supra* nota 35; le regole di Dublino sono ora previste dai regolamenti 343/2003/CE e 1560/2003/CE concernenti i criteri e la procedura da seguire per individuare lo Stato membro responsabile per l'esame delle domande di asilo.

a situazioni di violenza generalizzata»³⁷. Sul punto la Corte ha, da tempo, condannato la prassi seguita dagli organi pubblici di confidare sulle assicurazioni diplomatiche fornite dagli Stati a rischio, in quanto questa prassi «leads to an erosion of the principle of *refoulement*»³⁸. Così, deve considerarsi avere effetti limitati l'onere comunque imposto al singolo di provare, con tutti i mezzi a sua disposizione, l'esistenza di un pericolo di essere sottoposto, se allontanato verso un determinato Paese, a tortura o a maltrattamenti.

6. *L'ambito di applicazione dell'art. 78 del TFUE*

Nell'ambito dell'ordinamento dell'Unione Europea, la normativa sulla protezione sussidiaria si viene ad affiancare a quella prevista dalla Convenzione di Ginevra dal 1951 sul riconoscimento dello *status* di rifugiato. Ora siamo in presenza di due distinti sistemi aventi differenti caratteristiche e, ovviamente, ci si è chiesto se non sarebbe stato più utile unificare, almeno in via interpretativa, i due sistemi, ad esempio prevedendo un unico *status* per tutti i soggetti degni di protezione internazionale. Oppure, più semplicemente, estendendo la definizione di rifugiato, contenuta nella Convenzione di Ginevra del 1951, almeno ai casi di persecuzioni collettive o a tutte quelle situazioni in cui non è possibile provare l'esistenza di un nesso di causalità diretto tra la richiesta di protezione e le ipotesi tassativamente previste per ottenere lo *status* di rifugiato. Sul punto si può ricordare come lo stesso UNHCR aveva espresso delle preoccupazione sul fatto che un maggior ricorso alla normativa europea sulla protezione sussidiaria avrebbe comportato

³⁷ Con riferimento ai rischi derivanti da una situazione di violenza generalizzata vedi il caso *Ahmed c. Austria* cit. *supra* nota 24. Tuttavia la Corte ha seguito criteri diversi quando soltanto il contesto politico di uno Stato poteva considerarsi instabile, vedi i casi *Fatgan Katami e altri c. Germania*, sentenza del 31 maggio 2001, (application n. 67679), e *Muslim c. Turchia*, sentenza del 26 aprile 2005, (application n. 53566/99).

³⁸ Vedi il caso *Saadi c. Italia*, cit. *supra* nota 26, par. 147 e 148; su questo aspetto vedi A. TANCREDI, *Assicurazioni diplomatiche e divieto assoluto di refoulement alla luce di alcune recenti pronunce della CEDU*, in *DUDI*, 2010 p. 41.

un minor numero di richieste di riconoscimento dello *status* di rifugiato, secondo la Convenzione di Ginevra del 1951³⁹.

Invece, la soluzione accolta dal legislatore europeo ci sembra più convincente in quanto, innanzitutto, consente di non disperdere l'evoluzione avutasi, nell'applicazione e nell'interpretazione della citata Convenzione di Ginevra, grazie al ruolo della giurisprudenza internazionale e nazionale⁴⁰. Del resto, a livello europeo, ulteriori forme di protezione per gli individui che andassero al di là dei ristretti limiti della stessa Convenzione di Ginevra, erano state auspiccate dalla stessa Corte di giustizia dell'UE⁴¹.

In sostanza, si è cercato di favorire la ricerca di un approccio evolutivo, interpretando in senso restrittivo le cause di esclusione dalla protezione da accordare, procedendo ad una ponderazione proporzionale degli elementi di fatto presenti, in modo da garantire sempre il divieto di *refoulement* qualora sussista il rischio per un soggetto di essere torturato o sottoposto ad altri trattamenti degradanti⁴².

In questo senso deve essere letto l'art. 78 del TFUE il quale obbliga gli Stati membri, riteniamo con una formula felice, ad «offrire uno status appropriato a qualsiasi cittadino di un paese terzo che necessita di protezione internazionale», in modo da garantire in queste situazioni «il rispetto del principio di non respingimento». Ora, il campo di applicazione di questo articolo è più esteso dell'art. 18 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE che solo prevede il diritto di asilo. Così i termini

³⁹ Infatti per l'UNHCR qualsiasi richiesta di protezione deve essere innanzitutto considerata sotto il profilo dei criteri indicati per lo *status* di rifugiato dalla Convenzione di Ginevra del 1951, vedi UNHCR, *Annotated Comments on the EC Council Directive 2004/83/EC of 24 January 2004*, gennaio 2005.

⁴⁰ La soluzione accolta in fondo permette di considerare la Convenzione di Ginevra del 1951 come una *lex specialis* per cercare di applicarla a tutte le persone degne di protezione anche in forza di altri trattati internazionali.

⁴¹ Vedi in tal senso la sentenza del 9 novembre 2010 nel caso *Germania c. B. e D.* (C-57/09 e C-101/09) par. 118, 119 e 121 dove la Corte osserva che gli Stati possono sempre accordare una protezione nazionale «on a discretionary and good will basis or for humanitarian reasons», purché questa protezione non sia confusa con quella prevista per lo *status* di rifugiato dalla normativa europea.

⁴² In questo senso vedi il parere reso il 1 giugno 2010 dell'Avvocato generale P. Mengozzi nel caso *Germania c. B. e D.*, cit. *supra* nota 41, par. 95.

utilizzati in maniera generica dall'art. 78 configurano un obbligo di accordare in ogni circostanza una protezione umanitaria agli individui, per garantire loro il rispetto dei diritti umani fondamentali e del diritto internazionale umanitario. L'articolo in esame inoltre obbliga gli organi europei a sviluppare una politica, o se vogliamo una cultura di protezione, non potendosi limitare il loro compito all'adozione di standard minimi su questa materia.

Quindi si rende necessario adottare una normativa europea, aggiornandola di volta in volta secondo le esigenze del momento, non soltanto sullo *status* comune di rifugiato conforme alla Convenzione di Ginevra del 1951, al suo Protocollo del 1967 «e agli altri trattati internazionali», ma anche sullo *status* uniforme da accordare a coloro che, non potendo beneficiare del primo, necessitano comunque di una protezione sussidiaria internazionale.

L'articolo in esame configura, per la prima volta, un sistema comune di asilo che può definirsi europeo con l'intento di eliminare le differenti applicazioni della richiamata Convenzione di Ginevra avutesi a livello nazionale. Sul punto gli effetti saranno nel tempo notevoli, considerando che tutta la materia in esame ricade ora nella competenza della Corte di giustizia dell'UE⁴³.

Gli obblighi derivanti dall'art. 78 assumono un rilievo particolare in quanto essi, essendo previsti per la prima volta in un importante trattato internazionale, non consentono agli Stati di decidere in maniera discrezionale sulla concessione dell'asilo o della protezione sussidiaria.

Altri importanti effetti del richiamato art. 78 meritano di essere sottolineati vista l'importanza delle loro conseguenze giuridiche. Innanzitutto viene conferito ai soggetti legittimati un vero e proprio diritto soggettivo di ottenere asilo o una protezione sussidiaria, quando ovviamente ne ricorrono i presupposti definiti dalla Convenzione di Ginevra del 1951 e dalla legislazione secondaria europea. In altre parole questi diritti devono essere riconosciuti e applicati dai giudici nazionali, e a quest'ultimi è demandato ovviamente il difficile compito di decidere

⁴³ Su questo aspetto vedi A. DI PASCALE, *Articolo 78*, in *Trattati dell'Unione Europea*, A. TIZZANO (a cura di), Milano, 2014, p. 836.

sulle eccezioni previste dalla normativa richiamata per il riconoscimento dei diversi *status*.

Inoltre l'art 78, in maniera chiara, impone a tutta la legislazione secondaria europea di conformarsi alla Convenzione di Ginevra del 1951, al suo Protocollo del 1967 «e agli altri trattati pertinenti», quali, tra gli altri, la CEDU, i Patti del 1966 e la Convenzione del 1984 contro la tortura e altri trattamenti o punizioni crudeli, inumani o degradanti⁴⁴. Fermo restando quanto previsto dal già analizzato art. 6 del TUE sul rispetto della Carta dei diritti fondamentali della UE.

La formula contenuta nell'art. 78 garantisce il costante ricorso ad una interpretazione evolutiva conforme alla giurisprudenza internazionale, in un'ottica unitaria, non divisa in compartimenti, che unisca sia la Convenzione di Ginevra del 1951 sia la stessa legislazione secondaria europea ora in vigore o che sarà emanata in futuro. In altre parole, il richiamo dell'articolo in esame «agli altri trattati pertinenti» permette di effettuare un rinvio ricettizio al diritto internazionale umanitario, quando ciò si rende necessario per la presenza di un vuoto normativo nella disciplina sui rifugiati o sulla protezione sussidiaria.

Inoltre, la stessa formula permette un rinvio costante al principio di umanità quando si è in presenza di persone vulnerabili o senza difesa, sempre al fine da accordare loro forme di protezione⁴⁵.

Da ultimo il richiamo al termine “protezione” ci consente di configurare un obbligo positivo imposto agli Stati di garantire il rispetto dei diritti fondamentali, anche al di fuori dei loro confini nazionali, a tutti coloro che si trovano sotto la loro giurisdizione o controllo in una situazione di rischio⁴⁶.

⁴⁴ L'art. 78 deve considerarsi *lex specialis* ai sensi dell'art. 351 del TFUE e quindi applicabile anche agli Stati membri dell'UE che solo in futuro diventeranno parti di trattati aventi come oggetto il trattamento dei rifugiati o il diritto umanitario. Sugli effetti dell'art. 351 vedi R. MASTROIANNI, *Articolo 351*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione Europea*, cit., p. 2541.

⁴⁵ Sulla rilevanza del principio di umanità vedi A. A. CANÇADO TRINDADE, *Some Reflections on the Principle of Humanity in Its Wide Dimension*, in *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, cit., p. 190.

⁴⁶ In tal senso vedi la sentenza della Corte europea dei diritti dell'uomo resa nel caso *Hirsi Jama e altri c. Italia*, cit. *supra* nota 22, par. 180.

7. *La ricerca di uno status appropriato alla luce del principio di umanità*

Si è già avuto modo di osservare che la normativa europea sulla protezione sussidiaria rappresenta di sicuro un passo avanti verso un maggior rispetto dei diritti umani fondamentali, in quanto essa mira a superare i ristretti limiti imposti dalla definizione di rifugiato contenuta nella Convenzione di Ginevra del 1951, limiti ormai ritenuti troppo ideologici e inadeguati alle esigenze attuali.

La normativa europea è certamente in linea con lo sviluppo, nell'ambito del diritto internazionale, della stessa nozione di protezione, la quale tende ora a ricomprendere, senza porsi limiti temporali o geografici, le più diverse situazioni in cui un individuo si trovi sotto il controllo di un organo statale⁴⁷. Questa linea di tendenza mira a specificare sempre più il contenuto dei diritti umani fondamentali per meglio circoscrivere e individuare le diverse situazioni degne di tutela, sia dal punto di vista soggettivo che oggettivo.

Così nel corso della nostra indagine abbiamo visto come, grazie al ruolo della giurisprudenza internazionale, il divieto di *refoulement* sia stato sempre esteso, e nel contempo ridotte le possibilità di sollevare eccezioni alla sua corretta applicazione. Sul punto, l'elemento che abbiamo sottolineato è che l'art. 78 del TFUE impone agli Stati membri di «offrire uno status appropriato» a chi «necessità di protezione internazionale» e «di garantire il rispetto del principio di non respingimento». Così i diritti derivanti dal riconoscimento di questo *status* devono essere tutelati dai giudici nazionali su ricorso dei diretti interessati. L'articolo in esame sembra quindi escludere che si possa definire, una

⁴⁷ In questo senso secondo la Corte europea dei diritti dell'uomo la nozione di giurisdizione prevista dall'art. 1 della CEDU non può essere ristretta al territorio nazionale statale ma estendersi anche al di fuori di esso. In sostanza la responsabilità di uno Stato «may also arise when as a consequence of military action, whether lawful or unlawful, it exercises effective control on an area outside its national territory», così nel caso *Loizidou c. Turchia*, sentenza del 23 marzo 1995, (application n. 15318/89), par. 62; in senso conforme *Medvedyev e altri c. Francia*, sentenza del 29 marzo 2010, (application n. 3394/03), par. 65 e *Hirsi Jaama e altri c. Italia*, cit. *supra* nota 22, par. 173. Sulla nozione di controllo esercitato *de facto* o *de jure* da uno Stato, vedi A. LANCIOTTI, D. VITIELLO, *op. cit.*, pp. 241-242.

volta per tutte, quale nel tempo potrà considerarsi uno “status appropriato” perché questo, riteniamo, dovrà essere determinato dalla legislazione secondaria europea emanata sulla base dell’art.78, tenendo conto delle mutevoli esigenze umanitarie a cui si dovrà far fronte nel futuro.

Pertanto anche le critiche che sono o potranno essere sollevate sul contenuto della normativa secondaria europea potranno contribuire a renderla più adeguata e a migliorare la sua interpretazione e applicazione. Soprattutto se si considerano le disposizioni europee sulla protezione sussidiaria non come un sistema autonomo ma come un *corpus juris* strettamente collegato al diritto internazionale umanitario e ai diritti umani fondamentali; con il risultato di rendere qualsiasi progresso ottenuto dalla Comunità internazionale in queste aree, direttamente riflesso sul contenuto della protezione sussidiaria⁴⁸.

In particolare, si rende necessario che la normativa europea emanata sulla base dell’art. 78, stante la sua natura umanitaria, venga interpretata e applicata in maniera proporzionale e in linea con l’obiettivo che si propone di attuare: assicurare una protezione effettiva dei diritti umani fondamentali e nel contempo rispettare il divieto di *refoulement*.

Da ultimo riteniamo che la stessa normativa europea sulla protezione sussidiaria debba essere interpretata e applicata alla luce del principio di umanità, così come consacrato dalla prassi della Croce rossa internazionale, che impone di agire in qualsiasi circostanza al solo fine di offrire protezione e assistenza per prevenire o alleviare le sofferenze umane⁴⁹. Questo principio deve essere concepito come un elemento essenziale del divieto di trattamenti inumani, divieto consacrato dall’art. 3 comune delle quattro Convenzioni di Ginevra del 1949 e applicato dalla giurisprudenza dei tribunali internazionale e nazionali⁵⁰.

⁴⁸ In tal senso vedi il parere dell’Avvocato generale P. Mengozzi, cit. *supra* nota 42, par. 44.

⁴⁹ Sul contenuto del principio di umanità si rinvia anche alla sentenza della Corte internazionale di giustizia resa il 17 giugno 1986 nel caso *Military Activities in and against Nicaragua*, in ICJ Reports 1986, p. 14, par. 242 e 243.

⁵⁰ A titolo di esempio, sull’applicazione del principio di umanità da parte dei tribunali internazionali, possiamo ricordare la sentenza resa il 27 novembre 2003 dalla Corte interamericana dei diritti umani nel caso *Maritza Urrutia c. Guatemala*, (ser. c)

Così, ormai il principio di umanità deve essere applicato in maniera perentoria e ritenersi inerente a qualsiasi regola riguardante la protezione internazionale dei diritti umani, il diritto internazionale umanitario e il diritto internazionale sui rifugiati⁵¹. E la corretta applicazione di questo principio in qualsiasi circostanza, sia in tempo di pace che nel corso di un conflitto, ci consente di trovare la soluzione appropriata, ricercata dall'art. 78 del TFUE, soprattutto al fine di evitare abusi nei rapporti tra organi pubblici e individui.

L'importanza di ricorrere a principi generali non deve essere sottovalutata, anche se questi possono apparire troppo generici e quindi privi di pienezza di contenuto normativo. Infatti essi, essendo portatori di precetti semplici, facilmente identificabili e sempre adattabili a qualsiasi circostanza, possono anche servire da parametri interpretativi nelle ipotesi in cui l'applicazione di altre disposizioni internazionali o nazionali risulti controversa⁵².

8. Analisi della legislazione secondaria europea, il regime unico di protezione internazionale

Le direttive emanate per dare attuazione all'art. 78 del TFUE, in particolare la n. 2004/83/CE in seguito sostituita per rifusione dalla n. 2011/95/UE, sono destinate ad influenzare profondamente le legislazioni degli Stati membri in quanto esse, non soltanto contengono una serie di importanti definizioni che pongono dei limiti sostanziali all'attività interpretativa dei giudici nazionali, ma si propongono di individuare il contenuto dello *status* uniforme di rifugiato o di beneficiario della protezione internazionale, da accordare in ambito europeo.

(n. 103, 2003), par. 87; la sentenza resa il 20 febbraio 2001 dal Tribunale penale internazionale per la ex Jugoslavia, Camera di appello, nel caso *Mucic et al.* (n. IT-96-21.A), par. 149 e la sentenza resa il 2 settembre 1998 dal Tribunale penale internazionale per il Ruanda nel caso *J. P. Akayesu* (n. 96-4-T), par. 565.

⁵¹ Così A. A. CANÇADO TRINIDADE, cit., p. 195.

⁵² Sul punto vedi R. GIUFFRIDA, *Humanitarian Assistance to Protect Human Rights and International Humanitarian Law*, in *Research Handbook on Human Rights and Humanitarian Law*, cit., p. 308.

Ovviamente i due *status* devono rimanere distinti in quanto, ai sensi della premessa n. 33 della Direttiva n. 2011/95/UE (che in seguito sarà indicata come la Direttiva), la protezione sussidiaria deve sempre conservare un carattere complementare rispetto alla protezione accordata con lo *status* di rifugiato.

Tuttavia alcune importanti disposizioni della Direttiva si applicano ad ambedue le situazioni protette e sono assimilate nell'unico concetto di "protezione internazionale". In sostanza la Direttiva delinea un vero e proprio "regime unico di protezione internazionale" che ovviamente non potrà porsi in contrasto con la Convenzione di Ginevra del 1951. Tuttavia alcune norme sul regime unico mirano a specificare il contenuto di questa Convenzione e quindi a legittimare criteri ermeneutici dalla stessa non previsti.

La Direttiva ovviamente si propone, secondo la sua premessa n. 16, di rispettare in maniera effettiva i diritti fondamentali e a tal fine, ai sensi del suo art. 3, lascia liberi gli Stati membri di introdurre o mantenere in vigore disposizioni più favorevoli per individuare i soggetti a cui accordare la loro protezione, purché queste disposizioni "siano compatibili" con quelle del regime unico.

Tra le disposizioni relative al regime unico vi è l'art. 21 che impone agli Stati di rispettare il principio di *non refoulement*, "in conformità dei propri obblighi internazionali" e quindi dell'articolo 3 della CEDU di cui si è già sottolineato il carattere assoluto e autonomo. E comunque gli Stati membri, richiamandosi all'art. 3 della Direttiva prima esaminato, potranno sempre, discrezionalmente, per ragione umanitarie, accordare forme di protezione non previste dal regime unico, purché queste ultime non possano essere confuse con quella relativa allo *status* di rifugiato.

Così, il rispetto dell'art. 3 della CEDU deve sempre prevalere su qualsiasi altra considerazione e la Corte di giustizia della UE, sul punto, ha ammesso che se sussistono dubbi, secondo il diritto europeo, sulla possibilità di tutelare un individuo in una situazione in cui siano in pericolo i suoi diritti fondamentali, gli Stati «dovrebbero comunque garantire forme alternative di protezione». Forse la Corte, non utilizzando

il condizionale, avrebbe meglio ribadito il carattere imperativo di alcune disposizioni⁵³.

In conclusione, sia le eccezioni al divieto di *refoulement*, contemplate dall'art. 21 della Direttiva, che le cause di esclusione dallo *status* di protezione, previste dal regime unico, devono essere interpretate in senso evolutivo, in linea con quanto indicato dalla Corte europea dei diritti dell'uomo in merito all'art. 3 della CEDU e in maniera conforme al richiamato principio di umanità.

9. *Lo status di protezione sussidiaria*

Come si è già detto, la Direttiva, oltre a disciplinare il regime unico di protezione internazionale, contiene specifiche disposizioni sullo status di rifugiato e su quello di protezione sussidiaria. Con riferimento al primo ovviamente le disposizioni della Direttiva devono essere interpretate e applicate in conformità con quanto previsto dalla Convenzione di Ginevra del 1951. Tuttavia la Direttiva si preoccupa di definire, sviluppando anche alcuni elementi della fattispecie prevista dall'art. 1 A) della citata Convenzione, sia cosa debba intendersi per “atti di persecuzione”, e sia le nozioni da prendere in considerazione per accertare i “motivi di persecuzione”, come il termine “razza”, “religione”, “nazionalità”, “gruppo” e “membro dello stesso”. Tuttavia queste definizioni non possono avere un carattere assoluto, potendo sempre sussistere delle situazioni non comprese nelle categorie ivi enunciate.

Con riferimento alla protezione sussidiaria, la Direttiva, al suo art. 2, definisce chi possa essere legittimato a beneficiare del relativo *status*: e cioè il cittadino di un Paese terzo che non possiede i requisiti per essere riconosciuto come rifugiato ma «nei cui confronti sussistono fondati motivi» che «se ritornasse nel paese di origine» o, in caso di un apolide, «di dimora abituale», «correrebbe un rischio effettivo di subire un danno grave».

⁵³ Così la Corte di giustizia dell'UE nella sentenza resa nel caso *Germania c. B. e D.*, cit. *supra* nota 41.

L'art. 15 della Direttiva chiarisce cosa debba intendersi per danno grave, tale da giustificare una protezione sussidiaria. Qui non vi è alcun riferimento alla commissione di specifici atti o l'indicazione dei motivi di persecuzione, come invece avviene per la concessione dello *status* di rifugiato.

La definizione di danno grave appare di certo limitata in quanto sembra prevedere una soglia molto alta per la sua applicazione (pena di morte, tortura, pena o trattamento inumani o degradanti). Tuttavia, è importante sottolineare come la lettera C) dello stesso articolo preveda che debba considerarsi danno grave «la minaccia grave e individuale alla vita o alla persona di un civile derivante dalla violenza indiscriminata in situazioni di conflitto armato interno o internazionale». Questa formula poco chiara è ovviamente il frutto di un compromesso, in quanto è stato eliminato qualsiasi riferimento a situazioni in cui vi siano violazioni sistematiche e generalizzate dei diritti umani. Comunque la stessa formula permette un'interpretazione estensiva, delineando un campo di applicazione del citato art. 15 più ampio dell'art. 3 della CEDU⁵⁴.

Così, secondo la Corte di giustizia, anche se la minaccia deve sempre considerarsi grave e individuale, il rischio soggettivo, in via eccezionale, non deve essere provato dal richiedente la protezione, qualora vi sia un grado di violenza indiscriminata che caratterizza un conflitto così elevato che una persona rientrando nel Paese «correrebbe per la sola sua presenza sul territorio un rischio effettivo di subire detta minaccia»⁵⁵. Come si vede, in alcune circostanze che la Corte qualifica come eccezionali, non vi dovrebbe essere alcun onere della prova a carico di colui che richiede una protezione sussidiaria.

Da ultimo possiamo notare come, in linea generale, i casi di esclusione dalla protezione sussidiaria previsti dall'art. 17 della Direttiva ricalcano quelli previsti dall'art 1, lettera F) della Convenzione di Ginevra per lo *status* di rifugiato. Tuttavia il citato art. 17 estende il suo

⁵⁴ Su questo aspetto vedi A. ADINOLFI, *Riconoscimento dello status di rifugiato e della protezione sussidiaria: verso un sistema comune europeo?*, in *RDI*, 2009, p. 685.

⁵⁵ Così la sentenza resa il 17 febbraio 2009 (caso C-465/07), par. 43. Sulla definizione sviluppata dalla Corte, vedi R. LA ROSA, *La politica di asilo: da settore di comune interesse a sistema europeo integrato*, in L. PANELLA, E. SPATAFORA (a cura di), *Studi in onore di Claudio Zanghi*, III, Torino, 2012, p. 653.

campo di applicazione anche alle persone che «istigano o altrimenti concorrono» alla commissione dei reati o degli atti ivi previsti. In queste specifiche ipotesi non ci sembra che gli Stati membri possano avvalersi di quanto previsto dall'art. 3 della Direttiva per introdurre o mantenere in vigore disposizioni meno restrittive di quelle previste dall'art. 17, per accordare la protezione sussidiaria. E questo in quanto il citato art. 3 non consente l'adozione o il mantenimento di disposizioni più favorevoli che siano incompatibili con quelle della Direttiva⁵⁶. Inoltre, l'art 17, lettera D) esclude dalla protezione sussidiaria la persona che «rappresenti un pericolo per la comunità o la sicurezza dello Stato in cui si trova». Parimenti viene escluso, ai sensi del successivo punto 3 dello stesso articolo, la persona che abbia, prima di essere ammesso in un determinato Stato «commesso uno o più reati che sarebbero punibili con la reclusione se fossero stati perpetrati» in quest'ultimo Stato e se abbia lasciato il Paese di origine soltanto al fine di evitare le relative sanzioni.

Ci sembra che alcune disposizioni della Direttiva abbiano un contenuto abbastanza generico e impreciso e si possano così prestare a diverse interpretazioni, non in linea con il disposto dell'art. 78 del TFUE. Questo articolo, lo ricordiamo, mira a garantire, in ogni circostanza, una protezione appropriata e il rispetto assoluto del principio di *non refoulement*. E a tal fine, ancora una volta, ricordiamo quanto sia importante interpretare tutta la legislazione secondaria europea attualmente in vigore, e quella che sarà emanata in futuro per disciplinare la stessa materia, alla luce del richiamato principio di umanità.

⁵⁶ Tuttavia occorre sempre ricordare che in materia strettamente umanitaria, materia che non rientra nell'ambito di applicazione della Direttiva, gli Stati membri sono sempre liberi di legiferare e di prevedere forme di protezione ulteriori a favore di individui a cui non può essere accordata la protezione sussidiaria prevista dalla stessa Direttiva.

L'INCERTO STATUTO DEI PARTITI POLITICI EUROPEI

Ivan Ingravallo

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *Cenni introduttivi sull'evoluzione della disciplina giuridica dei partiti politici europei.* – 3. *La modifica dello statuto dei partiti introdotta dal regolamento 1141/2014.* – 4. *L'irrisolta questione della democrazia interna ai partiti.* – 5. *La personalità giuridica europea dei partiti: problemi aperti.* – 6. *La procedura di finanziamento.* – 7. *La procedura di registrazione. Il ruolo della futura Autorità.* – 8. *Segue: le procedure sanzionatorie nei confronti dei partiti politici europei.* – 9. *Il controllo giudiziario sugli atti dell'Autorità.* – 10. *Osservazioni conclusive.*

1. Premessa

Nella quinta edizione del manuale di “diritto comunitario” il Prof. Ferrari Bravo, con il realismo (e la franchezza) che hanno caratterizzato la sua produzione scientifica, rilevava, con riferimento alle alterne fortune del c.d. Trattato costituzionale del 2004, che quella «dell'Unione europea è una situazione in definitiva mobile nella quale elementi di federalismo si contrappongono a spunti negativi. Ma all'indagine scientifica non resta che prenderne atto». Aggiungendo, poche righe dopo, che lo studio di taluni aspetti di questo diritto «è dunque analogo a quello del diritto costituzionale e necessita del supporto di metodi e categorie che sono proprie del diritto costituzionale. Il fatto che sia praticato da internazionalisti dipende dalla circostanza che inizialmente il fenomeno comunitario era un fenomeno internazionalistico e in parte lo resta tuttora»¹. Questa affermazione, del tutto condivisibile e che mette in luce con chiarezza un profilo sul quale altri hanno svolto approfondite riflessioni, alle quali si rinvia², risulta confermata nel momento in cui

¹ L. FERRARI BRAVO, *Diritto comunitario*, Napoli, 2006, V ed., p. 72.

² V. per tutti lo scritto di U. VILLANI, *Il diritto dell'Unione Europea è ancora materia per internazionalisti?*, in *CI*, 2011, p. 553 ss. Nonché il meritorio e

si affrontano le molteplici tematiche connesse alla democrazia nell'ambito dell'Unione europea.

Il presente contributo intende approfondire una di queste tematiche, rappresentata dal ruolo e dalle caratteristiche dei partiti politici "europei" (o, come afferma il TFUE, "a livello europeo"). L'occasione è offerta dalla recente approvazione del regolamento (UE, Euratom) n. 1141/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee, che induce ad occuparsi di questi soggetti, che stanno progressivamente acquisendo un ruolo significativo anche nell'ordinamento dell'Unione europea, contribuendo a rafforzarne la dimensione democratica³. Il presente contributo esamina il contenuto del reg. 1141/2014, mettendo in luce i punti di forza e di debolezza della disciplina relativa ai partiti politici europei⁴.

2. Cenni introduttivi sull'evoluzione della disciplina giuridica dei partiti politici europei

Il riferimento ai partiti politici nell'ambito dell'Unione europea, introdotto con il Trattato di Maastricht del 1992, si è accresciuto con i successivi Trattati di riforma. Il rilievo di questi enti emerge dall'art. 10 TUE che, come noto, riconosce che l'UE è fondata sulla democrazia rappresentativa – diretta (attraverso il Parlamento europeo) e indiretta

approfondito studio di G. CAGGIANO, *La dottrina italiana nella fase costituente sull'ordinamento giuridico comunitario*, in *St. Int. Eur.*, 2013, p. 441 ss.

³ La bibliografia, non solo giuridica, ma anche politologica e sociologica, sui partiti politici europei è assai numerosa, in Italia e all'estero. Con riferimento ai contributi più recenti di studiosi del diritto europeo, ci limitiamo a rinviare, anche per ulteriori riferimenti, alla voce di O. PORCHIA, *Partiti politici europei*, in *Enc. Dir., Annali*, VII, 2014, p. 795 ss.

⁴ Per primi commenti sul reg. 1141/2014 v. M. R. ALLEGRI, *Il nuovo regolamento sullo statuto e sul finanziamento dei partiti politici europei: una conclusione a effetto ritardato*, in www.osservatorioaic.it, maggio 2014 (riprodotto, in buona parte, in M. MASCIA (a cura di), *Verso un sistema partitico europeo transnazionale*, Bari, 2014, p. 63 ss.); L. D'ETTORRE, *I partiti politici europei: una ricostruzione del quadro normativo*, in *CI*, 2015, p. 83 ss.

(attraverso la partecipazione dei rappresentanti dei governi nazionali al Consiglio europeo e al Consiglio) –, ma dà rilievo anche alla democrazia partecipativa, ossia al diritto dei cittadini al coinvolgimento nella vita democratica dell'Unione⁵. Ai nostri fini rileva il par. 4 dell'art. 10, secondo il quale i partiti politici a livello europeo «contribuiscono a formare una coscienza politica europea e ad esprimere la volontà dei cittadini dell'Unione»⁶. La collocazione del riferimento ai partiti in fondo a questa disposizione ne evidenzia il ruolo di “legame” tra le due dimensioni della democrazia poc'anzi ricordate, in quanto i partiti costituiscono uno strumento di partecipazione dei cittadini alle scelte politiche, ma anche un elemento imprescindibile – pur nella diversità delle forme e dei modi che contraddistinguono i diversi sistemi elettorali statali – per il funzionamento della democrazia rappresentativa.

Mentre l'art. 10, par. 4, indica il ruolo dei partiti politici a livello europeo, è l'art. 224 TFUE, confermando una scelta operata con il Trattato di Nizza del 2001, ad attribuire all'Unione europea la competenza a disciplinare lo statuto di tali enti. Questo articolo, infatti, assegna a Parlamento e Consiglio il compito di «determinare lo statuto dei partiti politici a livello europeo [...], in particolare le norme relative al loro finanziamento»⁷. A seguito della riforma di Nizza le due istituzioni approvarono il regolamento (CE) n. 2004/2003, del 4 novembre 2003, relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici a livello europeo. Questo è stato in seguito modificato e integrato dal regolamento (CE) n. 1524/2007 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 18 dicembre 2007⁸, che ha anche disciplinato le fondazioni politiche a livello

⁵ In tema v., *ex multis*, P. PIRODDI, *Il Parlamento europeo nel Trattato di Lisbona tra democrazia rappresentativa e democrazia partecipativa*, in *Riv. Ital. Dir. Pubbl. Comunitario*, 2011, p. 801 ss.; M. STARITA, *I principi democratici nel diritto dell'Unione europea*, Torino, 2011.

⁶ Il medesimo concetto è ripreso anche nell'art. 12, par. 2, della Carta dei diritti fondamentali, secondo il quale i partiti politici a livello UE «contribuiscono a esprimere la volontà politica dei cittadini dell'Unione».

⁷ Per un commento aggiornato sia consentito il rinvio a G. CARELLA, I. INGRAVALLO, *Art. 224*, in A. TIZZANO (a cura di), *Trattati dell'Unione europea*, Milano, 2014, II ed., p. 1850 ss.

⁸ Tra i numerosi contributi dedicati alla disciplina giuridica dei partiti politici a livello europeo, prima della riforma del 2014, v. G. GRASSO, *Partiti politici europei*, in

europeo, non menzionate nei Trattati e che hanno un ruolo ancillare rispetto ai partiti politici⁹.

Il reg. 2004/2003 è stato abrogato dal recente reg. 1141/2014, approvato con procedura legislativa ordinaria ai sensi dell'art. 224 TFUE. Il passaggio dal vecchio al nuovo sistema sarà però graduale, poiché la disciplina del reg. 1141/2014 diverrà effettiva solo il 1° gennaio 2017 (art. 41), lasciando così agli Stati membri un periodo di tempo sufficiente per garantirne la corretta ed efficace applicazione (44° ‘considerando’).

Il reg. 1141/2014 trova origine nella proposta formulata dalla Commissione europea nel settembre 2012¹⁰, anche a seguito della sollecitazione avanzata dal Parlamento europeo il 6 aprile 2011¹¹. La Commissione avrebbe voluto che il nuovo regolamento fosse approvato prima

Dig. Disc. Pubbl., Agg., III, 2, 2008, p. 613 ss.; F. SEATZU, La nuova disciplina giuridica sul finanziamento dei “partiti politici a livello europeo”, in St. Int. Eur., 2008, p. 575 ss.; A. CIANCIO, I partiti politici europei e il processo di democratizzazione dell'Europa, Online Working Paper 2009/11, aprile 2009, www.lex.unict.it; B. DONNELLY, M. JOPP, European Political Parties and Democracy in the EU, in G. BONVICINI (ed.), Democracy in the EU and the Role of the European Parliament, Roma, 2009, p. 23 ss.; I. INGRAVALLO, Democrazia rappresentativa e ruolo dei partiti politici a livello europeo dopo Lisbona, in Il Trattato di Lisbona. Due anni d'applicazione, Atti della Giornata di studio in ricordo di Francesco Caruso, Napoli, 2013, p. 127 ss.

⁹ Nel presente contributo non ci occuperemo delle fondazioni politiche europee. Ci limitiamo ad osservare che il reg. 1141/2014 ha sostanzialmente confermato, con riferimento a tali enti, la disciplina in precedenza introdotta dal reg. 1524/2007, in base alla quale una fondazione politica europea presuppone l'esistenza di un partito politico europeo, cui deve essere formalmente collegata, pur garantendo la separazione tra le rispettive strutture direttive e di gestione.

¹⁰ Cfr. la proposta di regolamento del Parlamento europeo e del Consiglio relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee, COM(2012) 499 def., del 12 settembre 2012.

¹¹ Cfr. il punto 12 della risoluzione sull'applicazione del regolamento (CE) n. 2004/2003 relativo allo statuto e al finanziamento dei partiti politici a livello europeo, doc. P7_TA(2011)0143, del 6 aprile 2011, in cui il Parlamento europeo chiese alla Commissione «di proporre un progetto di statuto dei partiti politici a livello europeo, conformemente all'articolo 225 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea». Questa risoluzione fu adottata sulla base della relazione presentata dalla Commissione per gli affari costituzionali del Parlamento (doc. A7-0062/2011, del 18 marzo 2011), nota come “relazione Giannakou”, dal nome della sua relatrice.

delle elezioni parlamentari europee del 22-25 maggio 2014, ma così non è stato. Infatti, a seguito del “trilogo” informale tra Parlamento, Commissione e Consiglio, il reg. 1141/2014 è stato adottato in prima lettura dal Parlamento europeo solo il 16 aprile 2014, con una larga maggioranza¹², e ha ricevuto l’approvazione del Consiglio (Affari generali) il 29 settembre successivo (con il voto contrario di Paesi Bassi e Regno Unito e l’astensione del Belgio)¹³.

3. La modifica dello statuto dei partiti introdotta dal regolamento 1141/2014

Il raffronto tra la disciplina del reg. 1141/2014 e quella del precedente reg. 2004/2003 mostra un dato di fondo. Mentre il regolamento del 2003 era rivolto prevalentemente al circoscritto profilo del finanziamento dei partiti (e, dopo la riforma del 2007, delle fondazioni politiche europee), quello del 2014 intende disciplinare in modo più completo il loro statuto. È poi interessante rilevare che il regolamento del 2014, a differenza di quello precedente ed innovando anche rispetto a quanto dispongono le richiamate norme dei Trattati europei (art. 10 TUE e art. 224 TFUE), parla di partiti politici “europei”, aggettivo che prende il posto della precedente espressione “a livello europeo” (o di quella, del tutto affine, “a livello di Unione europea”).

Il reg. 1141/2014 ha una duplice finalità. In primo luogo, intende incoraggiare la formazione ed il consolidamento di partiti politici europei “autenticamente transnazionali” (4° ‘considerando’), considerati uno strumento utile a far partecipare pienamente i cittadini europei alla vita democratica dell’Unione (3° ‘considerando’). In secondo luogo, esso è rivolto a promuovere la “convergenza organizzativa” tra i partiti politici europei, secondo un modello comune tendenzialmente uniforme.

¹² Cfr. doc. P7_TA(2014)0421, Statuto e finanziamento dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee, approvato con 539 voti favorevoli, 103 contrari e 20 astensioni.

¹³ Cfr. il comunicato stampa ST 13652/14. Le dichiarazioni degli Stati membri in merito all’adozione del reg. 1141/2014 sono contenute nel doc. 13274/14 ADD 1 REV 1, del 24 settembre 2014.

È noto che i partiti politici europei storicamente si configurano come alleanze di partiti nazionali, piuttosto che quali organizzazioni di individui. L'art. 2 reg. 1141/2014 conferma tale prassi, laddove fornisce le nozioni di "partito politico" (un'associazione di cittadini che persegue obiettivi politici ed è riconosciuta o istituita conformemente all'ordinamento giuridico di almeno uno Stato membro), "alleanza politica" (la cooperazione strutturata tra partiti politici e/o cittadini) e "partito politico europeo" (un'alleanza politica che persegue obiettivi politici ed è registrata a livello europeo, secondo modalità sulle quali torneremo tra poco). Peraltro, lascia perplesso il riferimento, nell'art. 31 reg. 1141/2014, al fatto che i partiti politici europei, nel contesto delle elezioni parlamentari europee, «possono adottare tutti i provvedimenti adeguati per informare i cittadini dell'Unione dei collegamenti esistenti» tra essi e i partiti politici e i candidati nazionali. Considerato il legame tra partiti nazionali e partiti europei, ci sembra poco condivisibile prevedere una semplice facoltà, e non un obbligo, di informazione nei confronti dei cittadini.

L'elemento che, in base all'art. 2 del reg. 1141/2014, contraddistingue un partito politico europeo rispetto ad un'alleanza politica è dato dalla sua registrazione. Vedremo che il regolamento del 2014 ha, tra le altre cose, modificato il meccanismo di registrazione dei partiti, sottraendo tale competenza al Parlamento europeo e attribuendola ad un'apposita istituenda Autorità *ad hoc* (*infra*, par. 7).

Il capo II reg. 1141/2014 (articoli 3-11) è dedicato allo statuto dei partiti politici europei e delle fondazioni politiche europee. L'art. 3, riprendendo quanto previsto nel regolamento del 2003, indica i requisiti che legittimano un'alleanza politica a chiedere la registrazione quale partito politico europeo: avere la sede in uno Stato membro; essere rappresentata in almeno un quarto degli Stati membri all'interno del Parlamento europeo, dei parlamenti nazionali o dei parlamenti o assemblee regionali (definiti dall'art. 2, punto 5, del regolamento come enti «i cui membri sono titolari di un mandato elettorale regionale o sono politicamente responsabili dinanzi a un'assemblea elettiva») o, in alternativa, aver ricevuto, in almeno un quarto degli Stati UE, il 3% dei voti in

ognuno di tali Stati alle più recenti elezioni europee¹⁴; rispettare i valori dell'Unione previsti dall'art. 2 TUE; aver partecipato alle elezioni europee o aver espresso pubblicamente l'intenzione di parteciparvi; non perseguire scopi di lucro.

Come evidente, non si tratta di requisiti particolarmente severi per l'esistenza di un partito politico europeo. In base a questi, infatti, può essere registrato quale partito politico europeo anche quello cui non aderisce alcun parlamentare europeo, ma solo parlamentari nazionali o rappresentanti eletti nelle assemblee regionali di sette Stati membri, a condizione che esso abbia partecipato alle elezioni europee o ne abbia espresso l'intenzione. Tale circostanza non deve sorprendere, considerato che, come già ricordato, il legislatore europeo intende favorire la creazione di partiti politici europei. Ciò emerge anche dall'art. 9, par. 2, reg. 1141/2014, laddove è prevista una presunzione nel senso della sussistenza, in capo al partito richiedente, delle condizioni utili alla sua registrazione quale partito politico europeo, salvo che l'Autorità a ciò deputata (su cui v. *infra*) non decida in senso diverso. Come vedremo, peraltro, solo il partito politico europeo cui aderisce almeno un deputato al Parlamento europeo può accedere ai finanziamenti dell'Unione.

Tra i requisiti per l'esistenza di un partito politico europeo non vi è il suo carattere filo-europeo. Il regolamento del 2014, confermando quanto già previsto in quello del 2003, chiede che il partito, «in particolare nel suo programma e nella sua azione», rispetti i valori sui quali l'UE è fondata, ma non che sia favorevole all'esistenza dell'Unione. È registrabile, quindi, e può accedere al finanziamento, anche un partito politico europeo contrario all'integrazione europea, a condizione che rispetti i valori di cui all'art. 2 TUE. Una diversa opinione, oltre a contrastare con i principi della libertà di espressione e di associazione, di cui questi regolamenti sono espressione, sembra altresì smentita dalla circostanza che il Trattato di Lisbona ha eliminato dall'art. 10, par. 4, TUE il riferimento al ruolo dei partiti politici a livello europeo quali

¹⁴ Come rilevato in altra sede, si tratta di una disposizione rivolta a non considerare decisiva, ai fini del riconoscimento di un partito politico europeo, la presenza di eventuali soglie di sbarramento superiori al 3% previste dalla legislazione di taluni Stati membri relativa alle elezioni parlamentari europee; così G. CARELLA, I. INGRAVALLO, *op. cit.*, p. 1851.

«fattori per l'integrazione in seno all'Unione», che in passato invece apriva l'art. 191 TCE. La scelta di modificare questa disposizione, eliminando tale inciso, fu fatta durante i lavori della Convenzione che predispose il Trattato costituzionale, ed è stata in seguito confermata nel Trattato di Lisbona, per «evitare [...] testi che abbiano una connotazione valutativa»¹⁵.

4. *L'irrisolta questione della democrazia interna ai partiti*

L'art. 4 reg. 1141/2014 è dedicato alla *governance* dei partiti politici europei e indica le regole che il loro statuto deve rispettare al fine di ottenere la registrazione a livello di Unione europea¹⁶. Al riguardo, il nuovo regolamento costituisce un'occasione mancata per introdurre nella disciplina relativa ai partiti politici europei delle regole incisive sulla democrazia interna.

Il Parlamento europeo, nella citata risoluzione del 6 aprile 2011, sottolineò la «necessità che tutti i partiti politici a livello europeo si conformino alle norme più rigorose di democrazia interna» (par. 5). Tale sollecitazione fu accolta dalla Commissione che, nella sua proposta di riforma del regolamento del 2003, incluse tra i criteri per la registrazione dei partiti politici europei anche la presenza nel loro statuto, oltre a regole di tipo organizzativo-strutturale (sede, nome, logo, programma politico, disposizioni sull'organizzazione interna, ecc.: art. 4, par. 1), di disposizioni sulla democrazia interna. La proposta faceva riferimento, in particolare: ai diritti e doveri connessi con tutti i tipi di partecipazione – «comprese le norme che garantiscono il diritto di rappresentanza di tutti i membri» –; al «funzionamento di un'assemblea generale, in cui dev'essere garantita la rappresentanza di tutti i membri»; «[al]l'elezione democratica di tutti gli altri organi direttivi e [a]i loro processi decisionali democratici».

¹⁵ Cfr. doc. CONV 724/03, del 26 maggio 2003, predisposto dal *Praesidium* della Convenzione, p. 111.

¹⁶ Ai sensi dell'art. 8, par. 2, lett. b), infatti, lo statuto è uno dei documenti che un'alleanza politica deve presentare per ottenere la registrazione quale partito politico europeo.

Nel reg. 1141/2014 questa parte è stata invece ridimensionata e, a proposito dell'“organizzazione interna” (non più della “democrazia interna”) del partito, l'art. 4, par. 2, si limita ad una generica richiesta affinché lo statuto disciplini almeno «i poteri, le responsabilità e la composizione dei suoi organi direttivi, specificando per ciascuno di essi i criteri di selezione dei candidati e le modalità della loro nomina e della loro revoca dall'incarico». Lo stesso paragrafo prevede che le disposizioni sull'organizzazione interna del partito si occupino almeno dei seguenti ulteriori profili: modalità di ammissione, dimissioni, esclusione dei membri ed elenco dei partiti che ne fanno parte; diritti e doveri dei partecipanti e loro diritti di voto; regole sui processi decisionali interni; regole sulla trasparenza; procedura interna di modifica dello statuto.

Mentre la proposta della Commissione avrebbe fatto compiere un indubbio salto di qualità ai partiti politici europei, sotto il profilo della loro democrazia interna, le regole infine accolte nel reg. 1141/2014 sono poco incisive a tal riguardo. Né appare possibile invocare, in senso diverso, il valore della democrazia *ex art. 2 TUE*, che i partiti politici devono rispettare. Occorre infatti tener conto della poc'anzi ricordata volontà politica espressa dal legislatore europeo di elidere dal reg. 1141/2014 il riferimento alla democrazia interna avanzato dalla Commissione nella sua proposta di atto. Né si può forzare il dato normativo: l'art. 2 TUE indica i valori su cui l'Unione è fondata, inserendo tra questi anche la democrazia, ma non pare corretto riferire questo valore alla democrazia interna ai partiti politici europei, né alle loro modalità di funzionamento.

È interessante rilevare come, invece, la recente disciplina italiana sui partiti politici, introdotta dapprima con la l. 96/2012¹⁷, in seguito superata dal d.l. 149/2013, convertito in l. 13/2014¹⁸, prevede che i partiti

¹⁷ L. 6 luglio 2012, n. 96, “Norme in materia di riduzione dei contributi pubblici in favore dei partiti e dei movimenti politici, nonché misure per garantire la trasparenza e i controlli dei rendiconti dei medesimi. Delega al Governo per l'adozione di un testo unico delle leggi concernenti il finanziamento dei partiti e dei movimenti politici e per l'armonizzazione del regime relativo alle detrazioni fiscali”.

¹⁸ D.l. 28 dicembre 2013, n. 149, “Abolizione del finanziamento pubblico diretto, disposizioni per la trasparenza e la democraticità dei partiti e disciplina della

politici che vogliono avvalersi di donazioni e benefici fiscali debbano registrarsi e dotarsi di uno statuto, redatto nella forma dell'atto pubblico. Il partito ottiene la registrazione solo se il suo statuto rispetta determinate regole di democrazia interna¹⁹, oltre che di trasparenza, il che rende la normativa italiana più rigorosa, sotto il profilo della democrazia interna ai partiti, di quella posta dal reg. 1141/2014²⁰.

5. *La personalità giuridica europea dei partiti: problemi aperti*

Come accennato, il reg. 1141/2014 stabilisce la nuova procedura di registrazione che un'alleanza politica deve seguire al fine di ottenere il riconoscimento quale partito politico europeo. Prima di soffermarci su questa procedura, rileviamo che il regolamento del 2014, innovando rispetto a quello del 2003²¹, connette alla registrazione un'ulteriore conseguenza, ossia l'attribuzione al partito (e alla fondazione politica ad esso collegata) della personalità giuridica europea (art. 12)²².

contribuzione volontaria e della contribuzione indiretta in loro favore". Il decreto è stato convertito, con modifiche, con la l. 21 febbraio 2014, n. 13.

¹⁹ Cfr. l'art. 3 del d.l. 149/2013, così come convertito con la l. 13/2014. In tema v. le osservazioni di G. PIEPOLI, *La democrazia nei partiti. La disciplina del partito come struttura associativa*, in N. LIPARI (a cura di), *Partiti politici e ordinamento giuridico, in ricordo di Francesco Galgano*, Napoli, 2015, p. 107 ss.

²⁰ Per un primo commento v. G. SAVOIA, *Democrazia interna ai partiti in Italia e nell'Unione europea: discipline a confronto*, in *federalismi.it*, 2014, n. 6. Per un'ampia analisi della questione, prima delle menzionate modifiche legislative, si rinvia a G. GRASSO, *Democrazia interna e partiti politici a livello europeo: qualche termine di raffronto per l'Italia?*, in *Pol. Dir.*, 2010, p. 609 ss.

²¹ Nella vigenza del precedente reg. 2004/2003, che inseriva tra le condizioni per l'esistenza di un partito politico a livello europeo il possesso della personalità giuridica nello Stato membro della sede (art. 3, par. 1, lett. a), i partiti politici a livello europeo sono stati costituiti, di regola, quali associazioni culturali senza scopo di lucro, in base al titolo III della legge belga del 27 giugno 1921 sulle associazioni senza fine di lucro, le associazioni internazionali senza fine di lucro e le fondazioni, avendo collocato in gran parte la propria sede legale a Bruxelles.

²² Come già segnalato, il Regno Unito ha votato contro l'adozione del reg. 1141/2014, affermando, tra l'altro, che l'introduzione della personalità giuridica europea è «del tutto superflua»; cfr. doc. 13274/14 ADD 1 REV 1.

Si tratta di una questione controversa, considerato che negli Stati membri vigono regole non uniformi, sia in merito alla registrazione, sia alla personalità giuridica dei partiti politici. Negli ordinamenti degli Stati UE, infatti, si contrappongono due orientamenti differenti: alcuni disciplinano la questione, anche in modo dettagliato, altri invece non se ne occupano, o se ne occupano in modo assai limitato²³. Il reg. 1141/2014 non annulla le differenze tra le legislazioni nazionali in questa materia ma, a livello di normativa europea, oltre ad aggiornare la procedura di registrazione per i partiti politici europei, riconnette ad essa l'attribuzione della personalità giuridica europea.

In virtù dell'art. 13 del regolamento, la personalità giuridica europea attribuisce ai partiti politici europei il godimento del riconoscimento giuridico e della capacità giuridica in tutti gli Stati membri. Questo riconoscimento non fa venir meno l'applicazione delle diverse discipline nazionali relative ai partiti politici²⁴. Il reg. 1141/2014, al riguardo, dispone che un partito politico (e una fondazione) europeo deve rispettare, oltre alla disciplina in esso prevista, anche ulteriori requisiti aggiuntivi stabiliti dalla legislazione dello Stato membro in cui il partito ha la sede, sempre che non contrastino con quelli posti dal regolamento, nonché le eventuali ulteriori regole contenute nel suo statuto (art. 14). E abbiamo poc'anzi considerato che, sotto il profilo della democrazia interna ai partiti, le recenti riforme legislative italiane (l. 96/2012, così

²³ V. le considerazioni di D.P. PETRALIA, *La personalità giuridica dei partiti politici europei: un passo avanti nella direzione della democrazia rappresentativa? I differenti approcci nazionali al tema*, in www.ratioiuris.it, 31 gennaio 2014.

²⁴ Al riguardo si segnala l'osservazione critica, rispetto alla proposta di regolamento avanzata dalla Commissione europea nel settembre 2012, espressa dalle commissioni riunite I e XIV della Camera dei Deputati, nella seduta del 20 dicembre 2012, le quali, pur esprimendo nel complesso una valutazione positiva, segnalavano: «andrebbe precisato se il riconoscimento di tale personalità, posto che allo stato non esiste nell'ordinamento europeo una disciplina della persona giuridica, conferisca ai partiti una soggettività giuridica specifica ed omogenea in tutto il territorio dell'Unione, ovvero se essa debba intendersi nel senso che i medesimi partiti abbiano personalità giuridica in ciascuno degli Stati membri secondo le condizioni ed i limiti posti dai rispettivi ordinamenti» (doc. XVIII, n. 69). Cfr. anche la valutazione positiva contenuta nella risoluzione approvata dalla XIV commissione del Senato della Repubblica il 18 dicembre 2012 (doc. XVIII-bis, n. 93).

come modificata dal d.l. 149/2013, convertito con l. 13/2014) hanno previsto una disciplina più stringente che, almeno sotto questo profilo, per i partiti politici europei aventi sede in Italia, andrà ad integrare quella posta dal reg. 1141/2014.

La scelta di non annullare la differenza normativa che caratterizza le legislazioni degli Stati membri in questa materia trova conferma nell'art. 15, par. 3, del regolamento del 2014, secondo il quale se un partito possiede personalità giuridica in base alle regole dello Stato membro in cui ha la sede, questa è "convertita" in personalità giuridica europea. Ma il possesso della personalità giuridica di diritto interno non è un requisito al fine dell'ottenimento della personalità giuridica di diritto europeo. Potremo quindi avere un partito che, pur non possedendo la prima in base alla legislazione dello Stato membro in cui è costituito, ottenga invece la seconda, in quanto partito politico europeo, in virtù di quanto stabilito dal reg. 1141/2014. Sarebbe allora possibile, anche se paradossale, che un partito politico costituito secondo le regole italiane e non avente personalità giuridica in Italia²⁵, qualora fosse riconosciuto quale partito politico europeo in conformità con il reg. 1141/2014, acquisterebbe personalità giuridica europea e, in conseguenza di ciò, capacità giuridica anche in Italia.

6. *La procedura di finanziamento*

Il capo IV del regolamento del 2014 (articoli 17-22) si occupa del finanziamento di partiti e fondazioni europee, che come già ricordato costituì sin dall'inizio l'obiettivo principale che portò all'introduzione nei Trattati di una base giuridica che consentisse alle istituzioni europee di disciplinare i partiti politici a livello UE²⁶. Sotto il profilo delle con-

²⁵ Ad esempio, in Italia i partiti continuano ad essere, anche dopo le recenti modifiche legislative, "libere associazioni" non riconosciute (cfr. l'art. 2 del d.l. 149/2013).

²⁶ La prassi di funzionamento del reg. 2004/2003 mostra un andamento in leggera crescita del numero dei partiti ammessi al finanziamento, che è progressivamente salito fino a tredici. I dati aggiornati delle sovvenzioni (novembre 2014), consultabili sul sito web del Parlamento europeo, indicano importi oscillanti tra un massimo di circa 9,5

dizioni di accesso dei partiti (e delle fondazioni ad essi collegate) ai contributi a carico del bilancio generale dell'Unione europea e dei criteri di distribuzione dei finanziamenti, il nuovo regolamento conferma in buona misura la disciplina prevista dal precedente reg. 2004/2003, così come riformata nel 2007, ma limita l'accesso ai finanziamenti ai soli partiti che abbiano almeno un rappresentante nel Parlamento europeo (art. 19)²⁷.

Rispetto al regolamento del 2003, cambia la modalità di accesso al finanziamento, poiché non è più prevista la presentazione di una domanda annuale, ma essa segue ad un invito a presentare domande di contributi²⁸, secondo le modalità e alle condizioni rese note dall'ordinatore del Parlamento europeo (articoli 17 e 18)²⁹. Il regolamento del 2014 conferma, invece, che i finanziamenti a carico del bilancio generale dell'UE non possono superare l'85% dei costi di un partito politico europeo.

In secondo luogo, l'art. 20 reg. 1141/2014 aggiorna le regole (e le soglie) relative alle donazioni finanziarie che persone fisiche e giuridiche possono elargire a favore dei partiti politici europei, stabilendo an-

milioni di euro ad un minimo di poco più di 350 mila euro, per un importo complessivo di circa 27,7 milioni di euro, cui occorre aggiungere i fondi destinati al finanziamento delle fondazioni politiche a livello europeo.

²⁷ I fondi saranno distribuiti nella misura del 15% in parti uguali tra i partiti politici europei, mentre il restante l'85% sarà ripartito in maniera proporzionale rispetto alla quota di parlamentari europei che vi aderiscono.

²⁸ Si segnala che, assieme al reg. 1141/2014, è stato approvato il regolamento (UE, Euratom) n. 1142/2014 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 22 ottobre 2014, che modifica il regolamento (UE, Euratom) n. 966/2012 per quanto concerne il finanziamento dei partiti politici europei. La modifica del regolamento finanziario applicabile al Bilancio generale dell'UE è stata necessaria al fine di adeguarlo a quanto stabilito dal reg. 1141/2014.

²⁹ Secondo l'art. 65, par. 1, del poc'anzi citato regolamento finanziario applicabile al Bilancio generale dell'UE – regolamento (UE, Euratom) n. 966/2012 del Parlamento europeo e del Consiglio, del 25 ottobre 2012, che stabilisce le regole finanziarie applicabili al bilancio generale dell'Unione e che abroga il regolamento (CE, Euratom) n. 1605/2012: «Le funzioni di ordinatore sono esercitate da ogni istituzione». Il successivo art. 66, par. 1, stabilisce: «L'ordinatore è incaricato in ogni istituzione di eseguire le entrate e le spese secondo il principio della sana gestione finanziaria e di garantirne la legittimità e la regolarità».

che delle condivisibili regole di trasparenza in merito ai donatori. I partiti possono accettare donazioni da persone fisiche o giuridiche fino ai 18.000 euro l'anno e ne devono trasmettere l'elenco (con l'indicazione dell'importo) al momento della presentazione del bilancio annuale³⁰. Sono sempre vietate le donazioni anonime, quelle provenienti dal bilancio dei gruppi politici rappresentati nel Parlamento europeo, quelle pubbliche (di uno Stato membro), quelle pubbliche o private (di uno Stato terzo).

Inoltre, è vietato utilizzare i fondi ricevuti per finanziare partiti politici o candidati nazionali, o campagne referendarie (art. 22 del regolamento), ma tra le spese sostenibili con i fondi ricevuti dall'UE rientrano quelle per campagne condotte dai partiti politici europei nel contesto delle elezioni parlamentari europee, novità quest'ultima introdotta dal reg. 1524/2007 e confermata in quello del 2014 (art. 21).

Tra gli obblighi conseguenti al finanziamento, oltre a quello di trasparenza in merito alle donazioni ricevute, rientrano quelli relativi alla presentazione dei bilanci annuali, unitamente ad una relazione di revisione contabile esterna sull'affidabilità dei bilanci, predisposta da organismi o esperti indipendenti, «scelti, incaricati e pagati dal Parlamento europeo» (art. 23).

L'esigenza di garantire la massima trasparenza contraddistingue anche la parte finale del nuovo regolamento, che stabilisce alcune, assai opportune, disposizioni al riguardo, alle quali peraltro si accompagna l'esigenza di protezione dei dati personali (art. 33). L'art. 32 impegna il Parlamento europeo a pubblicare su un apposito sito web, tra l'altro, il nome e lo statuto dei partiti politici europei (e delle fondazioni) registrati e un elenco delle domande che non sono state approvate, unitamente alla pertinente documentazione, una relazione annuale sugli importi da essi ricevuti, i loro bilanci annuali, i nomi dei finanziatori e l'ammontare delle donazioni, le eventuali decisioni sanzionatorie adottate dall'Autorità o dall'ordinatore del Parlamento europeo nei loro confronti (sul punto v. *infra*).

³⁰ Per il rispetto del principio di proporzionalità (cfr. il 34° 'considerando'), il regolamento stabilisce che non sia resa pubblica l'identità dei donatori annui sotto i 1500 euro, né di quelli tra 1500 e 3000 euro, salvo che il donatore autorizzi per iscritto la pubblicazione del proprio nome.

7. La procedura di registrazione. Il ruolo della futura autorità

Come accennato, una rilevante novità introdotta con il reg. 1141/2014 riguarda la procedura di registrazione dei partiti politici (e delle fondazioni politiche) europei. Essa è incentrata sull'Autorità per i partiti politici europei e le fondazioni politiche europee, i cui compiti e la cui struttura sono stabiliti dall'artt. 6 ss. del regolamento. Questa Autorità non era prevista nel reg. 2004/2003, che affidava al Parlamento europeo il compito di verificare le condizioni di esistenza di un partito politico a livello europeo, né nella proposta avanzata dalla Commissione nel settembre 2012, che confermava il precedente sistema di registrazione³¹.

L'Autorità per i partiti politici europei e le fondazioni politiche europee è qualificata dal regolamento come un organismo di diritto UE (16° 'considerando') e dovrà essere istituita entro il 1° settembre 2016, in quanto, come già osservato, il nuovo sistema introdotto dal reg. 1141/2014 diverrà operativo solo nel 2017. Essa sarà ubicata presso il Parlamento europeo e le sue spese saranno a carico del bilancio generale dell'UE (in un titolo *ad hoc* della sezione relativa al Parlamento europeo), ma agirà in maniera indipendente e sarà dotata di personalità giuridica.

L'istituenda Autorità sarà impernata su una figura di vertice, il direttore, nominato per un periodo di cinque anni da Parlamento, Consiglio e Commissione sulla base delle proposte formulate da un comitato di selezione composto dai segretari generali delle tre istituzioni, a seguito di un invito generale a presentare candidature. Il direttore non potrà essere un membro del Parlamento europeo (forse sarebbe stato più opportuno estendere tale divieto anche agli ex parlamentari), non dovrà

³¹ Le modalità di applicazione del reg. 2004/2003 sono state oggetto di una decisione approvata dall'Ufficio di Presidenza del Parlamento europeo il 29 marzo 2004, in seguito più volte modificata, con la quale tale Ufficio assume il compito di adottare l'elenco dei beneficiari e quello di decidere gli importi assegnati, su proposta del Segretario generale del Parlamento europeo. La decisione sulle modalità di applicazione del reg. 2004/2003 dispone inoltre che anche la sospensione o la riduzione della sovvenzione sono decise dall'Ufficio di Presidenza del Parlamento, fermo restando il diritto del soggetto leso di ricorrere alle istituzioni giudiziarie dell'UE.

aver lavorato per un partito politico o una fondazione europea, né avere possibili conflitti di interessi connessi alla funzione da svolgere in seno all'Autorità, dove sarà tenuto ad agire con piena indipendenza³². Il direttore si avvarrà di personale messo a disposizione da una o più istituzioni europee e, secondo il regolamento, tale personale, nell'esercizio delle funzioni presso l'Autorità, agirà esclusivamente sotto l'autorità del suo direttore. Questi avrà, tra l'altro, il compito di presentare a Parlamento, Commissione e Consiglio una relazione annuale sulle attività svolte dal nuovo organismo.

All'istituenda Autorità l'art. 6, par. 1, reg. 1141/2014 attribuisce tre funzioni: costituire e gestire il registro dei partiti politici (e delle fondazioni politiche) europei, verificare periodicamente che permangano le già menzionate condizioni per la registrazione di cui all'art. 3 del regolamento e quelle relative alla *governance* previste dal suo art. 4, nonché adottare eventuali sanzioni nei loro confronti. Il registro dei partiti politici e delle fondazioni politiche europee sarà consultabile, unitamente alla documentazione presentata dai soggetti che chiedono la registrazione, anche attraverso un apposito sito web, al fine di garantire la massima trasparenza. Alla stessa esigenza risponde la previsione in base alla quale le decisioni dell'Autorità in merito alla registrazione o alla revoca di un partito o di una fondazione sono pubblicate sulla Gazzetta ufficiale dell'Unione europea³³.

Appare significativo segnalare che il sistema introdotto in Italia con la l. 96/2012, in seguito modificata dal d.l. 149/2013, convertito con l. 13/2014, segue uno schema simile, poiché affida la registrazione dei partiti politici che vogliono avvalersi di donazioni e benefici fiscali ad un apposito organo indipendente, la Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici, presso il quale questi sono tenuti a registrarsi³⁴. La legislazione italiana

³² Si segnala che Italia, Slovenia e Portogallo, pur votando a favore del reg. 1141/2014, hanno mostrato perplessità sul fatto che l'Autorità sia guidata da un organo monocratico, giudicando tale composizione non «coerente con le decisioni molto delicate che saranno affidate all'Autorità»; cfr. doc. 13274/14 ADD 1 REV 1.

³³ Cfr. articoli 9, par. 4, e 10, par. 5, reg. 1141/2014.

³⁴ Cfr. l'art. 4 del d.l. 149, così come convertito con la l. 13/2014, che abroga l'art. 5 della l. 96/2012. A tale riguardo si segnala la recente adozione della l. 27 ottobre

ha anche introdotto regole simili a quelle europee in materia di trasparenza sulle attività dei partiti politici e di controllo finanziario sui loro bilanci.

8. Segue: *le procedure sanzionatorie nei confronti dei partiti politici europei*

In base al reg. 1141/2014, l'istituenda Autorità avrà anche il potere di procedere alla cancellazione di un partito dal registro. A tal riguardo, invece, l'art. 5 reg. 2004/2003, applicabile fino al 2017, stabilisce che l'esclusione dal finanziamento, conseguente al venir meno delle condizioni poste da quel regolamento, sia decisa dal Parlamento europeo³⁵.

Il reg. 1141/2014 conferma questa procedura di controllo, aggiornandola (art. 10), e ne aggiunge delle altre, che si svolgeranno in modo differente a seconda che ci si trovi in una situazione ordinaria (procedura di controllo ordinaria), ovvero si sia in presenza di una violazione grave e manifesta dei valori di cui all'art. 2 TUE (procedura di controllo *ad hoc*). Il nuovo regolamento, inoltre, prevede l'irrogazione di sanzioni pecuniarie nei confronti del partito (o fondazione) che non rispetti talune sue disposizioni e attribuisce questo potere, oltre che all'Autorità, all'ordinatore del Parlamento europeo. Ad ogni modo, in base all'art. 34 reg. 1141/2014 l'Autorità o l'ordinatore del Parlamento

2015, n. 175, "Modifiche all'articolo 9 della legge 6 luglio 2012, n. 96, concernenti la Commissione di garanzia degli statuti e per la trasparenza e il controllo dei rendiconti dei partiti politici", in merito alla quale v. il condivisibile commento critico di M.R. Allegri, *Statuti dei partiti politici europei e trasparenza delle fonti di finanziamento, fra regole inefficaci, correttivi e proposte di attuazione*, in www.osservatorioaic.it, ottobre 2015.

³⁵ Qualora si tratti di mancato rispetto dei valori/principi UE, il regolamento del 2003 dispone che la decisione sia assunta dopo aver ascoltato i rappresentanti del partito in questione e il parere di un comitato composto da tre personalità indipendenti, nominate rispettivamente dallo stesso Parlamento, dalla Commissione e dal Consiglio. Cfr. anche il regolamento interno del Parlamento (articoli 224-225), che affida alla sua commissione competente, quella per gli affari costituzionali, i compiti istruttori (incontrare i rappresentanti del partito in questione ed esaminare il parere espresso dal comitato di personalità indipendenti).

europeo, prima di adottare una decisione che potrebbe ledere i diritti di un partito politico europeo, così come di un soggetto che chieda la registrazione ai sensi dell'art. 8 dello stesso regolamento, sono tenuti ad ascoltare i loro rappresentanti e a motivare adeguatamente le decisioni assunte.

La procedura ordinaria di cancellazione è conseguenza del ricordato controllo periodico che l'Autorità esercita in relazione al mantenimento, da parte del partito politico, dei requisiti posti dagli articoli 3 e 4, che sono alla base della registrazione. In questo caso l'Autorità, qualora constati il venir meno di uno o più di questi requisiti, comunica la propria decisione al partito (o fondazione) interessato. Questa procedura di cancellazione, secondo quanto dispone l'art. 16, par. 3, del regolamento del 2014, può essere sollecitata dallo Stato membro in cui si trova la sede del partito politico europeo, qualora esso «venga gravemente meno agli obblighi pertinenti derivanti dal diritto nazionale applicabile». In questo caso, lo Stato membro può rivolgere all'Autorità una motivata richiesta di cancellazione dal registro, indicando con precisione ed esaustivamente «le azioni illegali e gli specifici requisiti nazionali che non sono stati osservati» da quel partito.

Diversa, e più articolata, è la procedura di controllo *ad hoc*, che riguarda la violazione “grave e manifesta”, imputabile ad un partito politico europeo, dei valori di cui all'art. 2 TUE³⁶. Questa è avviata da Parlamento, Commissione e Consiglio, di propria iniziativa o su sollecitazione della stessa Autorità e coinvolge un comitato di personalità indipendenti – formato da sei membri, nominati a coppie da Parlamento, Consiglio e Commissione³⁷ –, al quale l'Autorità è tenuta a chiedere un parere sulla violazione grave e manifesta, che deve essere espresso en-

³⁶ In merito si segnala la posizione critica dei Paesi Bassi, che hanno votato contro l'adozione del reg. 1141/2014, esprimendo «forti obiezioni di fondo riguardo alla valutazione dei valori dell'UE nell'ambito della procedura di registrazione e di verifica dei partiti politici europei»; cfr. il citato doc. 13274/14 ADD 1 REV 1.

³⁷ Art. 11 reg. 1141/2014, secondo il quale i membri di questo comitato sono scelti in funzione delle loro qualità personali e professionali e il loro mandato non è rinnovabile. L'articolo stabilisce anche le cause di incompatibilità per coloro che entrano a far parte del comitato e indica i suoi compiti.

tro due mesi³⁸. Tenuto conto di questo parere, l'Autorità, qualora intenda revocare la registrazione del partito politico europeo³⁹, comunica la propria decisione a Parlamento e Consiglio; questa entra in vigore solo se nessuna delle due istituzioni presenti obiezioni al riguardo nei tre mesi successivi. Nella procedura di controllo *ad hoc* in caso di violazione grave e manifesta dei valori di cui all'art. 2 TUE, quindi, le istituzioni politiche, in particolare Consiglio e Parlamento, hanno sia potere di impulso, sia di veto, in considerazione del carattere politico di una valutazione che attiene ai valori dell'Unione. Si segnala, peraltro, che un'obiezione avanzata dal Consiglio o dal Parlamento in merito ad una decisione di cancellazione proposta dall'Autorità può vertere unicamente sull'osservanza dei valori *ex art. 2 TUE* nel programma e nelle attività del partito politico europeo, il che limita la discrezionalità di queste due istituzioni.

Come accennato, un differente tipo di controllo attiene al profilo finanziario. Con riferimento all'utilizzo dei fondi ricevuti e al sistema di sanzioni è, infatti, possibile sia la cancellazione del partito politico europeo dal registro, sia l'irrogazione di sanzioni pecuniarie nei suoi confronti. Questo controllo è disciplinato dal capo V reg. 1141/2014 (articoli 23-30), che include regole alquanto più dettagliate e rigorose di quelle del regolamento del 2003.

Il controllo finanziario è esercitato congiuntamente dall'Autorità, dall'ordinatore del Parlamento europeo e dagli Stati membri. La prima controlla l'osservanza, da parte dei partiti, degli obblighi giuridici previsti dal regolamento, il secondo si occupa degli obblighi relativi al ri-

³⁸ Al fine di esprimere il suo parere, il comitato può chiedere adeguata documentazione, oltre che all'Autorità e al Parlamento europeo, anche ai partiti o alle fondazioni politiche coinvolte e ad ogni altro soggetto interessato. In tale ultima categoria sembra ragionevole ricomprendere anche eventuali organizzazioni non-governative che, specie quando si tratti di valutare comportamenti contrari ai valori di cui all'art. 2 TUE, possono rappresentare un prezioso strumento di informazione.

³⁹ Diverso è il caso qualora l'Autorità decida di non accogliere il parere del comitato, favorevole alla cancellazione dal registro di un partito politico europeo. La mancanza, nel regolamento del 2014, di una esplicita previsione a tal riguardo, ha indotto Italia, Slovenia e Portogallo, a esprimersi criticamente «riguardo alla mancanza di adeguati controlli e contrappesi» in una situazione siffatta; cfr. doc. 13274/14 ADD 1 REV 1.

spetto delle regole finanziarie poste dal regolamento⁴⁰, mentre gli Stati membri verificano l'osservanza degli obblighi derivanti dalle rispettive legislazioni nazionali. L'art. 28 impegna l'Autorità, l'ordinatore e gli Stati membri a collaborare, condividendo le informazioni rilevanti.

A differenza della procedura di controllo *ad hoc*, che prevede come unica sanzione la cancellazione dal registro del partito politico europeo che viola in modo grave e manifesto i valori di cui all'art. 2 TUE, la procedura di controllo ordinaria e quella finanziaria non portano necessariamente a tale conseguenza. Ciò avviene nei casi più gravi, previsti dall'art. 16, par. 1, reg. 1141/2014: quando vi sia una condanna passata in giudicato per aver leso illecitamente gli interessi finanziari dell'Unione; per il venir meno di uno o più requisiti di cui all'art. 3, par. 1, lett. *a*) (mancanza di sede in uno Stato membro), *c*) (mancato rispetto dei valori dell'Unione) ed *e*) (perseguimento di scopi di lucro); a seguito della sollecitazione presentata dallo Stato membro in cui il partito ha sede, per i già richiamati motivi di grave inadempimento della normativa interna. A seguito della cancellazione dal registro il partito (o la fondazione) non può più accedere ai finanziamenti e perde anche la personalità giuridica europea, mentre può mantenere quella eventualmente attribuitagli in base alla legislazione dello Stato membro in cui ha sede (art. 16, par. 5, reg. 1141/2014).

Nei casi meno gravi, invece, il par. 2 dell'art. 16 assegna all'Autorità il potere di irrogare sanzioni pecuniarie nei confronti di un partito politico europeo, mentre il par. 3 attribuisce all'ordinatore del Parlamento europeo il potere di escludere un partito dall'accesso a futuri finanziamenti europei per un periodo massimo di dieci anni.

9. Il controllo giudiziario sugli atti dell'Autorità

L'art. 35 reg. 1141/2014 stabilisce che le decisioni adottate in base ad esso possano essere oggetto di un procedimento giudiziario dinanzi

⁴⁰ Ai sensi dell'art. 25, par. 3, del regolamento, in questo ambito anche la Corte dei conti dell'Unione europea esercita i suoi poteri di controllo *ex art.* 287 TFUE. Lo stesso art. 25 riconosce inoltre i compiti di indagine dell'OLAF (Ufficio europeo antifrode).

alla Corte di giustizia dell'Unione europea. Più puntuale, al riguardo, risulta essere l'art. 6, par. 11, del regolamento, in base al quale la Corte di giustizia UE potrà esercitare le proprie competenze nei confronti dell'Autorità. La norma fa espresso riferimento al controllo di legittimità, secondo quanto prevede l'art. 263 TFUE, sulle decisioni dell'Autorità. In secondo luogo, in caso di carenza, vale a dire quando l'Autorità si astenga dall'adottare una decisione nei casi in cui sia tenuta a farlo in base al reg. 1141/2014, potrà essere presentato alla Corte di giustizia UE un ricorso ai sensi dell'art. 265 TFUE. Infine, la Corte sarà competente a conoscere delle controversie relative al risarcimento dei danni causati dall'Autorità, conformemente a quanto dispongono gli articoli 268 e 340 TFUE.

Un ricorso alla Corte di giustizia potrà riguardare la fase di registrazione, nei confronti, ad esempio, di una carenza dell'Autorità a fronte di una domanda di registrazione, o di una decisione dell'Autorità che rifiuta la registrazione, decisione ritenuta illegittima dal soggetto che l'ha richiesta. In altri casi, sarà possibile proporre un ricorso per un atto o una carenza che abbiano luogo nella successiva fase sanzionatoria, nei confronti di una decisione assunta a tale riguardo dall'Autorità per i partiti politici europei e le fondazioni politiche europee o di una sanzione comminata dall'ordinatore del Parlamento europeo, così come di un'illegittima inattività di questi organi.

Ovviamente, a seconda del tipo di ricorso e del ricorrente, la competenza spetterà alla Corte o al Tribunale, secondo il riparto definito dagli articoli 256 TFUE e 51 dello Statuto della Corte di giustizia UE (Protocollo n. 3 ai Trattati).

10. Osservazioni conclusive

Il regolamento dispone che, nel 2018, il Parlamento pubblichi una relazione sulla sua applicazione e sulle attività finanziate in base ad esso e che la Commissione, se del caso, presenti una proposta legislativa di modifica dello stesso (art. 38). L'intento sembra quello di valutare il nuovo sistema nella prospettiva delle elezioni parlamentari europee del 2019, ma, alla luce della più volte richiamata scelta di rendere effettiva

la disciplina posta dal reg. 1141/2014 solo dal 1° gennaio 2017, è ragionevole ipotizzare che nel 2018 non si sarà ancora prodotta una prassi adeguata a consentirne una valutazione compiuta.

Nel merito, il regolamento del 2014 rappresenta un notevole passo in avanti per i partiti politici europei e si segnala per alcune scelte particolarmente significative. Ci riferiamo all'attribuzione ai partiti della personalità giuridica europea (e, in conseguenza di ciò, dell'acquisizione della capacità giuridica in tutti gli Stati membri), all'istituzione di un'Autorità indipendente alla quale affidare la fase di registrazione e, pur con alcuni limiti, quella sanzionatoria, e alla creazione di un sistema di controllo, anche finanziario, assai più incisivo (e trasparente) rispetto a quello previsto dal reg. 2004/2003.

La prassi dei prossimi anni ci consentirà di valutare se queste scelte avranno l'effetto di un "lievito" per l'auspicato rafforzamento, a livello europeo, di un efficace sistema partitico. Senza veri partiti, infatti, non c'è reale democrazia, che ci si collochi nella prospettiva dell'ordinamento interno o, con tutte le differenze del caso, di quello dell'Unione europea. A tal riguardo, è significativa la scelta dei partiti politici europei di presentarsi alle elezioni del maggio 2014 indicando il candidato Presidente della Commissione, sollecitata dal Parlamento europeo nel luglio 2013⁴¹. E lo è ancor di più la circostanza che a questa scelta ha fatto seguito l'effettiva indicazione, da parte del Consiglio europeo, "pressato" dai partiti politici europei, del candidato del partito che ha ottenuto il maggior numero di voti quale Presidente della nuova Commissione. Si tratta di una procedura, da alcuni criticata⁴², che valorizza al massimo quanto disposto dall'art. 17, par. 7, TUE e mostra una ma-

⁴¹ Cfr. la risoluzione sul miglioramento delle modalità pratiche per lo svolgimento delle elezioni europee del 2014, doc. P7_TA(2013)0323 del 4 luglio 2013, par. 5; cfr. anche la successiva risoluzione sull'applicazione del Trattato di Lisbona per quanto riguarda il parlamento europeo, doc. P7_TA-PROV(2014)0249 del 13 marzo 2014, par. 2.

⁴² B. GUASTAFERRO, *La prima volta del Presidente della Commissione "eletto" dal Parlamento europeo. Riflessioni sui limiti del mimetismo istituzionale*, in *St. Int. Eur.*, 2014, p. 527 ss. Ma v. le osservazioni di G. BONVICINI, G.L. TOSATO, R. MATARAZZO, *I partiti politici europei e la candidatura del Presidente della Commissione*, in *Dir. Un. Eur.*, 2009, p. 179 ss.; J.-V. LOUIS, *Des partis politiques européens et de l'élection du président de la Commission*, in *CDE*, 2013, p. 5 ss.

tura presa di coscienza nella direzione di introdurre nei meccanismi della democrazia europea sempre maggiori elementi di rassomiglianza con i sistemi nazionali, pur nella consapevolezza delle differenze che intercorrono tra il sistema democratico di uno Stato e quello dell'Unione europea.

I CARATTERI DELL'ADESIONE ALL'UNIONE EUROPEA

Alfredo Rizzo

SOMMARIO: 1. *Premessa.* – 2. *I caratteri dell'adesione di Stati terzi all'Unione europea.* – 3. *Conclusioni.*

1. Premessa

In uno scritto sulla natura giuridica dell'adesione dei trattati internazionali, il Ferrari Bravo descrive tale istituto come il procedimento d'ammissione ad accordi multilaterali da parte di soggetti che non abbiano partecipato ai negoziati o alle procedure di firma di tali accordi (c.d. paesi "terzi")¹. Più precisamente, tale istituto coincide con la circostanza in virtù della quale i soggetti partecipanti all'accordo decidono di estendere la possibilità di essere parte dell'accordo stesso ad altri soggetti inserendo nell'accordo una clausola a tale preciso fine. La presenza di tale clausola c.d. di adesione conferisce carattere "aperto" all'accordo.

L'atto mediante il quale una parte "terza" – che non abbia partecipato ai negoziati – si avvale di tale clausola si chiama, appunto, adesione, che è atto unilaterale avente valore uguale alla ratifica o alla firma vincolante, all'accettazione o approvazione, sottoposto alle medesime condizioni di validità.

Il *quid novi* nella tesi dell'Autore risiede però nell'aver individuato una norma generale di diritto internazionale formatasi nel XIX secolo, quando la prassi accettò l'idea che per aderire ad un accordo non fosse necessaria la stipulazione di un nuovo accordo tra Stato aderente e parti contraenti originarie. Si tratta, pertanto, di una norma che prevede, quale fatto giuridico, l'esistenza di un accordo contenente una clausola

¹ L. FERRARI BRAVO, *Natura giuridica dell'adesione degli accordi internazionali*, *Annuario DI*, 1966.

d'adesione e, di conseguenza, l'esistenza di situazioni giuridiche derivanti dall'accordo stesso.

La dichiarazione di adesione è quindi solo un "atto-condizione" che consente l'operatività di una norma giuridica di grado superiore. Va precisato, a tale riguardo, che la dichiarazione d'adesione resta espressione di un potere dello Stato terzo rispetto all'accordo cui intende aderire, e ciò non è in contraddizione con il fatto che tale accordo non (può) esplica(re) comunque di per sé effetti nei confronti di qualsiasi Stato terzo.

Il potere di tali Stati di aderire non deriva quindi dall'accordo che contiene la clausola d'adesione, ma direttamente dalla norma generale individuata, dovendosi in definitiva escludere che la clausola di adesione costituisca una stipulazione a favore di terzi. In tal modo, il terzo, entrando a far parte dell'accordo, diventa titolare di *tutte* le situazioni giuridiche, implicanti sia diritti sia obblighi, derivanti dall'accordo complessivamente inteso. Mentre, invece, un accordo internazionale può esplicare effetti giuridici nei confronti di terzi allorché tali terzi diventino titolari di *singole* situazioni giuridiche, favorevoli o meno, derivanti dall'accordo, come si ricava dalla disciplina specifica di cui agli articoli da 34 a 38 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati.

Certamente, quindi, si conferma la tesi avanzata dall'Autore secondo cui il fenomeno indicato, che riposa sulla menzionata norma generale di diritto internazionale, poco abbia a che vedere con l'adesione di Stati terzi all'Unione europea. Vediamo perché.

2. I caratteri dell'adesione di Stati terzi all'Unione europea

L'adesione di Stati terzi all'Unione europea è stata basata su una laconica disposizione oggetto di modifiche sino al Trattato di Lisbona².

² Il Trattato di Maastricht ha introdotto una singola disposizione, l'art. O TUE, in sostituzione delle tre disposizioni dei tre trattati "comunitari" relative all'adesione di Stati terzi ai trattati stessi (art. 98 trattato CECA, art. 237 trattato CEE, art. 205 trattato Euratom), consentendo così ad un potenziale Stato membro di aderire simultaneamente a tutti e tre i trattati in questione, v. K LAENERTS e P. VAN NUFFEL, *Constitutional Law*

La laconicità dell'art. 49 TUE, questa la norma, è stata ampiamente compensata da una prassi che rende l'istituto in questione piuttosto articolato e complesso³.

Per quanto riguarda i profili di merito, occorre richiamare la prassi della cosiddetta “condizionalità”⁴, che, nella sua accezione successiva all'adesione dei dieci Stati dell'Europa centro orientale nel 2004, è idonea a “condizionare” appunto i negoziati d'adesione (siamo quindi tecnicamente fuori dall'operatività piena dell'art. 49 TUE), come avvenuto

of the European Union, 1999, p. 274. Il Trattato di Amsterdam del 1997 ha parzialmente modificato l'art. O del TUE rinumerandolo come art. 49 TUE.

³ Di *customary enlargement regulation* scrive D. KOCHENOV, *EU Enlargement Law: History and Recent Developments. Treaty-Custom Concubinage*, in *European Integration on-Line papers*, volume 9, 2005, N° 6 reperibile al sito <http://eiop.or.at/eiop/texte/2005-006a.htm>, là dove, ad esempio, tale autore cita la prassi secondo la quale gli Stati membri, principali protagonisti della procedura negoziale secondo il trattato CEE, dovessero però riunirsi in seno al Consiglio, come previsto invece dalla norma del trattato CECA.

⁴ Nel Consiglio europeo di Lussemburgo del 12-13 dicembre 1997 fu concordato che, anche se i negoziati fossero stati aperti con quei Paesi che avessero soddisfatto i criteri politici di adesione, la conclusione di tali stessi negoziati sarebbe comunque stata sottoposta alla condizione del soddisfacimento dei criteri economici e della piena adozione dell'*acquis* comunitario (criteri c.d. “di Copenaghen” sanciti nel relativo Consiglio europeo del 1993). I Partenariati per l'adesione e i Partenariati europei – richiesti dal Consiglio europeo, stilati dalla Commissione e attuati dal Consiglio – sottoporranno alla condizione del rispetto dei citati criteri di Copenaghen la possibilità per i Paesi interessati di percepire gli aiuti di pre-adesione. Come ulteriormente specificato nelle stesse conclusioni del 1997, «(...)l'esame dei progressi compiuti da ciascun paese candidato dell'Europa centrale e orientale nel cammino verso l'adesione, nel rispetto dei criteri di Copenaghen, in particolare dei ritmi di recepimento dell'*acquis* dell'Unione, sarà oggetto, per ciascuno di essi, di relazioni regolari della Commissione al Consiglio, corredate eventualmente di raccomandazioni per l'apertura di conferenze intergovernative bilaterali, già dalla fine del 1998. Precedentemente alle relazioni annuali, l'attuazione dei partenariati per l'adesione e la situazione del recepimento dell'*acquis* saranno esaminati con ciascun paese candidato nell'ambito degli organi degli accordi europei. Le relazioni della Commissione serviranno come base per l'adozione delle decisioni necessarie in sede di Consiglio sullo svolgimento o l'estensione dei negoziati di adesione ad altri candidati. A tale proposito la Commissione continuerà a seguire il metodo adottato nell'Agenda 2000 per valutare la capacità dei paesi candidati di soddisfare i criteri economici e di assumersi gli obblighi derivanti dall'adesione».

nel 2008 per volontà della Slovenia nei confronti della Croazia in tema di confini marittimi⁵ e come avvenuto nel 2006 con la Turchia su indicazione della Commissione europea e approvato successivamente da Consiglio affari generali e relazioni esterne e Consiglio europeo⁶.

Riflette e eleva tale prassi a livello di diritto “primario” dell’Unione la norma dell’art. 49 TUE come riformulata dopo Lisbona e secondo cui lo Stato che chiede l’adesione deve rispettare, ma anche promuovere, i valori sanciti dall’art. 2 TUE sui quali riposa l’intero ordinamento creato dai Trattati (dignità umana e uguaglianza accanto a libertà, democrazia, rispetto dello stato di diritto e dei diritti dell’uomo inclusi i diritti delle minoranze).

Si riconnette a tali nozioni la *vexata quaestio* concernente la nozione di “Stato europeo”, come noto agganciata alla definizione ricavabile dal Preambolo dello Statuto del Consiglio d’Europa dove si parla di «Unione più stretta fra tutti gli Stati europei», che in ambito comunitario è invece transitata nella Dichiarazione sull’Identità europea del 1973⁷. D’altro canto, nella stessa raccomandazione 1247 del ‘96 dell’Assemblea parlamentare del Consiglio d’Europa concernente l’allargamento del Consiglio d’Europa, se da un lato si riconosce che i confini dell’Europa non sono stati ancora «comprehensively defined

⁵ Il 12 febbraio 2008, il Consiglio ha aggiornato le condizioni imposte alla Croazia in vista della sua adesione all’Unione, rivedendo quindi l’elenco delle priorità v. doc. del Cons. 5122/08, ELARG 1 del 5 febbraio 2008. La Croazia ha assunto pertanto l’obbligo di intensificare gli sforzi al fine di risolvere la questione della definizione di una zona di protezione ittica e ambientale (ZERP), sulla quale v. la Nota del Dipartimento tematico delle politiche strutturali e di coesione del Parlamento europeo (Direzione generale politiche interne dell’Unione) del febbraio 2008, intitolata *Zona di protezione ittica e ambientale (ZERP) in Croazia*.

⁶ Cfr. decisione del Consiglio affari generali e relazioni esterne dell’11 dicembre 2006 (v. doc. 16289/06, Presse 352 e conclusioni della Presidenza del Consiglio del 14-15 dicembre 2006 e documento della Commissione doc. COM(2006)773) con cui l’Unione ha sospeso otto capitoli di negoziato riconducibili al nuovo quadro negoziale tra Unione e Turchia, v. in tema A. RIZZO, *Le relazioni tra Turchia e Unione europea: State of the Art*, in P. GARGIULO (a cura di), *La Turchia come attore globale e regionale*, in Quaderno n. 14 de *La Comunità internazionale*, Napoli, 2013, segnatamente a p. 147.

⁷ Dichiarazione sull’Identità Europea, in *Boll. CE.*, dicembre 1973, n. 12, p. 118-122.

under international law», dall'altro lato si sancisce che «all member States of the Council of Europe are European», e tra questi spicca la Turchia.

Ma un passaggio introdotto dalla riforma di Lisbona risulta particolarmente interessante e riguarda il ruolo riconosciuto al Consiglio europeo. In particolare, si prevede che “si tiene conto” dei criteri d'ammissione convenuti dal Consiglio europeo: è intuibile come questa norma abbia come destinatari soprattutto Consiglio dell'Unione e Parlamento europeo in quanto soggetti che detengono un potere decisionale sull'adesione, mentre tali criteri entrerebbero in “competizione” con i pareri della Commissione, anche se la prassi è nel senso che i consigli europei in genere recepiscono le indicazioni del Collegio.

Un'interpretazione di prima lettura di questa previsione ne porta in luce il carattere ambiguo sotto il profilo giuridico, in quanto è discutibile se essa crei un vero e proprio obbligo per le istituzioni cui si rivolge.

La stessa norma mira a conferire maggiore visibilità ai criteri sanciti nei diversi consigli europei, e in particolare dal Consiglio europeo di Copenaghen del 1993 inerente ai criteri politici⁸, economici e giuridici per l'adesione, ma anche da quello del dicembre 2006 che, recependo una comunicazione della Commissione⁹, ha posto quale condizione

⁸ Tali criteri sono stati ribaditi anche dalla Commissione europea nelle sue osservazioni relative alla Sentenza della Corte del 22 novembre 1978, causa 93/78 *Lothar Matthies contro Doego Fruchtimport und Tiefkühlkost eG*, Raccolta 2203, nel punto in cui il Collegio provvede a chiarire quanto segue: «Affinché si possano aprire trattative d'adesione, lo Stato richiedente deve possedere, sul piano giuridico, due requisiti fondamentali: essere uno Stato europeo ed avere una costituzione di tipo democratico pluralista che consenta la rappresentanza delle diverse opinioni politiche e contempli le procedure necessarie per garantire il rispetto dei diritti dell'uomo».

⁹ V. doc. COM(2006)649, *Strategia di allargamento e sfide principali per il periodo 2006-2007 comprendente una relazione speciale sulla capacità dell'Unione europea di accogliere nuovi Stati membri*, secondo cui «La capacità dell'Unione di mantenere inalterato il ritmo dell'integrazione europea di pari passo con il suo ampliamento si articola in tre componenti principali: le istituzioni, le politiche comuni e il bilancio. Occorre che l'UE garantisca la continuità e l'efficienza di funzionamento delle istituzioni, il conseguimento degli obiettivi stabiliti dalle politiche comuni e la formazione di un bilancio commisurato ai suoi scopi e alle risorse finanziarie di cui dispone» (v. p. 20).

all'adesione la capacità dell'Unione di assimilare i nuovi membri, da un lato, e di approfondire l'integrazione, dall'altro lato.

Da un altro punto di vista, questo riferimento ai criteri d'ammissibilità stabiliti dal Consiglio europeo, fatto per la prima volta *expressis verbis* in una norma di rango primario di diritto dell'Unione, va letto in una chiave duplice. La prima è di ordine formale, e riguarda l'apertura a processi decisionali – ispirati alla regola del *consensus* (v. art. 15, par. 4, TUE) – che si realizzano in seno a questa “nuova” istituzione dell'Unione, mentre rimane ferma la regola del voto all'unanimità per l'atto con il quale il Consiglio dell'Unione approva la domanda d'adesione presentata dallo Stato terzo. In altri termini, seguendo le riforme di Lisbona, per la definizione dei criteri e principi generali relativi a tale adesione viene formalizzata la prassi che vede in prima linea quella che fino a Lisbona non era definibile quale vera e propria istituzione dell'Unione: pertanto, in assenza di alcuna precisazione in merito alle regole di voto da applicarsi quando il Consiglio europeo stesso definisce tali criteri *di ammissibilità* di uno Stato terzo all'Unione, è da ritenersi che si applichi l'indicata norma di carattere generale che stabilisce che il Consiglio europeo stesso decida per *consensus*, confermandosi così la presenza di forti elementi di politicizzazione nella decisione con la quale quei criteri medesimi vengono stabiliti¹⁰.

Per quanto riguarda i profili di merito relativi al ruolo del Consiglio europeo nella definizione dei citati criteri di ammissibilità, è stato fatto notare¹¹ che esisterebbe una lacuna all'interno del citato art. 2 TUE, norma che, nel riferire quali sono i valori che ispirano l'Unione, omette di richiamare e includere tra tali valori il credo e la religione (elementi che potrebbero invece essere ricavati dal Preambolo al Trattato sull'Unione, nel punto in cui si fa riferimento alle «eredità», notare il plurale, «culturali, religiose e umanistiche dell'Unione»). Da questo

¹⁰ Tale carattere è evidentemente connesso anche alla particolare rilevanza politica, prima ancora che istituzionale, economica e giuridica, che deve essere attribuita all'adesione di uno Stato terzo all'Unione.

¹¹ A. TATHAM, *Don't Mention Divorce at the Wedding, Darling: EU Accession and Withdrawal after Lisbon*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law After Lisbon*, Oxford, 2012, segnatamente, p. 139.

punto di vista, va sottolineato il carattere dello stesso art. 2 TUE quale norma “aperta” anche se pur sempre in base a un criterio di “non regresso”, in quanto i valori attualmente fissati costituirebbero comunque la *conditio sine qua non* per l’adesione di uno Stato terzo. In altri termini, l’art. 2 TUE potrebbe in futuro includere i riferimenti a credo e religione se ciò si rendesse necessario ad esempio per dare riscontro all’affermazione della volontà di una maggioranza di Paesi – o di un Paese numericamente (cioè sotto il profilo ad es. del peso demografico) influente – a favore di tale richiamo in quanto e nella misura in cui l’ordinamento giuridico di questi Paesi imponga un riferimento in tal senso. Il ruolo che giocherebbe il Consiglio europeo da questo punto di vista sarebbe centrale, essendo questa la sede nella quale almeno dal 1973 possono essere progressivamente integrati i contenuti dell’adesione: tale opera “integrativa” potrebbe riguardare quindi anche i valori fissati dall’art. 2 TUE, almeno secondo l’accennata interpretazione ed entro gli accennati limiti.

In buona sintesi, è nel Consiglio europeo che si coagulano i contenuti dell’allargamento e il nuovo testo dell’art. 49 TUE vuole proprio offrire riconoscimento formale al ruolo che, come qui ricordato, il Consiglio europeo si è certamente conquistato “sul campo”. Quindi i rappresentanti al massimo livello degli Stati membri intervengono in questa fase “ascendente”, ossia nella formazione delle condizioni per l’adesione fissandole nelle conclusioni dei consigli europei cui le altre istituzioni dovranno dare seguito, con particolare riguardo ai negoziati da condurre in seno alle conferenze d’adesione.

Da un altro punto di vista, va salutato con favore il previo coinvolgimento del Parlamento europeo e dei parlamenti nazionali, che, nella nuova formulazione voluta dalle riforme di Lisbona, sono “informati” della candidatura di uno Stato terzo. Sui concreti effetti di tale informazione nulla specifica la disposizione dell’art. 49 TUE, con la quale si è voluto evidentemente prevedere un coinvolgimento delle assemblee nazionali sin dall’avvio della procedura di adesione ossia dal momento in cui la candidatura di uno Stato terzo all’Unione è stata semplicemente presentata all’Unione stessa e non solo quando il testo dell’accordo d’adesione viene, *in fine*, sottoposto alle procedure di ratifica interne a ciascun singolo Stato membro (fase in cui il coinvolgimento dei parla-

menti nazionali risulta *in re ipsa*). Tale previsione sembra d'altronde tenere conto di alcune *prassi* nazionali che, prima delle riforme di Lisbona, già andavano nel senso di riconoscere la necessità che il processo di adesione di uno Stato terzo all'Unione fosse quanto più *partecipato*, come ad esempio previsto all'art. 88-5 della Costituzione francese secondo cui tutte le future adesioni (ad esclusione di quella recente della Croazia) devono essere sottoposte obbligatoriamente a *referendum*¹². La previsione di un ruolo per i parlamenti nazionali anche nei processi di adesione di Stati terzi all'Unione sembra rispondere anche a un'esigenza di coerenza derivante dal ruolo formalmente riconosciuto a tali stessi parlamenti tanto nella fase di (eventuale) revisione dei Trattati¹³ quanto nella fase "ascendente" di formazione del diritto dell'Unione¹⁴.

Per quanto attiene al ruolo del Parlamento europeo, l'informazione *previa* nei confronti dello stesso vale a consacrarne il ruolo che già gli riconosceva tanto la norma dell'art. 49 TUE quanto la prassi. In effetti, il parere parlamentare interviene sulla decisione del Consiglio relativa all'ammissibilità della *domanda* d'adesione e quindi risulta coerente prevedere che il Parlamento europeo stesso sia adeguatamente informato di tale domanda prima dell'apertura del relativo procedimento decisionale. D'altronde, conformemente a una prassi contenuta oggi nell'art. 81, par. 5, del regolamento interno dello stesso Parlamento europeo, quest'ultimo interviene con un parere anche sul testo definitivo dell'accordo d'adesione, quindi nella fase che sta *a valle* della procedura d'adesione complessivamente intesa.

È da discutere se i due atti parlamentari in questione – il parere sulla decisione del Consiglio relativa alla domanda d'adesione e il parere concernente il testo finale dell'accordo – abbiano la stessa forza preclu-

¹² Art. 88-5 Cost. Fr. «Tout projet de loi autorisant la ratification d'un traité relatif à l'adhésion d'un Etat à l'Union européenne et aux Communautés européennes est soumis au référendum par le Président de la République».

¹³ V. art. 48, n. 2 e n. 7, par. 3, TUE.

¹⁴ Il riferimento è al Protocollo n. 2 sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità, per il quale si veda il commento di R. CORBETT, *The Evolving Roles of the European Parliament and of National Parliaments*, in A. BIONDI, P. EECKHOUT, S. RIPLEY (eds.), *EU Law After Lisbon*, cit., v. segnatamente p. 256 ss.

siva, nel caso in cui ciascuno di essi si esprima quale *veto* avverso alla domanda d'adesione o al testo del relativo accordo. In verità, il fatto che il Parlamento europeo si esprima, prima di tali pareri, tramite proprie raccomandazioni concernenti *anche* i negoziati d'adesione, quindi dopo che sia stata chiusa la fase preliminare di approvazione della domanda d'adesione (art. 49, par. 1, TUE), evidenzia come tale istituzione non possa essere superata tramite tali stessi negoziati e come, al contrario, essa giochi un proprio ruolo nella verifica della sussistenza di una linea di continuità tra decisione relativa alla domanda di adesione, negoziati e testo finale dell'accordo. Ciò è particolarmente vero per alcuni aspetti e capitoli dei negoziati di adesione, quali quelli concernenti il rispetto dei criteri politici o la libera circolazione delle persone, aventi importanti implicazioni "sistemiche" e perciò oggetto di particolare attenzione in tutte le fasi di formazione della volontà negoziale relativa all'adesione stessa¹⁵.

Per quanto riguarda il ruolo della Commissione, occorre considerare come quest'ultima non svolga solo la sua funzione di "consulente" dell'istituzione che detiene il potere decisionale – Consiglio – nella fase concernente la candidatura all'adesione del Paese terzo interessato¹⁶: infatti, essa partecipa al processo negoziale che riunisce i rappresentanti degli Stati membri e quelli del Paese aderente in seno al Consiglio nelle c.d. Conferenze (intergovernative) d'adesione tramite l'attività di *screening* sul rispetto da parte del Paese aderente del rilevante *acquis* dell'Unione, creando dei capitoli di negoziato in relazione ai quali viene valutato lo stato di preparazione del Paese aderente ai fini dell'apertura e del progresso dei negoziati stessi. Inoltre, la Commis-

¹⁵ Sul ruolo del Parlamento europeo nel contesto del funzionamento dell'art. 49 TUE, si permetta rinviare a A. RIZZO, *L'allargamento ad est dell'Unione europea. Problematiche del Trattato di adesione*, Napoli, 2004, v. p. 5 nota 3. Interpretano diversamente il parere parlamentare sul testo dell'accordo, come previsto dal citato art. 81 del Regolamento interno dello stesso Parlamento europeo, R. ADAM e A. TIZZANO, *Manuale di diritto dell'Unione europea*, Torino, 2014, v. p. 44 nota 40.

¹⁶ Il citato Consiglio europeo di Lussemburgo del 1997 ha rafforzato tale ruolo della Commissione prevedendo che essa debba presentare annualmente un *Regular report*, poi diventato *Progress report*, per ciascun Paese candidato all'adesione, in tal modo strutturando meglio anche la stessa prassi della condizionalità.

sione predisporre e proporre le c.d. “posizioni comuni” che vengono adottate all’unanimità dal Consiglio in merito ai diversi capitoli di negoziato che vengono progressivamente definiti nei confronti del Paese terzo aderente. Va ribadito che quella qui accennata è una prassi pienamente avallata dagli Stati membri e dalle stesse istituzioni dell’Unione ma di cui non si trova traccia nei testi, a cominciare dalla vaga norma dell’art. 49, par. 2, TUE.

Il primario ruolo riconosciuto al Collegio costituisce quindi un esempio di come l’istituto dell’adesione di Paesi terzi all’Unione si fondi non solo e non tanto su disposizioni di *jus positum*, quanto su una prassi che completa il quadro di regole e passaggi formali necessari al perfezionamento dell’*iter* negoziale.

Dal punto di vista degli *outcomes* di tale *iter* si tenga presente che i negoziati possono includere delle importanti deroghe all’applicazione dell’*acquis* dell’Unione allo Stato aderente. In deroga, cioè, al principio secondo il quale tale *acquis* – che è comprensivo delle norme di rango primario di diritto dell’Unione, come interpretate dalla Corte di giustizia – deve applicarsi *in toto* al momento dell’adesione del Paese interessato¹⁷, i trattati di adesione possono prevedere adattamenti al diritto

¹⁷ Secondo la sentenza della Corte di giustizia del 9 dicembre 1982, causa 258/81, *Metallurgiki Halyps A.E. c. Commissione*, Raccolta 4261, «(...)l’Atto d’adesione si basa sul principio dell’applicazione immediata ed integrale delle disposizioni del diritto comunitario ai nuovi Stati membri, mentre le deroghe sono ammesse solo se ed in quanto previste espressamente dalle disposizioni transitorie» (par. 8). L’accordo d’adesione prevede l’adesione anche agli accordi internazionali dell’Unione in quanto questi fanno parte dell’*acquis communautaire* (cfr. sul punto M. MARESCEAU, *Bilateral Agreements concluded by the European Community*, Leiden/Boston, 2006, p. 307). Una speciale previsione dell’atto di adesione riguarda il recesso (*withdrawal*), da parte dei Paesi aderenti, dagli accordi commerciali e d’investimento (o accordi di libero scambio) con Paesi terzi ancora vigenti al momento dell’adesione stessa (cfr. art. 6, par. 10, dell’Atto concernente le condizioni di adesione della Repubblica Ceca, la Repubblica di Estonia, la Repubblica di Cipro, la Repubblica di Lettonia, la Repubblica di Lituania, la Repubblica di Ungheria, la Repubblica di Malta, la Repubblica di Polonia, la Repubblica di Slovenia e la Repubblica Slovacca, in *GUUE* L 236 del 23 settembre 2003, su cui v. A. RIZZO, *L’allargamento ad est dell’Unione europea*, cit., segnatamente da p. 80 ss. e più di recente A. RIZZO, *Legal foundations of the Competence of the European Union on Foreign Direct Investments*, in *Italian YIL*, Vol. XXIII, 2013, Leiden/Boston, 2014, p. 141).

dell'Unione¹⁸ che si traducono nella formulazione di clausole c.d. di salvaguardia¹⁹ o di slittamento²⁰.

Tali eventuali misure derogatorie all'*acquis* dell'Unione non possono avere che una durata limitata e una parziale applicazione (dal punto di vista oggettivo), dandosi un'interpretazione generalmente restrittiva di tali stesse misure. Tuttavia, il quadro negoziale relativo alla Turchia sembra andare in un'altra direzione, ossia verso un'applicazione piuttosto estesa, sia dal punto di vista temporale che dal punto di vista materiale, di eventuali deroghe all'applicazione dell'*acquis* dell'Unione,

¹⁸ Si veda la sentenza della Corte di giustizia del 28 aprile 1988, causa 31-35/86, *LAISA c. Consiglio delle Comunità europee*, Raccolta 2285, in part. par. 9-2 tenendo presente che eventuali "adattamenti" contenuti in un trattato di adesione possono riguardare le norme dei trattati istitutivi dell'Unione solo in via transitoria (sebbene non si specifichi la durata di tali fasi derogatorie), poiché la stessa Corte, nella sentenza dell'8 aprile 1986, causa 43/75, *Defrenne c. SABENA*, Raccolta 480, ha stabilito che tali trattati istitutivi possono essere modificati solo secondo la procedura di revisione formalmente e appositamente predisposta dai Trattati stessi (cfr. attuale art. 48 TUE). Diversa valutazione va fatta per quelle disposizioni istituzionali – relative ad es., ai seggi in Parlamento europeo, ai metodi di votazione in Consiglio, al numero dei commissari, dei giudici in Corte di giustizia, dei componenti del Comitato economico e sociale e del Comitato delle regioni – derivanti dall'adesione che il relativo trattato provvede a modificare in via definitiva.

¹⁹ Si vedano ad es. gli articoli 37, 38 e 39 dell'Atto d'adesione del 2003 (cit. *supra* nota 17). Si tratta di misure di sospensione dell'applicazione di interi settori – mercato interno, Giustizia e Affari interni – dell'*acquis* invocabili tanto da parte dello Stato aderente quanto da parte di ciascuno Stato membro e adottabili da parte della Commissione europea anche su iniziativa di quest'ultima.

²⁰ Si veda l'art. 39 dell'Atto relativo all'adesione della Repubblica di Bulgaria e della Romania in *GUUE* L 157 del 21 giugno 2005, ai sensi del quale «Se il costante controllo da parte della Commissione degli impegni assunti dalla Bulgaria e dalla Romania nell'ambito dei negoziati di adesione e in particolare le relazioni di controllo della Commissione dimostrano chiaramente che lo stato dei preparativi per l'adozione e l'attuazione dell'*acquis* in Bulgaria e Romania è tale da far sorgere il serio rischio che uno dei due Stati sia manifestamente impreparato a soddisfare i requisiti dell'adesione in alcuni importanti settori entro la data di adesione, ossia il 1° gennaio 2007, il Consiglio, deliberando all'unanimità sulla base di una raccomandazione della Commissione, può decidere di posporre di un anno, al 1° gennaio 2008, la data dell'adesione di tale Stato». L'Atto di adesione in questione prevede anche misure di salvaguardia simili a quelle citate nella nota precedente.

parlandosi addirittura di clausole di salvaguardia *permanenti*, ossia permanentemente attivabili da parte della Commissione (anche su richiesta di uno o più Stati membri dell'Unione), in settori come la libera circolazione delle persone, le politiche strutturali e quelle agricole²¹. Questo si tradurrebbe in sostanza nella possibilità di sospendere l'applicazione del diritto dell'Unione alla Turchia anche una volta che tale Stato abbia aderito all'Unione stessa, con creazione di evidenti situazioni di discriminazione tra cittadini di quel Paese e cittadini degli altri Stati membri cui quel diritto continui invece ad applicarsi.

Tale prassi è indicativa quindi di un altro elemento di peculiarità dell'adesione di Stati terzi all'Unione, là dove si consideri come quella stessa adesione, sottoposta alle importanti condizioni contenute nelle clausole di salvaguardia previste dal relativo accordo, potrebbe essere fortemente limitata nei suoi concreti effetti.

La prassi dell'adesione di Stati terzi all'Unione rileva poi particolarmente per ciò che attiene ai processi decisionali “a valle” del procedimento di adesione stesso, con il voto di approvazione del testo dell'accordo da parte del Parlamento europeo, prima, e con i processi di ratifica interni ai paesi membri, dopo. Se con il ruolo conferito al PE si realizza – pur nei limiti sopra considerati – un atto d'ossequio nei confronti dell'istituzione nella quale siedono i rappresentanti dei cittadini dell'Unione, con il ruolo conferito agli Stati membri, anche quando questi si riuniscono in assemblea, si torna alla dimensione più tipicamente internazionalistica delle relazioni in seno all'Unione. D'altro canto, in tal modo il trattato di adesione si rivela per quello che è, cioè un atto che va collocato tra le fonti di rango primario di diritto

²¹ *Negotiating Framework for Turkey* del 2005 – reperibile on line all'indirizzo: http://ec.europa.eu/enlargement/pdf/turkey/st20002_05_tr_framedoc_en.pdf – al punto 12 è previsto quanto segue: «Long transitional periods, derogations, specific arrangements or permanent safeguard clauses, i.e. clauses which are permanently available as a basis for safeguard measures, may be considered. The Commission will include these, as appropriate, in its proposals in area such as freedom of movement of persons, structural policies or agriculture. Furthermore, the decision-taking process regarding the eventual establishment of freedom of movement of persons should allow for a maximum role of individual Member States. Transitional arrangements or safeguards should be reviewed regarding their impact on competition or the functioning of the internal market».

dell'Unione al pari dei trattati fondamentali e di quelli di revisione di questi ultimi. E, d'altronde, ciò è dimostrato anche dal fatto che la mancata ratifica da parte di anche uno solo dei Paesi membri dell'Unione determina la mancata entrata in vigore dell'accordo complessivamente inteso, ciò che non vale anche nel caso inverso per le ipotesi di adesione di una molteplicità di Stati terzi, là dove la mancata ratifica da parte di uno di tali Stati non inficia il processo di entrata in vigore dell'accordo.

3. Conclusioni

Quid juris, dunque, per quanto attiene alla natura dell'adesione all'Unione europea alla luce della teoria generale sulla natura dell'atto di adesione a un accordo internazionale come sviluppata dal Ferrari Bravo? In verità, tutto lascia propendere per un definitivo abbandono dell'idea che ci si trovi dinanzi ad un istituto riconducibile a quello tipico del diritto internazionale dei trattati. Ma tale conclusione deve essere portata avanti nelle sue conseguenze, nel constatare come quello dell'Unione non possa neppure caratterizzarsi come trattato multilaterale "aperto", in quanto la clausola d'adesione da esso prevista non riesce a caratterizzare in tal senso un trattato, quello sull'Unione, appunto, che sottopone la possibilità che un Paese terzo vi aderisca a condizioni procedurali e sostanziali così strette e, peraltro, mutevoli a seconda degli indirizzi che si concretizzano in prima battuta in seno al Consiglio europeo.

L'indicata prassi delle clausole derogatorie all'applicazione di interi settori di diritto dell'Unione nei confronti dello Stato che *abbia aderito* rafforza poi la peculiarità dell'istituto dell'adesione di Stati terzi all'Unione, potendosi realizzare una vera e propria *sospensione* dell'applicazione del diritto di quest'ultima al nuovo Stato membro e, quindi, una limitazione degli *effetti* dell'adesione: ciò che va confrontato con quanto rilevato *supra* in merito alla tesi secondo la quale il terzo, entrando a far parte dell'accordo, diventa titolare di *tutte* le situazioni giuridiche, implicanti sia diritti sia obblighi, derivanti dall'accordo complessivamente inteso.

È da ritenersi peraltro che tali elementi non mutino la natura giuridica della domanda d'adesione quale prerogativa dello Stato terzo in base a quella norma generale di ordine superiore individuata dal Ferrari Bravo e la cui presenza porta ad escludere in radice che quello dell'Unione possa essere rappresentato come un trattato contenente una stipulazione a favore di terzi.

ACCORDI POST-GIUDIZIALI E NATURA DEL SISTEMA DI SOLUZIONE DELLE CONTROVERSIE DELL'OMC

Antonello Tancredi

SOMMARIO: 1. *Introduzione.* – 2. *Posizione del problema: il riflesso della prassi degli accordi post-giudiziali sulla natura giuridica del sistema di soluzione delle controversie dell'OMC.* – 3. *Il ruolo prioritario dell'accordo nella gerarchia dei mezzi di soluzione delle controversie dell'OMC.* – 4. *Il diffondersi di accordi provvisori non previsti dall'Intesa e la nozione di "soluzione reciprocamente accettabile".* – 5. *Le deviazioni rispetto al modello di virtuosa integrazione tra mezzi diplomatici e mezzi giurisdizionali nel sistema di soluzione delle controversie dell'OMC.* – 6. *Il regime giuridico degli accordi in deroga.* – 7. *Conclusioni.*

1. Introduzione

La notifica all'Organo di soluzione delle controversie dell'Organizzazione mondiale del commercio (d'ora in poi "OMC"), avvenuta nell'ottobre del 2014, di due accordi conclusi, rispettivamente, da Stati Uniti ed Indonesia nel caso *US – Clove Cigarettes*¹, e da Stati Uniti e Brasile nel caso *US – Subsidies on Upland Cotton*², fornisce l'occasione per ritornare sul valore e sul ruolo giocato dagli accordi *inter se* nella fase esecutiva del meccanismo di soluzione delle controversie dell'OMC, allorché cioè la parte condannata deve ritirare o modificare la misura accertata come illecita nel o nei rapporti già adottati dal sopra citato Organo e perciò divenuti vincolanti.

Il ricorso a "soluzioni reciprocamente accettabili" (secondo la ter-

¹ *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, Notification of a Mutually Agreed Solution, WT/DS406/17, G/L/917/Add.1, G/SPS/GEN/1015/Add.1, G/TBT/D/38/Add.1 del 9 ottobre 2014.

² *United States – Subsidies on Upland Cotton*, Notification of a Mutually Agreed Solution, WT/DS267/46 del 23 ottobre 2014.

minologia impiegata dall'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie nell'OMC (d'ora in poi "Intesa")³ raggiunte in ogni fase del meccanismo in oggetto ha assunto notevole rilevanza quantitativa. È stato infatti calcolato che, dal 1995 al 2012, su 450 controversie che hanno avuto inizio, più di 200 sono state composte o si presume che siano state composte amichevolmente⁴. Al dicembre 2012, degli 80 accordi notificati, la metà erano stati conclusi durante la fase delle consultazioni, il 22% durante la fase dei *panel*, il 29% nella fase esecutiva⁵.

Mancano tuttavia all'appello moltissimi casi per i quali si presume, o si sa ufficiosamente, che le parti hanno raggiunto un accordo di composizione della lite, senza però che vi sia stata una formale notifica dell'accordo all'Organo di soluzione delle controversie, com'è invece richiesto dall'art. 3.6 dell'Intesa.

A conferma della rilevanza del fenomeno, e per rimanere agli accordi post-giudiziali (transitori o definitivi) riguardanti liti nelle quali l'Unione europea era parte convenuta e soccombente, alcune tra le controversie politicamente ed economicamente più sensibili degli ultimi anni (a volte insorte sotto il vigore del "vecchio" GATT 1947) come quella sulle banane⁶, sul *biotech*⁷, o sugli ormoni⁸, sono state risolte at-

³ La traduzione in italiano delle disposizioni dell'Intesa sulle norme e sulle procedure che disciplinano la risoluzione delle controversie nell'OMC che saranno citate nel testo è tratta da A. ARENA, J. MARTIRE, R. NOCERINO, A. TORINO (a cura di), *Il codice dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Napoli, 2008, p. 361 ss.

⁴ Vedi W. ALSCHNER, *Amicable Settlements of WTO Disputes: Bilateral Solution in a Multilateral System*, in *WTR*, 2014, p. 65.

⁵ *Ibidem*, p. 70.

⁶ *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas* (WT/DS27, WT/DS361, WT/DS364, WT/DS16, WT/DS105, WT/DS158, WT/L/616, WT/L/625), Notification of a Mutually Agreed Solution, WT/DS27/98, G/L/63/Add.1, G/LIC/D/2/Add.1, S/L/17/Add.1, G/AG/W/18/Add.1, G/TRIMS/4/Add.1 del 12 novembre 2012.

⁷ *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, Notification of a Mutually Agreed Solution, WT/DS292/40, G/L/628/Add.1, G/SPS/GEN/398/Add.1, G/AG/GEN/61/Add.1, G/TBT/D/29/Add.1 del 17 luglio 2009; *European Communities – Measures Affecting the Approval and Marketing of Biotech Products*, Notification of a Mutually Agreed Solution, WT/DS293/41, G/L/629/Add.1, G/SPS/GEN/399/Add.1, G/AG/GEN/62/Add.1,

traverso accordi post-giudiziali (definitivi e formalmente notificati ai sensi dell'art. 3.6 dell'Intesa nei primi due casi, transitorio nella forma di "Memorandum of Understanding" nell'ultimo).

A prima vista, la possibilità di concordare soluzioni negoziali non solo nella fase delle consultazioni, del giudizio del *panel*, del giudizio d'appello, ma anche in quella esecutiva del sistema di soluzione delle controversie dell'OMC sembrerebbe avere un che di paradossale e sfidare il valore vincolante che la decisione (quasi-) giudiziale, una volta adottata dall'Organo di soluzione delle controversie, formalmente ha. Senonché – com'è stato osservato dall'Organo di appello nel secondo rapporto sull'adempimento *ex art. 21.5* nel caso *EC-Bananas III* – nulla nell'Intesa impedisce alle parti in lite di raggiungere una soluzione reciprocamente accettabile (soluzione che ai sensi dell'art. 3.7 dell'Intesa resta "chiaramente preferibile") "after the adoption of recommendations and rulings by the DSB"⁹. Si tratta anzi di una possibilità espressamente prevista dall'art. 22.8 dell'Intesa, ai sensi del quale la sospensione delle concessioni dura solo finché, *inter alia*, una soluzione reciprocamente accettabile sia stata trovata. In sostanza, quindi, accordi di composizione amichevole della lite possono essere ricercati e trovati in ogni stato e grado del procedimento, anche durante e dopo che si è conclusa la fase giudiziale. Il negoziato, in altre parole, corre parallelo all'intero procedimento di soluzione delle controversie dell'OMC¹⁰.

G/TBT/D/30/Add.1 del 23 marzo 2010. A differenza degli accordi appena citati, conclusi nelle controversie che opponevano l'Unione europea, rispettivamente, a Canada ed Argentina, la controversia con gli Stati Uniti avente il medesimo oggetto resta pendente (WT/DS291).

⁸ *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, Joint Communication from the European Union and the United States, WT/DS26/29 del 17 aprile 2014; *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, Joint Communication from the European Union and Canada, WT/DS48/26 del 22 marzo 2011.

⁹ *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, Second Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador, Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States, Report of the Appellate Body, WT/DS27/AB/RW2/ECU, WT/DS27/AB/RW/USA del 26 novembre 2008, par. 215.

¹⁰ V. H. RUIZ FABRI, *The Relationship between Negotiations and Third-Party Dispute Settlement at the WTO, with an Emphasis on the EC-Bananas Dispute*, in L.

A due condizioni, però, previste dagli artt. 3.5, 3.6 e 3.7 dell’Intesa, condizioni che valgono per tutte le soluzioni reciprocamente accettabili, in qualsiasi stato e grado del procedimento siano state concluse. La prima, di natura sostanziale, prevista dagli artt. 3.5 e 3.7 dell’Intesa, è che – sullo schema dell’art. 41 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati in materia di accordi modificativi ristretti – la soluzione amichevole sia “consistent” rispetto agli accordi contemplati, non annulli né pregiudichi i benefici derivanti dagli accordi ad altri membri dell’OMC, e non impedisca il conseguimento degli obiettivi degli accordi OMC. La seconda, d’indole invece procedurale, prevista dall’art. 3.6 dell’Intesa, stabilisce che le soluzioni reciprocamente convenute debbano essere “notificate al DSB ed ai consigli e comitati competenti, presso i quali qualsiasi membro può sollevare qualsiasi obiezione ad esse relativa”.

I due requisiti appena menzionati – conformità sostanziale agli accordi OMC e trasparenza attraverso la formale notifica all’Organo di soluzione delle controversie – operano in maniera sinergica, poiché evidentemente solo l’adempimento dell’obbligo di notifica permette un controllo multilaterale circa la conformità degli accordi reciprocamente convenuti rispetto agli obblighi OMC ed ai diritti degli altri Membri. Il reale scopo di tali requisiti è armonizzare le soluzioni bilateralmente raggiunte rispetto alla struttura multilaterale ed alla fase giudiziale del sistema di soluzione delle controversie, e quindi contemperare la libertà contrattuale degli Stati in lite (e la flessibilità delle soluzioni che essa ispira) sia col rispetto delle decisioni assunte dall’Organo di soluzione delle controversie (decisioni la cui attuazione resta in principio l’obiettivo finale cui l’intero meccanismo tende nella fase esecutiva, com’è suggerito dagli artt. 22.1 e 22.8 dell’Intesa¹¹, e com’è stato sotto-

BOISSON DE CHAZOURNES, M.G. KOHEN, J.E. VIÑUALES (a cura di), *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, Leiden-Boston, 2013, p. 87 ss., pp. 94-95; G. MARCEAU, J.A. HAMAOU, *Implementation of Recommendations and Rulings in the WTO System*, *ibidem*, p. 187 ss., p. 190.

¹¹ Ai sensi, infatti, dell’art. 22.1 dell’Intesa – come si indicherà anche nel prosieguo del testo – i due rimedi previsti nel caso di mancata esecuzione entro il termine ragionevole delle decisioni assunte dagli organi di soluzione delle controversie, e cioè compensazione e ricorso a contromisure, “sono misure provvisorie” e non “sono

lineato dall'Organo d'appello nel caso *US – Continued Suspension*)¹², sia con la tutela degli interessi degli altri Stati membri dell'OMC (ma in fondo anche di consumatori e produttori), sia infine col raggiungimento degli obiettivi del sistema (quali, ad esempio, la garanzia della certezza e della prevedibilità delle soluzioni, così com'è previsto dall'art. 3.2 dell'Intesa). Il senso delle condizioni in parola, insomma, è consentire che mezzi diplomatici e giurisdizionali si integrino, operino in modo sinergico e rafforzino l'efficienza del meccanismo complessivamente considerato.

2. Posizione del problema: il riflesso della prassi degli accordi post-giudiziali sulla natura giuridica del sistema di soluzione delle controversie dell'OMC

E qui sorge il problema, poiché due sono le tendenze maggiormente riscontrate nella prassi degli ultimi anni: la prima è proprio la diminuzione del numero di notifiche, addirittura zero nel 2011, indice e conseguenza, per alcuni¹³, anche dei dubbi dei contraenti circa la piena o reale compatibilità degli accordi conclusi con gli obblighi OMC; la seconda, sintonica con l'aumento degli accordi "invisibili" o "ufficiosi", è l'aumento del numero degli accordi transitori o provvisori, categoria

preferibili alla piena applicazione di una raccomandazione per rendere una misura conforme agli accordi contemplati". Secondo invece l'art. 22.8, l'Organo di soluzione delle controversie "...continua a tenere sotto controllo l'applicazione delle raccomandazioni o delle decisioni adottate, anche nei casi in cui è stata fornita una compensazione o sono stati sospesi concessioni o altri obblighi ma non sono state applicate le raccomandazioni per rendere una misura conforme agli accordi contemplati".

¹² In quel caso, infatti, l'Organo di appello rilevò come tutte e tre le misure previste dall'art. 22.8 dell'Intesa per porre fine alla sospensione di concessioni o altri obblighi a titolo di contromisura, e tra di esse il ricorso ad una "soluzione reciprocamente soddisfacente", presuppongono "...a final and substantive resolution of the dispute", il che implica che "...the inconsistency resulting from the measure ... must be remedied", v. *United States – Continued Suspension of Obligations in the EC – Hormones Dispute*, Report of the Appellate Body, WT/DS320/AB/R del 16 ottobre 2008, par. 304.

¹³ V. H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, p. 110.

non prevista né regolamentata dall'Intesa sulla soluzione delle controversie.

In altre parole, la prassi fa registrare “deviazioni” rispetto ad uno schema che dovrebbe essere finalizzato all’armonica integrazione tra mezzi diplomatici e giurisdizionali.

Giungiamo quindi alla questione indicata nel titolo di questo contributo: il moltiplicarsi di accordi di risoluzione delle controversie, in forme previste ma anche non previste dall'Intesa, la cui compatibilità con la stessa è per fatti concludenti spesso oggetto di dubbio da parte dei contraenti (che infatti tendono a sottrarsi al controllo collettivo ed istituzionale), quali indicazioni offre circa la natura del sistema di soluzione delle controversie dell'OMC?

È noto infatti che soprattutto all’indomani dell’entrata in vigore degli Accordi conclusivi dell’Uruguay Round, uno dei *mantra* più diffusi in dottrina fu che il GATT 1947 aveva vissuto una trasformazione sostanziale (se non radicale), divenendo, da sistema improntato alla ricerca di soluzioni flessibili, pragmatiche, “power-oriented”, un sistema essenzialmente orientato al rispetto di regole uniformi per tutte le parti contraenti¹⁴. Questa trasformazione, più di ogni altro indice, era testimoniata proprio dal c.d. “gioiello della corona”¹⁵, il nuovo sistema di soluzione delle controversie dai tratti oramai pronunciatamente giurisdizionali (com’è testimoniato dall’inversione della regola del *consen-*

¹⁴ La distinzione tra metodi “power-oriented” e metodi “rule-oriented” di soluzione delle controversie fu introdotta, con specifico riferimento al GATT, da J. JACKSON, *The Crumbling Institutions of the Liberal Trade System*, in *JWT*, 1978, p. 93 ss.; ID., *Governmental Disputes in International Trade Relations: A Proposal in the Context of GATT*, *ibidem*, 1979, p. 1 ss. Al momento dell’entrata in vigore del nuovo sistema di soluzione delle controversie dell’OMC (e poi negli anni successivi), essa fu espressamente o implicitamente ripresa da un gran numero di autori (ci limitiamo qui a ricordare E.-U. PETERSMANN, *The Dispute Settlement System of the World Trade Organization and the Evolution of the GATT Dispute Settlement System Since 1948*, in *CMLR*, 1994, p. 1157 ss. e T. COTTIER, *Dispute Settlement in the World Trade Organization: Characteristics and Structural Implications for the European Union*, *ibidem*, 1998, p. 325 ss.).

¹⁵ V. il discorso tenuto dal Direttore generale dell’OMC Supachai Panitchpakdi il 9 giugno 2004, *Ten Years After Marrakesh: the WTO and Developing Countries*, consultabile all’indirizzo https://www.wto.org/english/news_e/spsp_e/spsp29_e.htm.

sus in punti nevralgici che conferiscono automaticità alla procedura, dall'introduzione di una fase esecutiva più dettagliata, dalla nascita di un Organo di appello permanente, che costituisce una sorte di Corte internazionale del commercio).

Il sistema, tuttavia, già sulla carta, non aveva perso elementi diplomatici¹⁶, che però sembravano – ripeto, soprattutto nei primi anni di vita dell'organizzazione – relegati soprattutto alla fase che precede il formarsi della decisione (quasi-) giudiziale, e cioè l'adozione dei rapporti dei *panel* e dell'Organo di appello da parte dell'Organo di soluzione delle controversie. È stata la prassi ad incaricarsi di dimostrare che in realtà quello che la Corte di giustizia dell'Unione europea ha definito – nella sua giurisprudenza sull'assenza di effetti diretti del diritto OMC nell'ordinamento comunitario – il “margine di manovra” che il meccanismo di soluzione delle controversie in parola continua a conferire agli Stati¹⁷, aveva spazi di esercizio più ampi di quelli originaria-

¹⁶ Come opportunamente evidenziato da altra parte della dottrina (P. PICONE, A. LIGUSTRO, *Diritto dell'Organizzazione mondiale del commercio*, Padova, 2002, p. 583) che, rilevando il carattere “misto” o “ibrido” del sistema di soluzione delle controversie dell'OMC, sottolinea come lo stesso punti a contemperare una “decisa evoluzione in senso giudiziario” con “una contemporanea valorizzazione di tecniche più flessibili, fondate sulla ricerca dell'accordo amichevole e di una reciproca soddisfazione tra le parti in lite”. Chi scrive ha, a sua volta, già più volte sostenuto la tesi della natura ibrida del sistema di soluzione delle controversie dell'OMC in lavori cui sarà qui consentito rinviare, v. A. TANCREDI, *EC Practice in the WTO: How Wide is the 'Scope for Manoeuvre'?*, in *EJIL*, 2004, p. 933 ss., p. 946, and ID., *On the Absence of Direct Effect of the WTO Dispute Settlement Body's Decisions in the EU Legal Order*, in E. CANNIZZARO, P. PALCHETTI, R. WESSEL (a cura di), *International Law as Law of the European Union*, Leiden-Boston, 2011, p. 249 ss., pp. 256-258.

¹⁷ Causa C-149/96, *Repubblica portoghese c. Consiglio*, in *Raccolta* I-8425, par. 46. A tal riguardo, e per registrare la mutata percezione del concreto funzionamento del sistema di soluzione delle controversie dell'OMC, è interessante rilevare la distanza, di visione complessiva se non proprio di risultati, che divide le conclusioni degli Avvocati generali Alber in *Biret* (causa C-93/02, *Biret International SA c. Consiglio*, in *Raccolta* I-10497, par. 81 delle conclusioni del 15 maggio 2003), e Tizzano in *Van Parys* (causa C-377/02, *Léon Van Parys c. Belgisch Interventie- en Restitutiebureau (BIRB)*, in *Raccolta* I-1468, par. 57 delle conclusioni del 18 novembre 2004), da quelle dell'Avvocato generale Poiras Maduro qualche anno dopo in *Fiamm e Fedon* (cause riunite C-120/06 P e C-121/06 P, *Fabbrica italiana accumulatori motocarri*

mente immaginati o prospettati, secondo modalità previste ma anche non previste dal testo dell'Intesa.

Nel corso della seguente analisi esamineremo il ruolo riservato alle soluzioni reciprocamente accettabili nella gerarchia dei rimedi previsti dall'Intesa, e soprattutto il loro ruolo nella fase esecutiva, analizzando anche la ragione della primazia loro riconosciuta ai sensi dell'art. 3.7 dell'Intesa stessa. Proveremo poi a fornire una definizione degli accordi previsti dall'Intesa, in modo da distinguerli dagli accordi informali o provvisori non previsti né disciplinati da tale strumento, per poi indagare le ragioni – più o meno confessabili – delle deviazioni dallo schema originario di virtuosa integrazione tra mezzi diplomatici e giurisdizionali (schema come si è già visto imperniato sui requisiti di conformità e trasparenza), esaminando così quella “zona grigia” di accordi *inter se* che la prassi a malapena nasconde.

La conclusione cui si giungerà è che la natura *ibrida* che oramai molti ascrivono al sistema di soluzione delle controversie dell'OMC poggia su di una situazione di fatto nella quale la componente giudiziale, che pur funziona con un considerevole margine di successo (e rappresenta oggi il meccanismo di soluzione delle controversie interstatali più prolifico tra quelli esistenti), può finire con l'essere un “modulo”¹⁸,

Montecchio SpA (FIAMM), Fabbrica italiana accumulatori motocarri Montecchio Technologies Inc. (FIAMM Technologies) c. Consiglio e Commissione e Giorgio Fedon & Figli SpA, Fedon America, Inc. c. Consiglio e Commissione, in *Raccolta I-6513*, par. 47 delle conclusioni del 20 febbraio 2008). Secondo i primi, infatti “non esiste alcuna alternativa all’attuazione delle raccomandazioni e delle decisioni del DSB”, per cui in particolare dopo la scadenza del termine stabilito per l’adempimento il loro contenuto “non può essere aggirato per effetto di negoziati tra le parti interessate”. Secondo Maduro, invece, “anche dopo la scadenza del termine impartito per rendere conforme la misura dichiarata incompatibile con le norme dell’OMC ed anche dopo l’autorizzazione e l’adozione di misure di ritorsione, un posto importante resta comunque riservato al negoziato tra le parti della controversia”. Ed in effetti – come si dirà anche nel testo – i due accordi dai quali questo contributo trae spunto sono stati conclusi proprio dopo che le contromisure erano state già richieste dalla controparte (*US-Clove Cigarettes*), o addirittura già autorizzate (in favore del Brasile, in *US-Upland Cotton*).

¹⁸ L. BOISSON DE CHAZOURNES, M.G. KOHEN, J.E. VIÑUALES, *Concluding Observations*, in ID. (a cura di), *Diplomatic and Judicial Means of Dispute Settlement*, cit., p. 337.

un “ingrediente”, di un meccanismo più complesso che appunto inizia e finisce col negoziato e talvolta con l'accordo. Spesso l'accordo si armonizza con la decisione giudiziale, contribuendo ad una sua più efficace e tempestiva attuazione e quindi rafforzando il sistema. Altre volte, invece, incarna la volontà delle parti di riassumere bilateralmente, e quindi reintestarsi, la funzione di soluzione delle controversie affidata in via esclusiva (ai sensi dell'art. 23 dell'Intesa) al meccanismo istituzionale, attraverso soluzioni che derogano alla normativa multilaterale e che si configurano come una sorta di valvola di sicurezza cui le Parti ricorrono in “casi difficili”¹⁹. Il risultato finale è che il ricorso ad accordi *inter se* talvolta non previsti, talaltra portatori di deroghe, finisce col costituire un ulteriore elemento di frammentazione normativa del sistema giuridico creato dagli accordi OMC, elemento che contribuisce ad incrinare la pretesa uniformità²⁰ per tutte le parti contraenti degli obblighi che da quel sistema discendono.

3. Il ruolo prioritario dell'accordo nella gerarchia dei mezzi di soluzione delle controversie dell'OMC

Ai sensi dell'art. 3.7 dell'Intesa, lo scopo *primario* del meccanismo contenzioso dell'OMC è quello di garantire una soluzione positiva della controversia, da raggiungersi, *preferibilmente*, attraverso una soluzione reciprocamente accettabile tra le parti in lite. È solo in assenza di una soluzione reciprocamente concordata che il primo obiettivo diventa il ritiro della misura incompatibile con gli accordi OMC, obbligo che si configura come atto di cessazione della violazione. Qualora poi il ritiro immediato della misura illegittima sia impraticabile, potrà allora farsi ricorso ai due rimedi costituiti dalla compensazione (forma di riparazione per equivalente che abitualmente consiste nella concessione da

¹⁹ Sulla persistenza di un *ethos* diplomatico nel sistema OMC, v. J.H.H. WEILER, *The Rule of Lawyers and the Ethos of Diplomats*, in *JWT*, 2001, p. 191 ss.

²⁰ Uniformità sostenuta, ad esempio, da G. MARCEAU, *Conflicts of Norms and Conflicts of Jurisdictions. The Relationship between the WTO Agreement and MEAs and Other Treaties*, in *JWT*, 2001, p. 1081 ss., p. 1105 (“WTO obligations are always the same for all Members”).

parte del soccombente di ulteriori concessioni commerciali su base non discriminatoria)²¹, o, come *extrema ratio*, dalla possibilità di sospendere l'applicazione di concessioni o altri obblighi a titolo di contromisura (terza conseguenza dell'illecito contemplata dall'Intesa), previa autorizzazione conferita dall'Organo di soluzione delle controversie. Peraltro, né la compensazione né le contromisure si configurano come alternative all'adempimento. Entrambe, infatti – ai sensi dell'art. 22.1 dell'Intesa –, hanno carattere provvisorio e non “sono preferibili alla piena applicazione di una raccomandazione per rendere una misura conforme agli accordi contemplati”. Le contromisure, in particolare, mirano, da un lato, ad evitare l'amplificazione del danno sofferto dagli altri Membri (posto che l'Intesa non prevede forme di riparazione con effetto retroattivo)²², e dall'altro, ad esercitare una pressione sulla parte soccombente affinché ottemperi le richieste di modifica o ritiro delle misure illegittime formulate dall'Organo di soluzione delle controversie²³.

La cessazione dell'illecito resta quindi il fine ultimo e non surrogabile della procedura, dal momento che l'intero sistema mira a ripristinare l'equilibrio violato, mentre il ricorso a compensazioni o sanzioni commerciali produce un ulteriore turbamento dell'equilibrio, stavolta a danno, peraltro non esclusivo, dello Stato autore dell'illecito²⁴.

Resta tuttavia il fatto che ai sensi dell'art. 3.7 dell'Intesa esiste una chiara gerarchia tra i rimedi, al cui interno le soluzioni concordate prevalgono sui mezzi giurisdizionali. Tale gerarchia riflette ancora oggi quanto osservato dalla Corte permanente di giustizia internazionale nel

²¹ Così A. LIGUSTRO, *Le controversie tra Stati nel diritto del commercio internazionale: dal GATT all'OMC*, Padova, 1996, p. 609.

²² V. J. TIJMES, *Jurisprudential Developments on the Purpose of WTO Suspension of Obligations*, in *WTR*, 2014, p. 1 ss.

²³ V. *European Communities - Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, Recourse to Arbitration by the European Communities under Article 22.6 of the DSU – Decision by the Arbitrators, WT/DS27/ARB del 9 aprile 1999, par. 6.3.

²⁴ Com'è noto, la compensazione può assumere carattere definitivo, nel quadro di una soluzione concordata raggiunta dalle parti in lite, solo nell'ambito dei c.d. *non-violation complaints* (ricorsi senza infrazione). Tale soluzione viene normalmente raccomandata dall'Organo di soluzione delle controversie (v. art. 26, par. 1, lett. c, dell'Intesa).

caso delle *Zone libere dell'Alta Savoia e del Distretto di Gex*, e cioè che «...le règlement judiciaire des conflits internationaux... n'est qu'un succédané au règlement direct et amiable de ces conflits entre les Parties; que, dès lors, il appartient à la Cour de faciliter, dans toute la mesure compatible avec son Statut, pareil règlement direct et amiable»²⁵.

Ed invero, l'Intesa è costellata di disposizioni che aprono al negoziato in ogni sua fase. Spesso si tratta di un negoziato che ha ad oggetto questioni eminentemente procedurali (dalla definizione del mandato del *panel*, alla composizione dello stesso, alla definizione del termine per l'adempimento, al ricorso alla procedura di controllo dell'adempimento prevista dall'art. 21.5 dell'Intesa, alla compensazione), che possono però fornire l'occasione anche per raggiungere soluzioni sostanziali.

Quanto invece al negoziato di portata sostanziale, finalizzato cioè alla soluzione della controversia nel merito, il suo svolgimento è previsto nella fase delle consultazioni, la sua ricerca è parte della funzione dei *panel* (che hanno l'obbligo di consultare le parti per offrire loro adeguate occasioni di accordo ai sensi dell'art. 11 dell'Intesa, oltre a dover consentire una *interim review* del rapporto finale in modo da spingere le parti a comporre la lite), e può continuare nella fase d'appello (come indicato dalla *Rule 30* delle *Working Procedures for Appellate Review*), ed in quella esecutiva (com'è indicato dall'art. 22.8 dell'Intesa stessa).

In quest'ultima fase, in particolare, l'accordo può svolgere un ruolo centrale nel garantire efficace esecuzione della decisione assunta dall'Organo di soluzione delle controversie. Ai sensi dell'art. 19 dell'Intesa, infatti, sul soccombente incombe un obbligo di risultato, consistente nel rendere il proprio ordinamento conforme alle norme OMC la cui violazione è stata accertata. Il *panel* o l'Organo di appello possono suggerire modalità di esecuzione, ma non sono obbligati a farlo²⁶. Anche se lo fanno, poi, la raccomandazione non è vincolante poiché la scelta dei mezzi di attuazione è rimessa in prima battuta allo Sta-

²⁵ *Affaire des zones franches de la Haute-Savoie et du Pays de Gex*, Ordonnance du 19 août 1929, in *Recueil des arrêts*, Série A, n. 22, p. 13.

²⁶ *European Communities – Trade Description of Sardines*, Report of the Panel, WT/DS231/R del 29 maggio 2002, par. 8.3 (“...the authority under Article 19.1 is one of discretion”); *United States – Final Dumping Determination on Softwood Lumber from Canada*, Report of the Panel, WT/DS264/R del 13 aprile 2004, par. 8.6.

to condannato²⁷. Ovviamente la controparte può essere insoddisfatta delle modalità di adempimento prescelte e fare ricorso alla procedura di controllo sull'adempimento prevista dall'art. 21.5 dell'Intesa. È quindi anche per evitare questo ulteriore ricorso al contenzioso che le parti spesso concludono accordi sull'esecuzione, che in questa prospettiva sono solo un mezzo per rendere più spedita ed efficace la risoluzione della controversia in attuazione della decisione assunta dall'Organo di soluzione. Insomma mezzi diplomatici e giurisdizionali possono operare in maniera sinergica.

Pertanto, l'idea dell'esistenza di una gerarchia tra mezzi di soluzione delle controversie che pone l'accordo al suo vertice non nasce certo con l'istituzione dell'OMC. Essa risale infatti al 1979, allorché nel quadro del *Tokyo Round* fu adottato l'*Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance* allo scopo di codificare la prassi consuetudinaria di soluzione delle controversie maturata nel GATT²⁸. L'*Annex Article 4* conteneva un passaggio familiare, in virtù del quale "A solution mutually acceptable to the parties to a dispute is clearly to be preferred". Rispetto all'identico art. 3.7 dell'attuale Intesa, mancava solo il riferimento all'obbligo di conformità agli accordi contemplati. Tale obbligo, insieme a quello di notifica, fu successivamente introdotto nel quadro dell'*Uruguay Round* e degli *Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures* del 1989²⁹, per essere infine codificato – come già detto – negli artt. 3.5 e 3.7 dell'Intesa.

²⁷ Così *United States – Anti-Dumping and Countervailing Measures on Steel Plate from India*, Report of the Panel, WT/DS206/R del 28 giugno 2002, par. 8.8. V. anche *United States – Countervailing Measures Concerning Certain Products from the European Communities*, Report of the Panel, WT/DS212/R del 31 luglio 2002, par. 6.43 ("...Members have discretion in how to bring a measure found to be WTO-inconsistent into conformity with WTO obligations").

²⁸ *Understanding Regarding Notification, Consultation, Dispute Settlement and Surveillance*, L/4907 del 28 novembre 1979, in *Basic Instruments and Selected Documents (GATT)* 26S/210.

²⁹ *Improvements to the GATT Dispute Settlement Rules and Procedures*, L/6489 del 12 aprile 1989, in *Basic Instruments and Selected Documents (GATT)* 36S/61. Se ne vedano gli articoli A.2 e B.1.

L'elemento più interessante ai fini della nostra analisi, tuttavia, è legato alle ragioni che spinsero le Parti contraenti del GATT a inserire la disposizione sopra menzionata nell'*Understanding* del 1979. Come si osservò in dottrina³⁰, infatti, l'obiettivo fu quella di fornire stabilità e preservare la credibilità del sistema di soluzione delle controversie, evitando una prassi diffusa di inadempimenti dinanzi a casi "difficili". Questo obiettivo fu perseguito consentendo, appunto, alle parti di fornire soluzioni negoziate a casi "difficili" o "sbagliati", e cioè a controversie altamente sensibili sotto il profilo politico ed economico, in cui venivano in gioco interessi che impedivano ai governi di adempiere prontamente e/o pienamente alle decisioni dei *panels*. L'enfasi posta sulla conclusione "prioritaria" degli accordi serviva quindi a fornire un mezzo per risolvere casi che non avrebbero dovuto indirizzarsi per via giurisdizionale, senza peraltro precludere la stessa via in ipotesi diverse³¹.

Ai sensi del suo art. 3.1, l'Intesa si pone in continuità col precedente meccanismo di garanzia previsto dal GATT 1947: i Membri infatti sono vincolati al rispetto dell'*acquis* del GATT. Da qui la preferenza espressa dall'Intesa per le soluzioni concordate, cui ricorrere in funzione di rafforzamento del sistema, lasciando aperta la possibilità, più ambigua, di adoperare tali soluzioni come valvola di sicurezza cui ricorrere – come detto – in casi "difficili".

4. Il diffondersi di accordi provvisori non previsti dall'Intesa e la nozione di "soluzione reciprocamente accettabile"

Come si è già accennato, una delle tendenze più significative emerse negli ultimi anni nella prassi di soluzione delle controversie dell'OMC attiene alla proliferazione di accordi temporanei non espressamente previsti e regolati dall'Intesa, e che quindi potrebbero sottrarsi ai due obblighi di conformità e notifica previsti dall'Intesa stessa per le "soluzioni reciprocamente accettabili". Le ragioni retrostanti il diffondersi di

³⁰ R.E. HUDEC, *GATT Dispute Settlement after the Tokyo Round: An Unfinished Business*, in *Cornell ILJ*, 1980, p. 145 ss., pp. 159-163.

³¹ *Ibidem*, p. 177, pp. 185-188.

tale tipologia di accordi sono in buona parte legate agli effetti indesiderabili dei rimedi – compensazione e contromisure – previsti dall’Intesa in caso di perdurante inadempimento. Gli accordi provvisori, infatti, offrono spesso alla parte vittoriosa un sollievo temporaneo – a volte in forma di compensazioni monetarie selettivamente erogate dal soccombente (rimedio in realtà non previsto dall’Intesa, che, come detto, prescrive solo compensazioni non discriminatorie in quanto rispettose del principio della nazione più favorita, che parrebbero dover assumere forma di vantaggi commerciali addizionali) – in attesa che si giunga ad una piena esecuzione dell’obbligo di ritiro o modifica della misura accertata come illecita. Procedendo in tal modo, si riescono anche ad evitare i molti problemi legati all’adozione di contromisure che impongono ulteriori restrizioni al commercio (muovendosi quindi in una direzione opposta a quella voluta dal sistema OMC complessivamente considerato), con effetti pregiudizievole spesso di natura bilaterale, poiché possono colpire sia i consumatori e gli operatori economici dello Stato che reagisce all’altrui inadempimento (che pagano prezzi più alti per acquistare i beni o le materie prime ed i servizi stranieri colpiti da sanzioni), sia i produttori dello Stato colpito (i cui beni, una volta esportati, saranno gravati da dazi maggiorati che si scaricheranno sul prezzo di vendita), afferenti talvolta a settori commerciali diversi da quelli al cui interno l’inadempimento ha avuto origine (e perciò “innocenti”). Tali effetti negativi spiegano perché dall’entrata in vigore degli accordi OMC nel 1995, sino al dicembre del 2014, su quasi cinquecento controversie avviate, l’Organo di soluzione delle controversie abbia autorizzato solo diciotto richieste formali di contromisure riguardanti in tutto dieci controversie³², e perché il numero di contromisure effettivamente attuate sia anche inferiore, dal momento che in almeno cinque casi le contromisure autorizzate non sono mai state attuate in concreto³³.

³² *Overview of the State of Play of WTO Disputes*, Annual Report (2014) Addendum, WT/DSB/64/Add.1 del 26 novembre 2014, p. 143 ss.

³³ *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, Recourse to Article 22.7 of the DSU by Ecuador, WT/DS27/54 dell’8 maggio 2000, e WT/DSB/M/80 del 18 maggio 2000 per l’autorizzazione dell’Organo di soluzione delle controversie; *Brazil – Export Financing Programme for Aircraft*,

In sintesi, quindi, gli accordi provvisori vengono a configurarsi come un terzo rimedio, alternativo ai due ufficialmente previsti dall'Intesa, emerso per via di prassi.

Il diffondersi di tali accordi – che ripetiamo non sono né previsti né disciplinati dall'Intesa – pone, d'altro canto, il problema di comprendere invece cosa esattamente intenda l'Intesa con l'utilizzo dell'espressione “mutually agreed solution”. L'art. 3.7 non ne dà una definizione, ma c'è accordo in dottrina nel dire che non ogni accordo sostanziale concluso nel quadro del sistema di soluzione delle controversie, o eventualmente notificato al DSB, possa essere qualificato come soluzione reciprocamente accettabile³⁴.

Una parola di chiarezza a tal riguardo è stata spesa dall'Organo di appello nel già citato secondo rapporto sull'adempimento reso nel caso *EC-Bananas III*. In quella circostanza, infatti, l'Organo di appello, posto dinanzi ai due *Understanding* relativi alla controversia sulle banane conclusi dalla Comunità europea l'11 aprile 2001 con gli Stati Uniti, e il 30 aprile 2001 con l'Ecuador – accordi che secondo la Comunità rappresentavano appunto una “mutually agreed solution”, e secondo gli altri due Stati solo un accordo intermedio che indicava i passi per giungere ad una soluzione, ma non la soluzione in sé – affermò che «The identification of the means for the resolution of a dispute is an intermediate step towards a final solution to a dispute. The mere identification of the

Recourse by Canada to Article 22.7 of the DSU and Article 4.10 of the SCM Agreement, WT/DS46/25 dell'1 dicembre 2000, e WT/DSB/M/94 del 12 dicembre 2000 per l'autorizzazione; *Canada – Export Credits and Loan Guarantees for Regional Aircraft*, Recourse by Brazil to Article 22.7 of the DSU and Article 4.10 of the SCM Agreement, WT/DS222/10 del 7 marzo 2003, e WT/DSB/M/145 del 18 marzo 2003 per l'autorizzazione; *United States – Subsidies on Upland Cotton (I and II)*, Recourse to Article 4.10 of the SCM Agreement and Article 22.7 of the DSU by Brazil, WT/DS267/41 del 9 novembre 2009 e Recourse to Article 7.9 of the SCM Agreement and Article 22.7 of the DSU by Brazil, WT/DS267/42 sempre del 9 novembre 2009, e WT/DSB/M/276 del 19 novembre 2009 per l'autorizzazione; *United States – Measures Affecting the Cross Border Supply of Gambling and Betting Services*, Recourse by Antigua and Barbuda to Article 22.7 of the DSU, WT/DS285/25 del 13 dicembre 2012, e WT/DSB/M/328 del 28 gennaio 2013 per l'autorizzazione.

³⁴ Vedi W. ALSCHNER, *op. cit.*, p. 81 ss.

means *will not resolve the dispute*»³⁵. In altre parole, accordi il cui testo esprime «a possibility, but not the finality, of a resolution of the dispute»³⁶, hanno solo finalità di «precursor to the possibile conclusion of a final settlement»³⁷, e quindi non rappresentano *soluzioni* reciprocamente accettabili ai sensi dell'art. 3.7. Nel determinare se un accordo è portatore di una soluzione *finale* si dovrà guardare all'uso dei termini (ad esempio “can be resolved”, e non “is resolved”)³⁸; all'uso dei tempi (il futuro al posto del presente); al riferimento ad una sequenza di azioni da intraprendere in un momento futuro; all'espressione di aspettative; all'impegno a porre in essere una futura notifica.

Va tuttavia detto che, a volte, gli Stati notificano anche gli accordi intermedi, anche se non sempre a titolo di “mutually agreed solution” ai sensi dell'art. 3.6 dell'Intesa.

5. *Le deviazioni rispetto al modello di virtuosa integrazione tra mezzi diplomatici e mezzi giurisdizionali nel sistema di soluzione delle controversie dell'OMC*

Se si guarda al periodo 1995-2010, delle 410 controversie avviate, 176 non hanno prodotto una richiesta di costituzione di un *panel*, eppure solo in 36 casi si è registrata una notifica di accordi ai sensi dell'art. 3.6 dell'Intesa³⁹. In altri termini, nel periodo considerato, circa la metà dei casi è stata oggetto di composizione amichevole durante la fase delle consultazioni (e la percentuale sembra essere in crescita se si considerano anche gli anni successivi)⁴⁰, ma la vasta maggioranza degli ac-

³⁵ *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, Second Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador, Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States, Report of the Appellate Body, cit., paragrafi 219-220 (corsivo aggiunto).

³⁶ *Ibidem*.

³⁷ *Ibidem*, par. 214.

³⁸ *Ibidem*, par. 219.

³⁹ V. H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, p. 111.

⁴⁰ Così P.C. MAVROIDIS, *Dispute Settlement in the WTO (Mind over Matter)*, EUI Working Paper RSCAS 2015/34, che aggiorna il dato portandolo al 60%.

cordi conclusi non è stata notificata, o i loro termini sono rimasti ignoti, e quindi non è stato possibile sottoporli al controllo multilaterale degli altri Membri.

Le cifre che riguardano la fase dell'esecuzione non vanno in direzione diversa. Dei 102 casi di condanna registrati fino al 2010, in 88 è sorto un problema di non adempimento una volta scaduto il termine fissato. In 61, però, non c'è stato ricorso alla procedura di controllo giudiziale circa l'esistenza o la compatibilità con gli accordi contemplati delle misure prese dal soccombente per ottemperare alle raccomandazioni e decisioni assunte dagli organi di soluzione delle controversie, procedura prevista dall'art. 21.5 dell'Intesa. Secondo alcuni autori ciò indicherebbe che in questi casi è intervenuto un accordo tra le parti, accordo che però non sempre è stato formalizzato⁴¹.

Ora, non v'è dubbio che il basso numero complessivo di notifiche dipenda anche da alcune lacune dell'Intesa. L'obbligo di notificazione, infatti, è regolato in maniera poco dettagliata nell'art. 3.6, o forse bisognerebbe dire che non lo è affatto. Ed invero, non è chiaro quale sia il *termine* entro il quale la notifica debba avvenire (vi sono stati casi di accordi conclusi nel 2003 e notificati nel 2009)⁴²; da *chi* debba essere effettuata, ed in particolare se deve essere effettuata congiuntamente o separatamente da tutti i contraenti dell'accordo *inter se*; quale debba essere il suo *oggetto* obbligatorio, e quindi se debba contenere il testo integrale dell'accordo. Tutto ciò ricordando che una notifica priva di dettagli e non effettuata in modo tempestivo non consente un controllo collettivo ed ostacola la tutela dei diritti degli altri membri dell'OMC⁴³.

⁴¹ H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, pp. 113-114.

⁴² *Croatia – Measure Affecting Imports of Live Animals and Meat Products*, Notification of a Mutually Agreed Solution, WT/DS297/2, G/L/636/Add.1, G/SPS/GEN/411/Add.1 del 6 febbraio 2009. Nel caso di specie, peraltro, la notifica aveva ad oggetto una sola frase “On behalf of our authorities we would like to inform you that Hungary and Croatia did find a mutually satisfactory solution to this case in 2003”.

⁴³ V. E. BARONCINI, *The WTO Dispute Settlement Understanding as a Promoter of Transparent, Rule-oriented, Mutually Agreed Solutions. A Study of the Value of DSU Consultations and Their Positive Conclusion*, in P. MENGOZZI (a cura di), *International Trade Law on the 50th Anniversary of the Multilateral Trading System*, Milano, 1999, p. 153 ss., p. 259.

Oltre all'evasività della disciplina, vi sono però altre ragioni – più o meno confessabili – per le quali gli accordi non vengono notificati o si ricorre ad accordi temporanei che, come visto, non rientrano nella categoria prevista e regolata dall'art. 3 dell'Intesa.

La prima ragione comune alle due tendenze è che si preferisce notificare una soluzione finale ai sensi dell'art. 3.6 solo nel momento in cui il convenuto soccombente ha oramai dato attuazione completa agli impegni assunti nell'accordo *inter se*, in modo da non cancellare la causa dall'agenda dell'Organo di soluzione delle controversie e quindi tenere sempre pendente la controversia originaria. In questo modo il ricorrente vincitore, in caso di inesecuzione o non completa o non corretta esecuzione degli impegni assunti dal convenuto soccombente nell'accordo tra essi intervenuto, avrà sempre la possibilità di ricorrere o alla procedura di controllo dell'adempimento prevista dall'art. 21.5 dell'Intesa o ai rimedi previsti dall'art. 22 della stessa (compensazioni o contromisure). A meno, ovviamente, che non via abbia espressamente rinunciato nell'accordo stesso. La necessità di tenere sempre “viva”, e quindi iscritta nell'agenda dell'Organo di soluzione, la controversia originaria discende dalla circostanza che – nonostante alcuni tentativi di argomentare in senso contrario⁴⁴ – la violazione degli impegni contenuti nell'accordo *inter se* è generalmente ritenuta non giustiziabile ai sensi dell'Intesa, poiché tali accordi non rientrano tra gli “Accordi contemplati” (e cioè il pacchetto di trattati gestiti dall'OMC) che, ai sensi dell'art. 1.1 dell'Intesa, perimetrano la giurisdizione degli organi di soluzione delle controversie. Perciò l'unica arma a disposizione della parte vincitrice per evitare di restare senza rimedi, o di dover presentare un nuovo ricorso dinanzi all'inadempimento del soccombente, è tenere viva la disputa originaria.

Una seconda ragione – ed è qui che la divergenza tra mezzi diplomatici e giurisdizionali diviene più tangibile – risiede nella circostanza che evidentemente i contraenti spesso preferiscono non rendere pubblico il contenuto dell'accordo *inter se*, sottraendosi quindi al controllo

⁴⁴ A. ALVAREZ-JIMÉNEZ, *Mutually Agreed Solutions under the WTO Dispute Settlement Understanding: An Analytical Framework after the Softwood Lumber Arbitration*, in *WTR*, 2011, p. 343 ss., pp. 353-357.

degli altri membri dell'OMC, controllo che l'obbligo di notifica mira invece a consentire. La notifica infatti permette agli altri membri di verificare se l'accordo è stato concluso a loro spese, o se vi sono benefici che dovrebbero essere multilateralizzati per l'operare della clausola della nazione più favorita. Ed infatti, ai sensi dell'art. 3.6 dell'Intesa, ogni membro può sollevare questioni riguardanti gli accordi notificati, chiedendo chiarificazioni, ponendo obiezioni, o anche chiedendo consultazioni in merito ad una misura adottata ai sensi dell'accordo stesso. La congettura avanzata in dottrina⁴⁵, come si è già detto, è che non si voglia rendere pubblico il contenuto degli accordi in parola poiché gli stessi non sono sempre del tutto compatibili con gli accordi contemplati – così com'è invece prescritto dagli artt. 3.5 e 3.7 dell'Intesa – o possono recare pregiudizio ad altri Membri dell'OMC.

Ed invero, già in passato si è avuto modo di registrare accordi che davano adito a consistenti dubbi circa la loro conformità agli obblighi OMC. Per fare un primo esempio, l'accordo concluso nel 2006 tra Stati Uniti e Canada per porre fine all'annosa controversia riguardante il *Legno di conifere*⁴⁶, conteneva misure di restrizione volontaria delle esportazioni di legno canadese lesive dell'apposito divieto contenuto nell'art. 11.1 b) dell'Accordo sulle misure di salvaguardia⁴⁷. Nel caso degli *Ormoni*, l'accordo concluso il 6 maggio 2009 tra Stati Uniti ed Unione europea⁴⁸ – accordo che è stato nuovamente trasmesso all'Organo di soluzione delle controversie in versione rivista nel 2014, ma non, come già detto, in veste di “mutually agreed solution” ai sensi dell'art. 3.6 DSU – consentiva all'Unione di mantenere in vigore la

⁴⁵ H. RUIZ FABRI, *op. cit.*, p. 110.

⁴⁶ *United States – Final Countervailing Duty Determination with Respect to Certain Softwood Lumber from Canada*, Notification of a Mutually Agreed Solution, WT/DS257/26 del 16 novembre 2006.

⁴⁷ Per una ricostruzione della vicenda, si rinvia ad A. TANCREDI, *Il perdurante ricorso agli accordi di limitazione delle esportazioni come strumento di protezione commerciale*, in A. LIGUSTRO, G. SACERDOTI (a cura di), *Problemi e tendenze del diritto internazionale dell'economia*. Liber amicorum in onore di Paolo Picone, Napoli, 2011, p. 451 ss.

⁴⁸ *European Communities – Measures Concerning Meat and Meat Products (Hormones)*, Joint Communication from the European Communities and the United States, WT/DS26/28 del 30 settembre 2009.

proibizione all'importazione di carne trattata agli ormoni in cambio della concessione, a mo' di compensazione, agli Stati Uniti di un accesso *duty-free* al mercato europeo per la carne statunitense definita di alta qualità non trattata con ormoni. Per quanto oggi non vi sia una parola finale circa la compatibilità con gli accordi contemplati delle misure adottate dall'Unione europea per dare esecuzione alle decisioni assunte in questa controversia dagli organi di soluzione, va tuttavia rilevato come nell'ultimo paragrafo del rapporto emanato nel caso *US – Continued Suspension*⁴⁹, l'Organo di appello abbia confermato che le raccomandazioni e le decisioni adottate nella controversia sugli ormoni restano pienamente operative. Di conseguenza, l'accordo del 2009 consente all'Unione europea di mantenere in vigore misure che rimangono in contrasto con obblighi primari e secondari discendenti dal sistema OMC. La compensazione concessa, inoltre, riguarda la carne di alta qualità definita nell'art. VI dell'accordo come carne esportata *solo* dagli Stati Uniti, ragione che ha indotto alcuni Stati intervenuti in sede di Organo di soluzione delle controversie ad invocare il carattere evidentemente discriminatorio dell'accordo stesso e la sua non conformità all'art. 3.5 dell'Intesa⁵⁰. Alle proteste, peraltro, non paiono essere seguiti passi più concreti. Il carattere discriminatorio appena rilevato, peraltro, caratterizza diverse soluzioni reciprocamente accettabili, che, in effetti, in tanto paiono accettate dalle parti dell'accordo *inter se*, proprio perché di solito prevedono forme di compensazione limitate ai loro rapporti reciproci. A tal riguardo, resta esemplificativo l'accordo con-

⁴⁹ *US – Continued Suspension of Obligations in the EC-Hormones Dispute*, Report of the Appellate Body, WT/DS320/AB/R del 16 ottobre 2008, par. 737.

⁵⁰ V., ad esempio, la dichiarazione del rappresentante dell'Uruguay, in Minutes of Meeting Held in the Centre William Rappard on 19 June 2009, WTO Doc. WT/DSB/M/270 del 28 agosto 2009, par. 68, secondo il quale «There was no justification for maintaining that this specific type of beef, which received preferential treatment, was different from other high quality beef. This constituted discriminatory treatment in favour of a certain origin... Uruguay and all other suppliers would be up against a competitor with a single and exclusive zero tariff preference». «Concern about consistency with the WTO Agreements» ed in particolare col principio della nazione più favorita fu manifestato anche dall'Australia (ivi, par. 66), dall'Argentina (ivi, par. 67) e da altri Paesi intervenuti nel corso della riunione dell'Organo di soluzione delle controversie.

cluso tra Giappone e Corea nel caso *Japan – Quotas on Laver*⁵¹, attraverso il quale il Giappone si impegnava ad allocare appunto alla Corea l'intera quota di importazione di alghe essiccate e stagionate usate per fini alimentari (tra cui la confezione del sushi). Anche in questo caso, tuttavia, all'accordo non paiono aver fatto seguito iniziative concrete di indole contenziosa da parti di altri membri dell'OMC.

Ma anche rimanendo ai due accordi evocati nella nostra introduzione – accordi che però sono stati notificati come soluzioni definitive delle relative controversie, e che pertanto si inquadrano pienamente, per le ragioni dette, negli accordi previsti dall'art. 3.6 dell'Intesa – vi sono profili più o meno evidenti di incompatibilità con obblighi OMC. Nel caso dell'accordo tra Indonesia e Stati Uniti sulle *Sigarette ai chiodi di garofano*⁵², infatti, la proibizione voluta dal governo Obama di produzione e vendita negli Stati Uniti di sigarette con additivi resta in vigore, anche se tale proibizione è stata riconosciuta dagli organi di soluzione delle controversie come lesiva dell'obbligo del trattamento nazionale e quindi discriminatoria, poiché non si applica alle sigarette al mentolo prodotte invece da imprese statunitensi. In cambio, gli Stati Uniti, tra l'altro, rinunziano al diritto di richiedere consultazioni aventi ad oggetto le attuali misure di restrizione all'esportazione di prodotti minerari provenienti dall'Indonesia, misure che probabilmente sono qualificabili come restrizioni volontarie c.d. della “zona grigia”, proibite – come si è già ricordato – dall'art. 11.1 b) dell'Accordo sulle misure di salvaguardia dell'OMC.

A tal riguardo, va rilevato come l'art. 3.5 dell'Intesa, nel porre un dovere di compatibilità tra accordi *inter se* e obblighi OMC, vieti di concludere accordi che derogano ad obblighi discendenti dai trattati contemplati, ma non impedisca di rinunciare ad un diritto attraverso un

⁵¹ *Japan – Import Quotas on Dried Laver and Seasoned Laver*, Notification of a Mutually Agreed Solution, WT/DS323/5 del 27 gennaio 2006. Solleva dubbi circa la conformità di tale accordo alle regole OMC in tema di non-discriminazione commerciale, J. NAKAGAWA, *No More Negotiated Deals? Settlement of Trade and Investment Disputes in East Asia*, in *Jou. Int. Ec. Law*, 2007, p. 837 ss., pp. 856-858.

⁵² *United States – Measures Affecting the Production and Sale of Clove Cigarettes*, Notification of a Mutually Agreed Solution, WT/DS406/17, G/L/917/Add.1, G/SPS/GEN/1015/Add.1, G/TBT/D/38/Add.1 del 28 ottobre 2014.

accordo *inter se*. Ed invero, l'Organo di appello nel caso *EC-Bananas III* ha riconosciuto che in un accordo le parti possono rinunciare al diritto di attivare i procedimenti previsti dall'art. 21.5 dell'Intesa, posto che il testo dell'accordo «...must reveal clearly that the parties intended to relinquish their rights»⁵³. D'altro canto, però, va altresì ricordato che l'art. 3.5 proibisce attraverso un accordo di impedire il raggiungimento degli obiettivi degli accordi OMC, tra i quali rientra senz'altro la garanzia della certezza e della prevedibilità del sistema multilaterale. Ora, in un meccanismo di soluzione delle controversie che non prevede né azione dall'alto affidata agli organi dell'OMC *ex officio*, né dal basso affidata ai privati, ci si affida interamente ai ricorsi orizzontali di parte per fare emergere condotte potenzialmente illecite. La parte ricorrente, insomma, non svolge solo una funzione privata di tutela del suo interesse, ma una funzione generale tesa a provocare il controllo di legalità. Se vi abdica, rinunciando convenzionalmente al ricorso in una situazione che probabilmente sottende una misura proibita, il costo può non riguardare solo la sua posizione soggettiva ma l'intero sistema.

Un'ultima notazione attiene al profilo della trasparenza. Benché infatti Stati Uniti e Indonesia abbiano notificato all'Organo di soluzione delle controversie, ai sensi dell'art. 3.6 dell'Intesa, la conclusione dell'accordo in parola, gli stessi non hanno allegato alla comunicazione ufficiale il testo dell'accordo stesso. Il testo è stato reso disponibile solo qualche mese dopo sul sito dello *US Trade Representative*⁵⁴, il che pare costituire una forma di adempimento dell'obbligo di notifica non del tutto in linea con la *ratio*, se non con la lettera (che come si è già detto non specifica "cosa" debba essere oggetto di notifica), dell'art. 3.6, *ratio* che è appunto quella di consentire un tempestivo controllo multilaterale sul contenuto della soluzione amichevole raggiunta.

Quanto invece all'altro accordo tra Stati Uniti e Brasile relativo alla

⁵³ *European Communities – Regime for the Importation, Sale and Distribution of Bananas*, Second Recourse to Article 21.5 of the DSU by Ecuador; Recourse to Article 21.5 of the DSU by the United States, Report of the Appellate Body, cit., par. 217.

⁵⁴ *Memorandum of Understanding between the Government of the United States of America and the Government of the Republic of Indonesia* del 3 ottobre 2014, consultabile presso l'indirizzo [https://ustr.gov/sites/default/files/US% 20Indo% 20MOU.pdf](https://ustr.gov/sites/default/files/US%20Indo%20MOU.pdf).

controversia sui *Sussidi illeciti ai produttori di cotone statunitensi*⁵⁵, esso da un lato fa sopravvivere misure legislative (in particolare il nuovo programma di assicurazione per i produttori di cotone statunitensi denominato *Stacked Income Protection Plan*, contenuto nel *Farm Bill* del 2014 e largamente finanziato con sussidi federali) la cui compatibilità con gli obblighi OMC in tema di sussidi resta dubbia, e dall'altro prevede una misura finale di compensazione monetaria (pari a 300 milioni di dollari) diretta all'Istituto brasiliano del cotone che sembra quantomeno collidere col requisito posto dall'art. 22.1 dell'Intesa per il quale la compensazione deve essere compatibile con gli accordi contemplati, e quindi con l'obbligo del trattamento della nazione più favorita, e non può quindi essere selettivamente limitata all'altra parte in lite (ragione che ha parecchio incrementato il costo di questo rimedio e ne ha quindi decretato il sostanziale fallimento). Lo stesso di tipo di versamento monetario – forma di compensazione non prevista, ma invero neanche apertamente esclusa, dall'Intesa e che comunque, come si è già avuto modo di osservare, si discosta dalla forma che la compensazione parrebbe dover assumere ai sensi dell'art. 22.1 dell'Intesa (in particolare alla luce del richiamo operato al rispetto degli accordi contemplati), ovvero sia la concessione di altri vantaggi commerciali – era già previsto da un accordo temporaneo concluso sempre dalle stesse parti nel 2010, che però non era stato notificato ufficialmente ai sensi dell'art. 3.6 dell'Intesa come soluzione finale⁵⁶. Ricorda altresì la misura provvisoria convenuta tra Stati Uniti e Comunità europea nel 2003 con riferimento alla controversia *US- Copyright Act*⁵⁷. Misure di questo genere forniscono argomenti ai sostenitori della tesi secondo la quale il sistema di soluzione delle controversie sarebbe in realtà incentrato sull'alternativa “perform or pay”⁵⁸, e quindi consentirebbe agli Stati soccomben-

⁵⁵ *United States – Subsidies on Upland Cotton*, Notification of a Mutually Agreed Solution, WT/DS267/46 del 23 ottobre 2014.

⁵⁶ V. *United States – Subsidies on Upland Cotton*, Joint Communication from Brazil and the United States, WT/DS267/45 del 31 agosto 2010.

⁵⁷ *United States – Section 110(5) of the US Copyright Act*, Notification of a Mutually Satisfactory Temporary Arrangement, WT/DS160/23 del 26 giugno 2003.

⁵⁸ V. ad esempio, J. BELLO, *The WTO Dispute Settlement Understanding: Less Is More*, in *AJIL*, 1996, p. 416 ss.; T.M. REIF, M. FORESTAL, *Revenge of the Push-Me, Pull-*

ti di liberarsi dall'obbligo di adempiere *in rem* (riportando, cioè, il proprio ordinamento in linea con gli obblighi discendenti dagli accordi OMC attraverso la revoca o la modifica della misura accertata come illecita) attraverso la corresponsione di forme di riparazione monetaria alla parte vincitrice.

Va altresì rimarcato come tutti gli accordi "in deroga" appena evocati siano stati conclusi nella fase esecutiva della procedura di soluzione delle controversie, ed in particolare dopo la formulazione della richiesta di autorizzazione all'impiego di contromisure (nel caso *US-Clove Cigarettes*), dopo l'avvenuto rilascio dell'autorizzazione in favore del Brasile (nel caso *US-Upland Cotton*) o dopo il ricorso già avvenuto a contromisure nel caso degli ormoni⁵⁹.

Se, dunque, come si è visto, non è infrequente che accordi *inter se* contengano disposizioni che derogano a obblighi sostanziali e procedurali discendenti dagli accordi OMC, resta da determinare quale sia il regime cui sono sottoposti questi accordi in deroga.

6. Il regime giuridico degli accordi in deroga

L'OMC rappresenta un sotto-sistema dell'ordinamento internazionale pubblico, cioè un complesso di norme che, come osservò l'Organo di appello nel caso *United States – Reformulated Gasoline* «should not be read in clinical isolation from public international law»⁶⁰. Tale configurazione fa sì che, in assenza di norme speciali, la disciplina degli accordi *contra legem*, di quegli accordi, cioè, che sono conclusi in deroga di

You: The Implementation Process Under the WTO Dispute Settlement Understanding, in *Int. Lawyer*, 1998, p. 755 ss.; A. SYKES, *The Remedy for Breach of Obligations under the WTO Dispute Settlement Understanding: Damages or Specific Performance*, in M. BRONCKERS, R. QUICK (a cura di), *New Directions in International Economic Law. Essays in Honour of John J. Jackson*, The Hague, London, Boston, 2000, p. 347 ss.; W.F. SCHWARTZ, A. SYKES, *The Economic Structure of Renegotiation and Dispute Resolution in the World Trade Organization*, in *Jou. Leg. St.*, 2002, p. 179 ss.

⁵⁹ Vedi M. KOEBELE, *EC-Hormones Case*, in *Max Planck EPIL*, edizione online, par. 10.

⁶⁰ *United States – Standards for Reformulated and Conventional Gasoline*, Report of the Appellate Body, WT/DS2/AB/R del 29 aprile 1996, p. 18 ss.

norme sostanziali o procedurali contemplate dagli accordi OMC, debba essere rintracciata proprio sul piano delle norme internazionali che disciplinano i conflitti tra regole pattizie. Vengono, quindi, in rilievo quelle disposizioni della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati – considerate in larga parte corrispondenti al diritto internazionale generale⁶¹ – che disciplinano la modifica o la sospensione di trattati multilaterali limitatamente ai rapporti fra alcune parti. Le due previsioni in oggetto – gli artt. 41 e 58 della Convenzione di Vienna del 1969 – hanno un contenuto pressoché identico, il che consente un loro esame congiunto.

Com'è noto, ai sensi dell'art. 41 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati, due o più parti di un trattato multilaterale possono concludere un accordo derogativo ristretto (che cioè produrrà effetti solo nelle loro relazioni reciproche), oltre che nel caso in cui ciò sia espressamente previsto nel trattato, laddove: *a*) la modifica non sia proibita dal trattato multilaterale; *b*) non sia pregiudicato il godimento da parte degli altri contraenti dell'accordo multilaterale dei diritti che a loro spettano in base a quel trattato, né l'adempimento di loro obblighi; *c*) la deroga non sia incompatibile con l'oggetto e lo scopo del trattato nel suo complesso.

L'art. 58 ha un dettato identico, tranne per l'ipotesi *sub c*), laddove si parla di incompatibilità con l'oggetto e lo scopo del trattato, senza aggiungere “nel suo complesso”.

In linea di principio, un accordo modificativo ristretto prevale su un accordo multilaterale precedente in applicazione del principio di successione nei trattati nel tempo, codificato dall'art. 30, par. 4 della Convenzione di Vienna.

Se, però, l'accordo successivo ricade in una delle tre ipotesi di divieto sancite dall'art. 41, allora lo stesso sarà considerato *illecito*, pur rimanendo perfettamente *valido*. In tal senso depongono sia il commento dedicato dalla Commissione di diritto internazionale alla disposizione

⁶¹ Così, ad esempio, J. PAUWELYN, *Conflict of Norms in Public International Law. How WTO Law Relates to Other Rules of International Law*, Cambridge, 2003, p. 305, a giudizio del quale, però, non sarebbero corrispondenti al diritto internazionale generale gli obblighi di notifica degli accordi modificativi o sospensivi previsti dagli artt. 41, par. 2 e 58, par. 2.

che sarebbe poi divenuta l'art. 41⁶², sia i lavori preparatori della Convenzione di Vienna. Se, infatti, nei rapporti di Lauterpacht si affermava che il trattato *inter se* successivo era invalido per carenza di capacità delle parti⁶³, tale posizione venne abbandonata dai successivi relatori Fitzmaurice e Waldock. Quest'ultimo, in particolare, riportando un'opinione accolta da tutta la Commissione di diritto internazionale, affermò che concludendo un determinato accordo le parti non perdono la capacità di concluderne uno successivo e difforme, e che «the later treaty is *valid and effective* as between the State parties to it»⁶⁴. La stessa opinione è stata poi accolta dalla prevalente dottrina⁶⁵.

La conseguenza discendente dalla conclusione di un accordo derogatorio ristretto che violi un espresso divieto, o leda i diritti di altri contraenti dell'accordo derogato ovvero contrasti con l'oggetto e lo scopo di quest'ultimo, è, dunque, l'insorgere di responsabilità internazionale delle parti ed, ovviamente, l'inopponibilità dell'accordo ai terzi in applicazione del principio *pacta tertiis*.

Venendo ora agli accordi modificativi ristretti da noi incontrati nello studio della prassi riguardante la soluzione delle controversie nell'OMC, alla luce del regime generale sin qui ricostruito, può senz'altro affermarsi che, in linea di principio, data (e presupponendo) la natura generalmente bilaterale dei rapporti regolati dal diritto OMC (e fatta eccezione per alcuni casi, come gli obblighi discendenti dall'art. XXIII del GATS e dall'art. 4 dell'Accordo sulle sovvenzioni e misure com-

⁶² Il commento all'art. 37 del progetto licenziato dalla Commissione di diritto internazionale nel 1966 (disposizione che, appunto, poi divenne l'art. 41 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati), infatti, chiarisce che “Under the present article... the main issue is the conditions under which *inter se* agreements may be regarded as *permissible*”, in *Yearbook ILC*, 1966, vol. II, p. 235 (ultimo corsivo aggiunto).

⁶³ V. *Second Report on the Law of Treaties*, UN Doc. A/CN.4/87, in *Yearbook ILC*, 1954, vol. II, p. 133 ss.

⁶⁴ *Sixth Report on the Law of Treaties*, UN Doc. A/CN.4/186 and Add. 1-7, in *Yearbook ILC*, 1966, vol. II, p. 76 (corsivo aggiunto).

⁶⁵ F. CAPOTORTI, *L'estinction et la suspension des traités*, in *Recueil des cours de l'Académie de droit international*, vol. 134, 1971-III, p. 504 ss.; W. KARL, *Conflict Between Treaties*, in R. BERNHARDT (a cura di), *EPIL*, vol. VII, Amsterdam, 1984, p. 468 ss., p. 471; B. CONFORTI, *Diritto internazionale*, VIII ed., Napoli, 2010, p. 94.

pensative)⁶⁶, nulla impedisce a due Parti contraenti dell'OMC di disporre delle loro posizioni soggettive attraverso accordi *inter se*. Tali accordi, peraltro, non vanno confusi con gli emendamenti vincolanti tutte le parti che sono, invece, disciplinati dall'art. X dell'Accordo istitutivo dell'OMC. La notazione rileva poiché taluni autori hanno sostenuto la non ammissibilità degli accordi modificativi *inter se* poiché gli stessi sarebbero proibiti da quest'ultima disposizione all'interno del sistema OMC⁶⁷.

Qualora, poi, l'accordo cada in una delle tre ipotesi di illiceità previste dall'art. 41 della Convenzione di Vienna, conformemente a quanto detto – e diversamente da quanto anche recentemente sostenuto in dottrina⁶⁸ – lo stesso rimarrà valido tra le parti, ma potrà dar vita sull'insorgere di responsabilità nei confronti dello Stato terzo, parte dell'OMC, i cui diritti siano stati lesi. Lo stesso accade nell'ipotesi in cui l'accordo risulti non compatibile con le regole materiali dell'OMC, in violazione dell'art. 3.5 dell'Intesa. In tale circostanza, infatti, lo stesso potrà dirsi proibito dall'Intesa stessa, e quindi illecito, ma valido e produttivo di effetti tra le parti.

In ogni caso, quindi, il problema resta quello della responsabilità delle parti dell'accordo *inter se* rispetto ai terzi Membri dell'OMC. Sotto tale profilo, il funzionamento del principio di trasparenza, e quindi il rispetto dell'obbligo di notifica delle soluzioni consensuali all'Organo di soluzione delle controversie, gioca un ruolo fondamentale al fine di consentire ai terzi di difendere i propri diritti. Se, però, nessuno altro Stato membro fa valere l'illiceità dell'accordo in deroga, oppure se l'accordo, vista la natura essenzialmente bilaterale delle relazioni com-

⁶⁶ J. PAUWELYN, *A Typology of Multilateral Treaty Obligations: Are WTO Obligations Bilateral or Collective in Nature?*, in *EJIL*, 2003, p. 907 ss., pp. 928-936; T. GAZZINI, *The Legal Nature of WTO Obligations and the Consequences of Their Violation*, in *EJIL*, 2006, p. 723 ss.

⁶⁷ Nel senso criticato, v. J. TRACHTMAN, *The Domain of WTO Dispute Resolution*, in *HILJ*, 1999, p. 333 ss.; G. MARCEAU, *Conflicts of Norms*, cit., p. 1104 (“the WTO Agreement contains specific rules for its amendment (Article X of the Agreement Establishing the WTO) excluding the application of bilateral amendments amending a multilateral treaty”).

⁶⁸ W. ALSCHNER, *op. cit.*, p. 93.

merciali, è tale da non toccare diritti di altri soggetti del sistema, il problema della responsabilità non verrà sollevato dinanzi agli organi di soluzione delle controversie dell'OMC, dal momento che gli stessi non dispongono di un potere di avvio della procedura *proprio motu*, a tutela della legalità oggettiva del sistema. Ecco dunque apparire un circolo vizioso: per “coprire” accordi non conformi non si notifica, e senza notifica la non conformità non darà origine a responsabilità. Il sistema viene sostanzialmente aggirato dalle deviazioni della prassi; mezzi diplomatici e giurisdizionali non lavorano più in modo sinergico.

7. Conclusioni

L'analisi condotta ha mostrato come accordi di composizione amichevole delle controversie possano essere conclusi *in ogni fase* della procedura di soluzione delle controversie dell'OMC, anche dopo la decisione (quasi-) giudiziale assunta dagli organi preposti. Anche per tale ragione, è possibile ascrivere alla procedura in parola un carattere essenzialmente “misto” o “ibrido”.

Secondo il disegno dell'Intesa tali “soluzioni reciprocamente accettabili”, allorché vengano raggiunte nella fase dell'esecuzione, dovrebbero consentire di dare attuazione in modo più rapido ed efficace alle raccomandazioni e decisioni adottate dall'Organo di soluzione delle controversie (atti che sono sì obbligatori ma altresì privi di carattere auto-esecutivo, come del resto è tipico delle sentenze internazionali), portando all'estinzione della controversia nel rispetto dei diritti degli altri contraenti e degli interessi di sistema⁶⁹. Ciò aiuta a spiegare il motivo per il quale il meccanismo assegna ai mezzi diplomatici una funzione preminente. La possibilità di operare una sinergia tra mezzi diplomatici e giurisdizionali è resa più agevole altresì dalla natura essenzialmente interstatuale e sinallagmatica dei rapporti giuridici disciplinati dal diritto dell'OMC. Sotto questo profilo la configurazione degli interessi

⁶⁹ Su questi aspetti dell'interazione tra mezzi diplomatici e mezzi giurisdizionali di soluzione delle controversie, v. le considerazioni di portata più generale di U. VILLANI, *La funzione giudiziaria nell'ordinamento internazionale e la sua incidenza sul diritto sostanziale*, in *CI*, 2014, p. 7 ss., p. 16.

senz'altro influenza l'interazione tra mezzi giurisdizionali e diplomatici, interazione più difficile nel caso di trattati in materia di diritti umani o diritto internazionale penale.

La prassi, tuttavia, a volte mostra delle deviazioni che ostacolano la sinergia tra mezzi diplomatici e giurisdizionali. Talvolta gli Stati si riappropriano della funzione di soluzione delle controversie in modi non previsti dall'Intesa, concludendo accordi provvisori non regolati dalla stessa che operano come una sorta di alternativa ai rimedi formalmente previsti (e consentono di sfuggire ad effetti diffusamente percepiti come pregiudizievoli), ovvero attraverso accordi in deroga fondamentalmente validi, che al massimo potrebbero sollevare problemi di responsabilità, qualora fossero notificati, cosa che non sempre accade. Nel complesso tuttavia, anche quando sono notificati, sia gli accordi provvisori che gli accordi in deroga sembrano mediamente tollerati dalla *membership*, a conferma del riconoscimento in pratica della natura essenzialmente reciproca e disponibile degli obblighi OMC.

Non è chiaro, peraltro, quanto questa zona grigia entro la quale operano i mezzi diplomatici di soluzione delle controversie sia un effetto non preventivato e non voluto indotto dalla natura prevalentemente bilaterale e reciproca degli obblighi OMC, ovvero costituisca una sorta di consapevole valvola di sicurezza del sistema, cui i suoi membri ricorrono in casi difficili o "sbagliati". Quel che è certo è che il ricorso ad accordi *inter se* non previsti o contenenti deroghe agli obblighi posti dalla normativa multilaterale del commercio rappresenta un evidente veicolo di "frammentazione" della stessa, producendo situazioni giuridiche soggettive non uniformi tra i Paesi membri dell'OMC. Anche sotto questo profilo, non ci si può esimere dal domandarsi quale sia in realtà la distanza qualitativa rispetto al GATT *à la carte*⁷⁰, ovvero sia a quel

⁷⁰ A proposito del quale, cfr. P. PICONE, A. LIGUSTRO, *op. cit.*, pp. 18-19 e D. CARREAU, P. JUILLARD, *Droit international économique*, Paris, 2003, p. 48 ss.

mosaico di regimi speciali, deroghe ed accordi «laterali» ristretti che con la creazione dell'OMC s'intendeva, appunto, soppiantare⁷¹.

⁷¹ Profilo di portata ricostruttiva generale sul quale ci si era già interrogati in A. TANCREDI, *Il perdurante ricorso*, cit., p. 478. Cfr. anche J. CAZALA, *L'O.M.C. à la carte? Les aménagements conventionnels aux obligations des membres permis par le droit conventionnel de l'Organisation mondiale du commerce*, in *RGDIP*, 2009, p. 45 ss., p. 65.

LUIGI FERRARI BRAVO E L'ARBITRATO
INTERNAZIONALE ITALIA - COSTA RICA
(1997 - 1998)

LA NON RILEVANZA DI UN VIZIO
DI DIRITTO COSTITUZIONALE ALLA CONCLUSIONE
DI UN ACCORDO INTERNAZIONALE ESEGUITO
PRIMA DELLA RATIFICA

Francesco Maria di Majo

SOMMARIO: *1. Introduzione. – 2. Il Compromesso di arbitrato. – 3. La sentenza del Tribunale arbitrale del 26 giugno 1998. La problematica della tardiva ed irregolare ratifica da parte del Costa Rica dell'Accordo quadro del 1983. – 4. Segue: La natura della Convenzione finanziaria del 1985: contratto di diritto privato o accordo internazionale? – 5. Segue: L'eccesso di potere. – 6. Segue: La tesi dell'arricchimento ingiustificato. – 7. Segue: L'applicazione degli interessi alla somma da restituire. – 8. Segue: Il dispositivo finale della sentenza.*

1. Introduzione

Nel 1997 il Prof. Luigi Ferrari Bravo veniva chiamato, su designazione del Governo italiano, a far parte, insieme al Prof. Ruben Hernandez, designato dal Governo della Repubblica del Costa Rica (nel prosieguo “Costa Rica”), del Tribunale arbitrale presieduto dal Prof. Pierre Lalive. Alla base di tale arbitrato vi era un Compromesso di arbitrato sottoscritto, dopo uno scambio di Note verbali, tra l'Italia e il Costa Rica l'11 settembre 1997 in virtù del quale i due Paesi decisero di deferire la risoluzione di una loro complessa controversia ad un Tribunale arbitrale e ciò in conformità al “regolamento facoltativo per l'arbitrato delle controversie tra due Stati della Corte Permanente di Arbitrato” dell'Aja, del 20 ottobre 1992. La via arbitrale trovava anche il suo fondamento giuridico nel Trattato generale di arbitrato tra i due Paesi, fir-

mato a Roma l'8 gennaio 1910¹. La controversia tra i due Stati aveva ad oggetto la mancata restituzione da parte del Costa Rica di un credito di aiuto concesso dal Governo italiano, pari a quasi 13 milioni di dollari, per la realizzazione di un bacino di carenaggio galleggiante a Porto Caldera in Costa Rica. Tale credito fu concesso a metà degli anni '80 sulla base di una Convenzione finanziaria tra i due enti (Mediocredito Centrale e l'Istituto dei Porti del Pacifico - INCOP) designati rispettivamente dall'Italia e il Costa Rica, stipulata nell'agosto 1985 in esecuzione di un Accordo quadro di cooperazione tecnica del 24 ottobre 1983 e un successivo Protocollo esecutivo di cooperazione tra i due Paesi, del 20 giugno 1984.

Con la sentenza arbitrale del 26 giugno 1998 il Tribunale ha risposto ai quattro quesiti fissati nel Compromesso di arbitrato sulla base non solo della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969 (in particolare su quanto disposto dagli artt. 46 e 47), ma anche dei principi della buona fede e dell'equità quali fonti di obblighi internazionali e quali criteri interpretativi di norme internazionali. Il principio di buona fede è in particolare qui venuto in rilievo nella sua articolazione quale principio di "non contraddizione" o dell'*estoppel*, assicurando tutela al legittimo affidamento riposto dal Governo italiano nella validità della Convenzione finanziaria.

In questo scritto si intende soprattutto evidenziare le interessanti elaborazioni del Tribunale arbitrale in ordine all'interpretazione ed applicazione dei predetti principi di diritto. Tali elaborazioni sono state sollecitate, come emerge dalla lettura della sentenza stessa, dal collegio di difesa del Governo italiano presieduto dal Prof. Umberto Leanza (quale Agente del Governo), e composto dal Prof. Attila Tanzi, dall'Avv. Gaetano Zotta (Avvocato dello Stato) e da chi scrive in qualità di Segretario di Legazione in servizio presso il Contenzioso diplomatico del Ministero degli affari esteri.

¹ In base all'art.1 di tale Trattato bilaterale l'Italia e il Costa Rica si sono obbligate a «sottoporre a giudizio arbitrale tutte le controversie che potessero sorgere tra di loro e che non fosse stato possibile risolvere per le vie diplomatiche». In tal caso, ai sensi dell'art. 3 di tale Trattato, i due Stati «firmeranno un compromesso speciale che determinerà l'oggetto della contesa, e, se ne è il caso, la sede del Tribunale... e, in generale, tutte le condizioni fra di loro concordate».

La sentenza arbitrale del 26 giugno 1998 oltre a presentare interessanti spunti di riflessione sull'applicazione dei predetti principi nell'ambito del diritto internazionale, costituisce un importante e significativo precedente in relazione alla "gestione" di controversie tra Stati che riguardano l'esecuzione di accordi internazionali (nel caso di specie nell'ambito della cooperazione allo sviluppo) sulla base dei quali vengono realizzati investimenti esteri privati². Rimane da valutare se siffatte controversie vadano distinte da quelle in cui lo Stato agisce contro un altro Stato in relazione alla violazione di un preciso obbligo nascente da un accordo sulla promozione e protezione degli investimenti (i noti *Bilateral Investment Treaties*, BIT), ed in particolare allorché lo Stato agisce facendo valere un proprio diritto e non in protezione (diplomatica) di un diritto di un investitore privato del proprio Paese³. Il ricorso al meccanismo arbitrale da parte dell'Italia (in sostituzione/protezione delle imprese che lamentano la violazione di tali accordi) deve poi oggi anche confrontarsi con la devoluzione di competenze da parte degli Stati Membri dell'UE in favore dell'Unione stessa, in tema di accordi per la tutela degli investimenti diretti esteri (art. 207 TFUE)⁴. Le eventuali

² In particolare, nel caso di specie, il bacino di carenaggio galleggiante fu costruito da una società italiana di Viareggio sulla base di un contratto d'appalto di natura privata stipulato tra detta società italiana ed una società costaricense, e trasportato via mare in Costa Rica ed ivi installato (il contratto era quindi misto di costruzione e fornitura). Un contratto d'appalto rientra, secondo la giurisprudenza arbitrale internazionale dominante, nella nozione di "investimento straniero" (come contemplato ad esempio nell'art. 25 della Convenzione di Washington del 1965) ove ricorrono taluni requisiti (V. a riguardo il c.d. "test Salini" sorto dall'arbitrato ICSID, *Salini Costruttori SpA e Italstrade SpA Vs. Marocco*, ICSID case n. ARB/00/04).

³ Sono rari i casi di controversie internazionali di questa natura in cui il Governo italiano ha agito per via arbitrale sia sulla base di un diritto proprio sia in "protezione diplomatica" di società italiane (v. Arbitrato *ad hoc Italia c. Cuba* ed in particolare l'*Interim Award* del 15 marzo 2005, oppure l'arbitrato *Ministero della Difesa della Repubblica italiana - Direzione generale degli armamenti aeronautici (Italy) vs. Ministero da aeronautica do Brasil, Departamento de pesquisas e desenvolvimento - DEPED (Brasil)*, ICC Case No. 12988/FM).

⁴ Sul punto si veda A. RIZZO, *Legal foundations of the competence of the EU on foreign direct investment*, in *Italian YIL*, Volume XXII, 2013, p. 131; ID. (a cura di), *Investment Security in Nord Africa*, Quaderno n. 16 *La Comunità Internazionale*, Napoli, 2015. Si fa presente che la Commissione si è invece preoccupata di disciplinare con il

incertezze sulla legittimazione attiva degli Stati nella risoluzione per via arbitrale delle sopra indicate controversie (soprattutto qualora essi agiscano “in protezione diplomatica” senza che siano esauriti i mezzi di ricorso interni), vengono ovviamente superate qualora gli Stati coinvolti stipulino, come è avvenuto nella presente controversia Italia-Costa Rica, un compromesso speciale in cui stabiliscono il ricorso all’arbitrato per risolvere la loro disputa.

L’arbitrato che qui si commenta, la cui procedura si è conclusa in soli dieci mesi, ha rappresentato un esempio positivo di una corretta gestione e risoluzione di una complessa controversia internazionale, consentendo peraltro il riavvio di rapporti commerciali e di cooperazione tra l’Italia e il Costa Rica. Tale arbitrato può rappresentare, quindi, ancora oggi un importante e valido esempio di come poter (efficacemente) risolvere vertenze internazionali aventi ad oggetto investimenti stranieri realizzati sulla base di contratti connessi o collegati ad accordi internazionali tra Stati. A tale riguardo si reputa determinante il ruolo del Ministero degli affari esteri il quale, come è avvenuto nel caso della controversia del Costa Rica, potrà creare (segnatamente attraverso lo scambio di Note Verbali) i presupposti per legittimare il ricorso all’arbitrato, prestando particolare attenzione che nella redazione del compromesso di arbitrato venga correttamente rappresentato il quadro giuridico di riferimento e siano appropriatamente formulati i quesiti da sottoporre all’istituendo Tribunale arbitrale. Nella controversia con il Costa Rica siffatto risultato è stato efficacemente raggiunto grazie, in particolare, all’accurato coordinamento e sostegno giuridico svolto dal Servizio per gli affari giuridici, del contenzioso e dei trattati del MAE, all’epoca diretto dal Prof. Umberto Leanza.

nuovo Regolamento n. 912 del 23 luglio 2014, un quadro giuridico per la gestione della responsabilità finanziaria connesse ai tribunali per la risoluzione delle controversie investitore-Stato istituiti da accordi internazionali di cui l’Unione è parte (in particolare quando è parte convenuta). V. *GUUE L 257*, p. 121 del 28 agosto 2014.

2. Il Compromesso di arbitrato

L'11 settembre 1997, successivamente allo scambio di Note verbali del 10-27 maggio 1997⁵, il Governo italiano e quello del Costa Rica sottoscrivevano un Compromesso di arbitrato derogando alla clausola arbitrale di cui alla Convenzione finanziaria del 1985 tra Mediocredito ed INCOP, ai sensi della quale ogni controversia sull'interpretazione o esecuzione della Convenzione sarebbe stata sottoposta ad arbitrato secondo il Regolamento della Camera di commercio internazionale (ICC) di Parigi ed applicando il diritto italiano. Nel predetto Compromesso arbitrale i due Stati definivano il perimetro della controversia e i quesiti da sottoporre al Tribunale arbitrale e sceglievano, per quanto attiene alle regole di procedura, il Regolamento facoltativo della Corte permanente di arbitrato dell'Aja del 1992. In tale Compromesso veniva precisato che la controversia aveva per oggetto gli obblighi del Governo del Costa Rica derivanti dal prestito di 12.990.000 dollari USA sulla base della Convenzione finanziaria dell'agosto 1985, stipulata tra il Mediocredito Centrale e l'Istituto costaricense dei Porti del Pacifico (INCOP), nel quadro degli Accordi di cooperazione intergovernativi esistenti fra i due Paesi. In base al Compromesso di arbitrato il Tribunale è stato chiamato a risolvere in particolare il quesito se la predetta Convenzione finanziaria del 1985 fosse valida e vincolante per entrambe le parti e ciò alla luce delle norme del diritto internazionale pertinenti, con particolare riguardo alla Convenzione di Vienna sui diritti dei trattati del 1969 e agli strumenti pertinenti di cooperazione intergovernativa intervenuti tra i due Paesi. Quale sede dell'arbitrato fu scelta Roma, mentre il *Bureau International* della Corte permanente di arbitrato dell'Aja è stato chiamato ad esercitare le funzioni di Cancelleria e di gestione contabile

⁵ Occorre precisare che il 9 maggio 1995 il Ministero degli esteri del Costa Rica aveva inviato una Nota verbale al Governo italiano in cui si manifestava la disponibilità di risolvere per via arbitrale (ai sensi del Trattato bilaterale dell'8 gennaio 1910) la controversia sul bacino galleggiante (*dique flotante*). Il Ministero degli affari esteri italiano rispondeva con Nota del 27 luglio 1995 esprimendo il suo favore all'ipotesi di risoluzione per via arbitrale della controversia chiedendo che quest'ultima venisse deferita alla Corte permanente di arbitrato dell'Aja e che venisse regolato secondo quanto disposto dal Regolamento facoltativo per l'arbitrato tra due Stati del 1992.

dell'arbitrato. Al termine di una procedura scritta (comprensiva di uno scambio di memorie e di memorie di replica) e di una procedura orale, il Tribunale arbitrale emetteva, in data 26 giugno 1998, la sua sentenza.

3. La sentenza del Tribunale arbitrale del 26 giugno 1998. La problematica della tardiva ed irregolare ratifica da parte del Costa Rica dell'Accordo quadro del 1983

Il Tribunale arbitrale nella sua sentenza del 26 giugno 1998⁶ ha risposto innanzitutto alla argomentazione sollevata dal Governo costaricense dell'invalidità ed inefficacia dell'Accordo quadro del 1983 (che costituiva la base giuridica dell'accordo finanziario del 1985). L'Accordo quadro sarebbe stato, infatti, ratificato dal Parlamento non solo dopo che la Convenzione finanziaria ha avuto esecuzione ma anche in violazione di una norma costituzionale costaricense che richiedeva per l'autorizzazione parlamentare alla ratifica di un siffatto accordo una maggioranza dei 2/3. Il Tribunale arbitrale, distinguendo opportunamente la ratifica quale atto internazionale (espressione del consenso di uno Stato) dalla "ratifica parlamentare", sosteneva che tale tesi non poteva essere accolta in virtù del consolidato principio della "preminenza" del diritto internazionale sul diritto interno e alla luce di quanto disposto dall'art. 46 della Convenzione di Vienna del 1969. Secondo il Tribunale l'eccezione prevista da quest'ultimo articolo, ovvero la possibilità di invocare, da parte del Governo costaricense, come vizio del proprio consenso, la violazione di una disposizione del proprio diritto interno riguardante la competenza a concludere trattati (in quanto violazione "manifesta" di una norma di "importanza fondamentale"), non poteva essere nel caso di specie invocata, e ciò perché il Costa Rica non aveva mai segnalato al Governo italiano siffatto vizio procedurale di diritto interno, neppure in occasione dello scambio degli strumenti di ratifica avvenuto il 21 marzo 1988.

⁶ Tale sentenza è stata pubblicata, a distanza di qualche anno, nel *Reports of International Arbitral Awards*, Volume XXV, 2006, p. 21-82. Per un commento della sentenza cfr. E. MILANO, *La sentenza arbitrale tra l'Italia e il Costa Rica relativo ad un prestito*, in *RDI*, 2007, p. 161 ss.

Ciò premesso, il Tribunale arbitrale, accogliendo la tesi del Governo italiano, giungeva ad affermare che la ratifica da parte del Costa Rica (pur escludendo che si possa attribuire alla ratifica “effetti retroattivi”) è stata una «formalità normale ma priva di effetti sostanziali» (par. 10, IV, della sentenza arbitrale) nella misura in cui, prima di detta ratifica, sono stati posti in essere una serie di atti esecutivi dell'Accordo quadro che dimostravano la sussistenza di una chiara volontà da parte del Costa Rica di considerare come immediatamente in vigore quest'ultimo Accordo. In sostanza, conclude il Tribunale, tali atti e fatti dimostrano che il Costa Rica ha voluto considerare l'Accordo Quadro del 1983, nonché il successivo Protocollo esecutivo del 1984 come valido, efficace ed immediatamente in vigore e che ciò si spiegava in ragione del fatto che era questo Stato «qui avait manifestement le plus grand intérêt à une efficacité immédiate, en tant que bénéficiaire de l'assistance technique et financière italienne»⁷. Tale conclusione, secondo il Tribunale arbitrale, trova riscontro in alcune decisioni arbitrali (caso *Shufeldt*)⁸ e in dottrina⁹ in cui è stato negato che uno Stato possa eccepire l'invalidità di un accordo internazionale per la sua mancata ratifica, qualora tale Stato non solo abbia beneficiato dall'esecuzione di tale accordo, ma con il suo stesso comportamento abbia generato nell'altra Parte il legittimo affidamento che l'accordo fosse pienamente valido ed efficace, e che quindi vi sia stata una sorta di “ratifica tacita” dell'accordo o comunque «une renonciation à la condition de ratification formelle»¹⁰. Tale approccio si impone a maggior ragione in casi, come quello relativo alla

⁷ Par. 10, IV, della sentenza, cit.

⁸ *USA v. Guatemala, Report of International Arbitration Awards*, Vol. II, 1949, pp. 1081 ss.

⁹ A. VERDROSS, B. SIMMA, *Universelles Voelkerrecht*, Berlin, 3 edizione, 1984, p. 456, § 711; J.M. YEPERS, *Yearbook ILC*, 1953, Vol. 2, p. 165; J.P. MUELLER, *Vertrauensschutz in Voelkerrecht*, Koeln/Berlin, 1971, p. 165 ss.

¹⁰ Par. 9 della sentenza arbitrale. Ad ulteriore riprova di tale assunto, militano diversi atti e fatti, quali la domanda costaricense di proroga dei termini per il rimborso del credito di aiuto oppure la proposta presentata dal nuovo Presidente della Repubblica costaricense di convertire il credito in “dono” oppure ancora la proposta di cedere all'Italia un credito del Costa Rica nei confronti del Nicaragua. Tali proposte non avrebbero naturalmente avuto ragion d'essere se la predetta Convenzione non fosse stata, per il Governo costaricense, valida ed efficace.

controversia Italia-Costa Rica, in cui la ratifica peraltro vi è stata, sebbene in ritardo. Inoltre, secondo il Tribunale, a questa conclusione si giunge applicando i principi generali di diritto riconosciuti dalle nazioni civili (una delle fonti di diritto secondo l'art. 33 del Regolamento facoltativo per l'arbitrato delle controversie tra Stati della Corte permanente di arbitrato del 1992), ed in particolare il principio della buona fede, dell'*estoppel* ovvero del *non venire contra factum proprium* e del divieto dell'abuso del diritto, principi che sono anche riconosciuti ed applicati nel diritto internazionale¹¹. Sarebbe contrario a tali principi consentire ad uno Stato di eccepire, a giustificazione del proprio inadempimento di un obbligo giuridico, delle irregolarità formali (quale la non regolare ratifica parlamentare) che sono ad esso imputabili e che solo tale Stato poteva impedire o sanare¹².

4. Segue: *La natura della Convenzione finanziaria del 1985: contratto di diritto privato o accordo internazionale?*

Il Tribunale arbitrale nella sentenza del 26 giugno 1998 ha fornito anche risposta in ordine alla natura della Convenzione finanziaria del 1985, ovvero se essa potesse essere considerata, come sostenuto dal Costa Rica, un contratto di diritto privato, in quanto i due enti pubblici che l'hanno sottoscritta hanno fatto espresso riferimento al diritto italiano quale diritto applicabile alla Convenzione. Ebbene, secondo il Tribunale tale clausola contrattuale sulla legge applicabile «n'infirmes pas la constatation du caractère d'accord international soumis au droit international»¹³. Tale carattere non solo trova il suo fondamento nel fatto che la Convenzione in questione è un atto di esecuzione di un accordo interstatale come l'Accordo quadro del 1983 e il Protocollo esecutivo del 1984, ma anche in considerazione del fatto che essa è stata

¹¹ Par. 14, IV della sentenza cit.

¹² Si è affermato in dottrina che il principio di buona fede «diventa in questo caso fonte di un obbligo giuridico di osservare i termini del trattato nonostante l'assenza di una ratifica formale e, allo stesso tempo, fonte di diritto soggettivo della controparte a pretendere l'osservanza di tale obbligo», E. MILANO, *op. cit.*, p. 166.

¹³ V. par. 37, IV, della sentenza cit.

conclusa dal Mediocredito Centrale per conto (e su istruzioni) del Governo italiano e che quindi tale istituto è stato un mero esecutore di un obbligo assunto da quest'ultimo Governo. A tale riguardo il Tribunale, richiamando la dottrina internazionale sui «contrats d'Etat»¹⁴, distingue da un lato «l'ordre juridique de base», che conferisce all'atto la sua validità e il suo carattere obbligatorio, disciplinato dal diritto internazionale pubblico, e dall'altro lato il diritto (nazionale) applicabile al contenuto del contratto qualora ciò sia necessario (e quindi in via sussidiaria) per completare alcune clausole del contratto oppure per interpretare alcune clausole dello stesso. Anche nel caso di specie, secondo il Tribunale arbitrale, il riferimento al diritto italiano quale legge applicabile avrebbe solo un ruolo sussidiario e non come deroga all'applicazione del diritto internazionale pubblico. In ogni caso l'Italia e il Costa Rica con il Compromesso arbitrale del 1997 hanno espressamente deciso che l'intera controversia venisse risolta per via arbitrale applicando il diritto internazionale pubblico e nulla impedisce che le parti contrattuali possano modificare di comune accordo il sistema originariamente prescelto per la risoluzione delle loro controversia ovvero il ricorso all'arbitrato secondo il Regolamento dell'ICC di Parigi, ivi compresa la scelta della legge applicabile.

5. Segue: *L'eccesso di potere*

L'altra eccezione sollevata dal Governo del Costa Rica rispetto alla quale il Tribunale arbitrale ha proceduto ad un'approfondita disamina, è quella dell'invalidità della Convenzione finanziaria del 1985 in considerazione del fatto che essa sarebbe stata sottoscritta da un soggetto, Sig. Arauz Bonilla, il quale, malgrado fosse provvisto di “pieni poteri”/Plenos Poderes per la firma della Convenzione (sulla base del decreto del Presidente della Repubblica del 24 luglio 1985, n.16457-RE), non aveva la facoltà di obbligare il suo mandante, ovvero il Governo del Costa Rica, all'esecuzione della Convenzione stessa e quindi a firmare i documenti che tale governo avrebbe dovuto trasmettere come

¹⁴ V. par. 38-39, IV della sentenza cit.

requisito indispensabile affinché la Convenzione fosse efficace e l'Italia (segnatamente Mediocredito centrale) potesse erogare i fondi del credito di aiuto. A tale fine sarebbe stato necessario che la firma del Sig. Arauz Bonilla venisse ratificata, circostanza che, secondo il Costa Rica, non ha mai avuto luogo nella misura in cui la legge n. 6995 del 22 luglio 1985, il cui art. 88 autorizzava l'INCOP a sottoscrivere «in nome e per conto dello Stato, gli accordi finanziari, crediti di aiuto... per l'ampliamento, ammodernamento e completamento del Porto di Caldera», non è stata approvata dal Parlamento a maggioranza qualificata.

Anche tale eccezione non è stata accolta dal Tribunale arbitrale sia in virtù dei principi già richiamati della "preminenza" del diritto internazionale sul diritto interno e dell'assenza di una "violazione manifesta" di una regola di diritto interno di "importanza fondamentale" (ai sensi dell'art.46 della Convenzione di Vienna del 1969), sia alla luce del combinato disposto dell'articolo 7, comma 1 (relativo ai pieni poteri) e dell'art.47 (specifiche restrizioni al potere di esprimere il consenso di uno Stato) della Convenzione di Vienna del 1969¹⁵. La contestazione dell'eccesso di potere da parte del Sig. Bonilla è stata sollevata dal Governo del Costa Rica solo, infatti, dopo diversi anni dalla firma della Convenzione finanziaria del 1985 e comunque in diversi atti il Governo e il Presidente della Repubblica del Costa Rica hanno voluto espressamente attribuire poteri di firma e rappresentanza al Sig. Bonilla. Il Tribunale arbitrale precisa, inoltre, anche laddove vi fosse stato effettivamente un eccesso di potere da parte del Sig. Bonilla, il Costa Rica avendo ripetutamente autorizzato ed approvato gli atti dell'INCOP e del suo presidente esecutivo, Sig. Bonilla, non può ora eccepire tale vizio senza contravvenire, anche in questo caso, al principio generale di diritto dell'obbligo di agire in buona fede ovvero del principio del *non venire contra factum proprium*. Il Tribunale arbitrale ha, quindi, accolto, analogamente a quanto affermato rispetto al tema della c.d. "ratifica tacita", gli argomenti sviluppati dal Governo italiano in relazione al principio di non contraddizione quale corollario del principio di buona

¹⁵ Il Tribunale arbitrale ha richiamato, in connessione a questo argomento, la regola di diritto internazionale consuetudinario che imputa allo Stato (in termini di responsabilità internazionale) il comportamento dei suoi organi o rappresentanti che hanno ecceduto nelle loro competenze o contravvenuto alle istruzioni concernenti la loro attività.

fede. In particolare l'Italia ha sottolineato, nelle proprie memorie, che tali principi generali, «riassunti nel concetto dell'affidamento, ovvero della *reliance*, ed articolati sotto il profilo procedurale attraverso il concetto dell'*estoppel*, vincolano lo Stato che, con il proprio comportamento, abbia ingenerato delle legittime aspettative nei terzi in buona fede inducendo quest'ultimi a seguire una condotta conforme a tali aspettative». Viene qui in rilievo, come precisato dal collegio di difesa del governo italiano nel corso dell'udienza orale del 15 aprile 1998, il principio di buona fede in funzione limitativa che tende essenzialmente a contrastare comportamenti arbitrari e contraddittori che tradiscono la fiducia del contraente. Si osserva, infatti, che il principio di buona fede è la fonte del principio di affidamento, che l'un contraente ingenera nell'altro e tale da rendere irrilevante e/o fonte di responsabilità comportamenti che tale affidamento tradiscono come è avvenuto nel caso di specie¹⁶. Infine, il Governo italiano sosteneva che i principi in questione risultavano applicabili alla controversia anche seguendo quell'interpretazione più restrittiva in base alla quale un soggetto può validamente invocare il principio dell'affidamento come fonte di un obbligo giuridico solo se esso ha subito un danno o una perdita (c.d. principio della *detrimental reliance*)¹⁷. Ebbene nel caso di specie il danno subito dal Governo italiano era evidente.

Il collegio di difesa del governo italiano ha poi confutato, sempre nel corso della predetta udienza, la tesi avanzata dal Costa Rica circa l'applicazione (quanto all'operato del Sig. Bonilla) dei limiti del mandato ai sensi dell'art. 1711 del codice civile italiano (in base al quale l'atto che esorbita dal mandato resta a carico del mandatario, se il mandante non lo ratifica). A tale riguardo è stato sottolineato, da parte ita-

¹⁶ A tale riguardo l'Italia richiamava anche quanto osservato dal Prof. Schachter secondo cui «[a] significant legal consequence of the good faith principle is that a party which committed itself in good faith to a course of conduct or to a recognition of a legal situation would be stopped from acting inconsistently with its commitment or position when other parties have reasonably relied on it» (O. SCHACHTER, *Non conventional concerted act*, in M. BEDJAOU (ed.), *International Law: Achievements and Prospects*, Dordrecht/Boston/London, 1991, p. 267).

¹⁷ R. HIGGINS, *Problem and Process: International Law and How We Use It*, Oxford, 1994, p.36.

liana, che nel caso di specie non si discuteva del rapporto interno tra il Governo del Costa Rica e il Sig. Bonilla (ovvero dell'eventuale contratto di mandato), ma del potere o meno di quest'ultimo di impegnare con effetti esterni il Governo del Costa Rica. Anche se il Sig. Bonilla avesse ecceduto, nel rapporto interno, rispetto ai poteri ad esso conferiti, ciò non avrebbe avuto rilevanza nei rapporti esterni. Se, infatti, c'è stato superamento dei limiti (interni), ma non superamento della procura, il mandante dovrà sopportare direttamente nei confronti del terzo le conseguenze del negozio gestorio.

Infine, è stato osservato da parte italiana (relativamente all'eccezione che il Sig. Bonilla non avrebbe avuto il potere di firmare gli atti di esecuzione della Convenzione finanziaria, quali le "dichiarazioni di debito"), che colui che è investito del potere di rappresentare una parte nel contratto fondamentale (quale la firma della citata Convenzione) è anche implicitamente autorizzato, in virtù del principio dell'apparenza (*Rechtsschein*) a rappresentare la parte negli atti con cui venga data esecuzione al primo predetto contratto. Occorre una esplicita e diversa volontà per escludere il potere rappresentativo con riguardo agli atti meramente esecutivi.

6. Segue: *La tesi dell'arricchimento ingiustificato*

Il collegio di difesa italiano eccepiva, in estremo subordine, laddove non dovesse essere ritenuta valida la Convenzione finanziaria dell'agosto 1985, l'obbligo da parte del Costa Rica della restituzione della somma ricevuta, in virtù del principio dell'ingiustificato arricchimento o arricchimento senza causa, principio, come è noto, riconosciuto nella generalità degli ordinamenti giuridici sia di *civil law* che di *common law*. L'applicazione di tale principio veniva contestata dal Costa Rica in base all'argomentazione che le somme di cui al credito di aiuto non furono versate a suo favore bensì, per il tramite della Banca Monte dei Paschi di Siena, in favore di un fornitore italiano (che ha realizzato il bacino galleggiante di carenaggio) e quindi le somme non sono mai introitate nelle casse del Costa Rica. Tale argomentazione non è stata accolta dal Tribunale arbitrale sulla base dell'assunto che il Costa Rica aveva senz'altro

beneficiario delle somme versate (alla società fornitrice italiana) dal Mediocredito Centrale (attraverso INCOP e la Banca da quest'ultima delegata, ovvero il Monte dei Paschi di Siena), nella misura in cui il bacino galleggiante è stato consegnato ed installato a Porto Caldera in Costa Rica. Inoltre la Convenzione finanziaria dell'agosto 1985 (che rispecchiava la prassi della cooperazione tecnica e finanziaria) aveva previsto un siffatto sistema o procedura di carattere giuridico e finanziario, rispettivamente con la conclusione di contratti di appalto, vendita e servizi tra i fornitori italiani (del bacino galleggiante) e la parte costaricense (INCOP) e con il pagamento non da parte dell'acquirente e beneficiario costaricense bensì da parte di Mediocredito Centrale sulla base di fondi messi a disposizione dal Governo italiano. Il Tribunale arbitrale ha tuttavia riconosciuto che il beneficio ottenuto dal Costa Rica, in termini di arricchimento ingiustificato, non poteva essere considerato esattamente pari al credito di aiuto di circa 13 milioni di dollari, ma andava piuttosto commisurato al valore effettivo del bene (e dell'installazione) in questione, stimato da un perito a 9,2 milioni di dollari (secondo il valore al nuovo) e a 8,7 milioni di dollari (secondo il valore di mercato). Il Tribunale concludeva lasciando sostanzialmente alle Parti stesse decidere se tenere conto di tale aspetto in considerazione delle particolari circostanze della controversia¹⁸. È verosimile ritenere che i sopra *obiter dicta* quanto all'effettivo "arricchimento" del Costa Rica, siano serviti al Tribunale per introdurre, nella determinazione della somma da restituire al governo italiano, un criterio equitativo che potesse giustificare la non integrarle applicazione delle condizioni previste dalla Convenzione finanziaria (che sarebbero state troppo onerose per il Costa Rica e in contrasto con le finalità degli accordi di cooperazione allo sviluppo), in particolare delle condizioni relative agli interessi di mora, come qui dappresso esaminato.

7. Segue: *L'applicazione degli interessi alla somma da restituire*

La sentenza arbitrale del 26 giugno 1998 termina con una interessante disamina della contestazione da parte costaricense in merito alla

¹⁸ Par. 63, IV della sentenza cit.

richiesta del Governo italiano di condanna alla restituzione del credito di aiuto maggiorato degli interessi di mora, come previsto dalla Convenzione finanziaria dell'agosto 1985. La contestazione costaricense si fondava sull'assunto che applicandosi alla predetta Convenzione il diritto italiano (tesi non condivisa dal Tribunale), la richiesta volta ad ottenere gli interessi di mora doveva intendersi prescritta. A tale riguardo il Tribunale, dopo aver rilevato che vi erano stati nel caso di specie senz'altro atti interruttivi da parte italiana della prescrizione, ha risposto a tale punto sottolineando che le Parti hanno inteso "spostare" (*déplacer*) la soluzione della controversia da un piano strettamente finanziario o "tecnico" (ovvero delle disposizioni della citata Convenzione finanziaria) «au niveau intergouvernemental et diplomatique»¹⁹. Sulla base di tale constatazione il Tribunale arbitrale sostiene che si dovrà tenere conto anche del carattere equitativo delle norme di diritto internazionale pubblico e quindi non applicare rigorosamente le modalità previste dalla Convenzione finanziaria quanto al calcolo degli interessi (che avrebbero condotto ad una cifra complessiva – tra capitale e interessi – molto elevata di circa 22 milioni di dollari USA) ed a scegliere piuttosto la loro determinazione «d'une manière globale et forfaitaire»²⁰ tenendo conto del valore commerciale del bacino di carenaggio che non potrà superare, come già indicato (in relazione all'ingiustificato arricchimento), la somma di 9 milioni di dollari. Il Tribunale ha così fatto ricorso all'applicazione della c.d. "equità *infra legem*" (da non confondere con una decisione *ex aequo et bono* che avrebbe richiesto l'accordo delle parti), tenuto conto del «caractère équitable qui imprègne de façon générale les normes pertinents du droit international»²¹. Ciò ha condotto il Tribunale a considerare, in sede di quantificazione dell'ammontare del rimborso/restituzione dovuto dal Costa Rica, non solo le disposizioni della Convenzione finanziaria del 1985, ma anche l'insieme delle circostanze concrete della controversia tra cui le cause del ritardo, «les ma-lentendus e les doutes surgis du cotè costaricien quant à l'efficacité ou

¹⁹ V. par. 68, IV della sentenza cit.

²⁰ V. par. 72, IV, della sentenza cit.

²¹ V. par. 69, IV della sentenza cit.

la portée des divers accords... ainsi que l'ensemble de leurs relations d'amitié et de coopération»²².

8. Segue: *Il dispositivo finale della sentenza*

Il Tribunale conclude, all'unanimità, alla luce delle diverse argomentazioni precedentemente illustrate, dichiarando pienamente valida ed obbligatoria la Convenzione finanziaria dell'agosto 1985 e fissando a 15 milioni di dollari USA, tenuto conto dei sopra indicati principi di equità e delle predette circostanze, l'ammontare del credito della Repubblica italiana (e/o di Mediocredito) nei confronti della Repubblica del Costa Rica, comprendente sia il capitale che gli interessi (calcolati forfettariamente). Quanto alla restituzione di tale somma, il Tribunale conclude lasciando sostanzialmente alle Parti definire le modalità di rimborso e ciò «dans le contexte général et dans l'esprit de leurs rapports d'ensemble et de leurs accords de coopération au développement, compte tenu des liens traditionnels d'amitié qui les unissent et qui ont été rappelés, notamment, dans le Compromis Arbitral du 11 septembre 1997»²³.

Questo invito del Tribunale rivolto ai due Stati in ordine alla definizione delle modalità di restituzione della somma spettante al Governo italiano, è stato poi favorevolmente accolto dai due Stati. La sentenza arbitrale del 26 giugno 1998 oltre ad aver posto termine ad una lunga controversia è stata anche determinante per il ripristino dei normali rapporti commerciali e di cooperazione fra l'Italia e il Costa Rica, rapporti che prima del sorgere della controversia *de qua* avevano avuto periodi di particolare sviluppo ed intensità.

Il Tribunale arbitrale ha cercato, quindi, di giungere ad una soluzione che potesse, da un lato, dare certezza giuridica agli accordi internazionali sottoscritti ed eseguiti dagli Stati o da enti da loro autorizzati, dando così prevalenza al principio del legittimo affidamento rispetto ad eventuali irregolarità formali di carattere interno, dall'altro, offrire una

²² V. par. 71, IV sent.cit.

²³ V. dispositivo della sentenza lett. e).

soluzione equa in grado di ristabilire rapporti commerciali tra due Paesi amici i quali hanno voluto, come sottolineato dal Tribunale, “déplacer” la soluzione della controversia dal terreno strettamente tecnico-finanziario della Convenzione dell’agosto 1985 a quello diplomatico e inter-governativo. La presenza del Prof. Luigi Ferrari Bravo nel Tribunale arbitrale, che aveva all’epoca già ricoperto il ruolo di giudice della Corte internazionale di giustizia dell’Aja e quello di capo del Servizio del contenzioso diplomatico del Ministero degli affari esteri oltre a numerosi altri prestigiosi incarichi internazionali, è stata sicuramente determinante nel raggiungimento di questo risultato. Lo è stato specialmente con riferimento all’esigenza di dare certezza ad atti internazionali (quindi accordi e atti che ne seguono) richiamando principi di carattere generale, come quello della buona fede e del correlato principio del legittimo affidamento nonché di “non contraddizione”, da cui possono scaturire obblighi e diritti anche nei rapporti interstatuali.

LA GIURISPRUDENZA DELLA CORTE DI STRASBURGO IN TEMA DI OBBLIGHI POSITIVI¹

Benedetto Conforti - Mario De Dominicis

1. La Corte europea dei diritti dell'uomo (CtEDU) si è spesso occupata di obblighi positivi, ossia di obblighi dello Stato aventi ad oggetto la protezione di individui da violazioni commesse da altri individui. Il problema più importante che simili obblighi sollevano consiste nel verificare entro che limiti esiste un nesso di causalità tra l'evento e il comportamento statale, tale da comportare la responsabilità dello Stato.

È strano che la Commissione di diritto internazionale delle Nazioni Unite non abbia dato il giusto rilievo agli obblighi positivi nella parte riguardante l'elemento soggettivo dell'illecito internazionale nel suo Rapporto sulla responsabilità dello Stato del 2001. Un accenno ai detti obblighi è contenuto nella parte del Rapporto relativa all'elemento oggettivo, precisamente laddove si parla, all'art. 14, n. 3, degli "obblighi che richiedono allo Stato di prevenire un determinato evento"; ma ciò al solo fine della determinazione del *tempus commissi delicti* e non della verifica del nesso di causalità. Riprenderemo peraltro il punto alla fine di queste note.

¹ Gli autori sono lieti di partecipare, con queste note, alla giornata trentina in onore di Luigi Ferrari Bravo, sodalizio durato circa sessanta anni, avendo avuto inizio verso la metà degli anni cinquanta ed agli inizi del decennio successivo, con la venuta a Napoli del loro Maestro Rolando Quadri che li nominò assistenti. È stato, ed è, un sodalizio caratterizzato da grande stima e da assai affettuosa amicizia (questa avendo coinvolto anche le rispettive famiglie), di scambi continui di opinioni, di reciproche letture di lavori scientifici, di attività in comune. A proposito di quest'ultima, Benedetto Conforti ricorda in particolare gli anni della redazione del Commentario al Trattato CEE e di quello al Trattato CECA, una delle tappe fondamentali della loro formazione di giuristi. È difficile dar conto di tutte le occasioni di incontro, sia accademici sia scientifici, occasioni che non vennero meno neanche quando Luigi Ferrari Bravo fu occupatissimo nello svolgimento di alte funzioni, essendo stato chiamato a ricoprire l'incarico di Capo del contenzioso diplomatico. Per gli autori di queste note Luigi Ferrari Bravo, personalità dotata di fine intelligenza, di notevole acume giuridico nonché di solida cultura umanistica, ha sempre costituito un punto di riferimento prezioso.

Per quanto riguarda la CtEDU, essa ha talvolta ricavato implicitamente obblighi positivi dagli articoli della Convenzione europea dei diritti umani (CEDU) che prevedevano obblighi negativi. Questo è il caso, ad es., dell'applicazione dell'art. 3 in tema di divieto della tortura e dei trattamenti disumani e degradanti, o dell'art. 8 sul rispetto della vita privata e familiare. Altre volte si trattava dell'applicazione di articoli della CEDU che espressamente imponevano allo Stato l'obbligo o di astenersi esso stesso dal violare un diritto umano determinato, oppure di impedire a chiunque di farlo. L'esempio più importante di questo tipo di norma è dato dall'art. 2, prima frase del par. 1 dell'art. 2, secondo cui "il diritto alla vita di ognuno deve essere protetto dalla legge ...".

In queste note ci occuperemo soprattutto di alcune decisioni della CtEDU relative all'art. 2, che riguardano gli esempi più importanti in materia di obblighi positivi. Le osservazioni e le conclusioni riguardanti tali decisioni potranno essere facilmente applicate ai casi di obblighi positivi previsti, o ricavati implicitamente, da altre norme della CEDU. Anche qualche caso deciso dalla soppressa Commissione europea dei diritti umani (Commissione) verrà preso in considerazione. L'esame delle decisioni costituirà la premessa per alcune osservazioni riguardanti il ruolo del principio di causalità nella teoria della responsabilità internazionale dello Stato.

2. La CtEDU ha così definito l'obbligo positivo previsto dall'art. 2, par. 1, della CEDU:

a) La prima frase dell'art. 2, par. 1, ingiunge allo Stato non solo di astenersi dall'intenzionale ed illecita privazione della vita, ma anche di prendere le misure appropriate al fine di proteggere le vite umane di coloro che sono sottoposti alla sua giurisdizione (v., tra le tante decisioni: *L.C.B c. Regno Unito*, 9 giugno 1998, par. 36; *Osman c. Regno Unito*, 26 ottobre 1998, par. 115; *Kiliç c. Turchia*, 28 marzo 2000, par. 62; *Keenan c. Regno Unito*, 3 aprile 2001, par. 88; *Mastromatteo c. Italia*, 24 ottobre 2002, par. 6).

b) Ciò comporta l'obbligo primario di avere effettive disposizioni di diritto penale a fini di deterrenza e di creazione di meccanismi idonei a

prevenire e punire i relativi crimini (v., ad es., *Keenan c. Regno Unito*, cit., *ibid*).

c) Affinché si abbia un obbligo positivo è necessario accertare che le autorità fossero consapevoli dell'esistenza di un rischio reale ed immediato per la vita di un determinato individuo e che esse non abbiano preso quelle misure da ritenersi ragionevolmente idonee ad evitare detto rischio (ad es. *Keenan c. Regno Unito*, cit., par. 89 e *Osman c. Regno Unito*, cit., par 116).

Diciamo subito che le affermazioni *sub a* e *sub b*) non hanno bisogno di commento, essendo di tutta evidenza. Né, con riguardo all'art. 2, ci risultano casi in cui la mancanza di una legislazione adeguata sia stata presa in considerazione. Con riguardo all'art. 3, invece, va citato il caso *A c. Regno Unito*, 23 settembre 1998, par. 9-24, terminato con una sentenza di condanna del Regno Unito. Qui si chiedeva alla Corte di decidere per la violazione dell'art. 3, non avendo lo Stato protetto un fanciullo per maltrattamenti ritenuti disumani (continue percosse) da parte del suo patrigno. La Corte decise per la violazione, a causa della mancanza, riconosciuta dallo stesso Governo inglese, di una legislazione adeguata peraltro in via di modifica.

3. Passando all'affermazione *sub c*), in varie occasioni la CtEDU ha applicato un *test* di "prevedibilità" dell'evento ed un *test* di "ragionevolezza" delle misure preventive idonee ad evitare un prevedibile rischio. Ed essa ha per l'appunto fatto ricorso al principio di causalità in quanto specificazione di quello di prevedibilità. Anche in questa materia è la giurisprudenza sull'art. 2 che viene soprattutto in rilievo. Due casi, uno deciso dalla Corte, l'altro dalla Commissione, vanno qui descritti nei dettagli per la loro importanza ed a titolo di esempio.

Nel caso *L.C.B. c. Regno Unito*, cit., par. 39, la ricorrente denunciava di aver contratto la leucemia, durante la gravidanza e come conseguenza dell'esposizione a radiazioni del padre (questi aveva ricoperto pubbliche funzioni in luoghi dove erano avvenuti dei test nucleari) nonché dell'omessa comunicazione ai suoi genitori del possibile rischio per la salute dei bambini concepiti successivamente. Il ricorso viene rigettato dalla Corte dopo un accurato esame dell'eventuale nesso di causalità

tra la leucemia del bambino e l'esposizione alle radiazioni da parte del nonno.

Nella decisione nel caso *Tugor c. Italia*, 18 ottobre 1995 (in COMMISSION, *Decisions and Reports*, vol. 83-A, p. 29), la Commissione era chiamata a decidere se, per l'esplosione di una mina in Iraq durante la Guerra del Golfo del 1991, esplosione che aveva causato gravi ferite al ricorrente, potesse essere considerata responsabile l'Italia per aver permesso la vendita della mina all'Iraq e per non aver adottato un sistema efficace di licenze in materia di trasferimento di armi. La Corte, dichiarando l'inammissibilità del ricorso sostenne: "...il ferimento del ricorrente non può essere considerato una diretta conseguenza dell'omissione da parte dell'Italia di una legislazione relativa al traffico di armi. Non c'è un'immediata relazione tra la mera fornitura di armi, anche se regolata in modo improprio, e il possibile, indiscriminato uso di tali armi in un terzo [rispetto alle parti della Convenzione] Paese, essendo tale uso la diretta e decisiva causa dell'incidente occorso al ricorrente".

Per concludere sull'esame dei casi riportati, non si può negare l'importante ruolo che il principio di causalità svolge, nella giurisprudenza di Strasburgo, in materia di violazione di obblighi positivi. Obblighi del genere non possono dirsi violati quando manca un legame causale tra la condotta dello Stato e l'evento, o più specificamente, quando l'omissione dello Stato sia troppo remota nella catena delle circostanze che hanno portato all'ultimo ed illecito evento.

4. Quali le considerazioni da fare, alla luce di quanto si è qui detto, dal punto di vista della teoria generale della responsabilità internazionale dello Stato?

Come si è anticipato all'inizio di queste note, il Progetto del 2001 della CDI si occupa espressamente di obblighi positivi soltanto all'art. 14(3), ma solo con riguardo alla determinazione del *tempus commissi delicti*, e senza riferimenti al nesso di causalità. Nel commento all'introduzione alla parte generale del Rapporto, relativa all'elemento soggettivo dell'illecito (v. par. 4), c'è un riferimento al nesso di causalità ma solo per... dire che non è il caso di occuparsene in tema di struttura dell'illecito. È, infine, un contesto del tutto diverso da quello da noi

esaminato, e precisamente in materia di riparazione del danno “causato” da un atto illecito dello Stato, quello in cui troviamo il riferimento al nesso di causalità.

Del nesso di causalità si parlava, invece nel commento all’art. 23, al par. 16. di un vecchio Rapporto della CDI del 1978, dovuto in gran parte all’allora Relatore Speciale, il compianto prof. Roberto Ago. L’art. 23 era interamente dedicato alla violazione di obblighi positivi, quindi alla responsabilità dello Stato colpevole di non aver prevenuto il verificarsi di un determinato evento. Nel commento si diceva espressamente “che un certo legame causale – indiretto, ovviamente, e non diretto – deve esistere tra il verificarsi dell’evento e la condotta... dell’organo dello Stato”. Ma niente di più.

Occorre al contrario insistere su quanto qui si sostiene, e cioè che il nesso di causalità, con tutte le difficoltà connesse alla sua verifica in un caso concreto, costituisce un vero e proprio elemento dell’illecito internazionale. Trattasi di un elemento molto più evidente nel caso di obblighi positivi, dei quali ci siamo qui esclusivamente occupati, ma non certo mancante nel caso di obblighi negativi, dove è la condotta dello Stato che *direttamente* provoca l’evento. Ricordiamo che, secondo l’opinione di un altro Maestro del diritto internazionale, Rolando Quadri, la causalità era addirittura tutto nell’illecito, ad onta di ogni speculazione relativa alla c.d. imputazione dell’atto illecito allo Stato. Senza dubbio si trattava di un’opinione esagerata; ma la dottrina corrente, ispiratrice dei lavori della CDI, che poco o nulla si occupa del nesso di causalità, è esagerata in senso opposto.

ELENCO DEI PARTECIPANTI AL CONVEGNO DI TRENTO

Roberto Adam, Università degli Studi di Roma “Tor Vergata”
Antonino Ali, Università degli Studi di Trento
Giandonato Caggiano, Università degli Studi Roma Tre
Benedetto Conforti, Università degli Studi di Napoli, Federico II
Gianluca Contaldi, Università degli Studi di Macerata
Mario De Dominicis, Università degli studi di Salerno
Francesco Maria Di Majo, Studio di Majo, Roma
Alessandro Fodella, Università degli Studi di Trento
Pietro Gargiulo, Università degli Studi di Teramo
Andrea Giardina, Università Sapienza di Roma
Roberto Giuffrida, Università degli Studi di Perugia
Ivan Ingravallo, Università degli Studi di Bari “Aldo Moro”
Paola Mori, Università degli Studi “Magna Græcia” di Catanzaro
Giuseppe Nesi, Università degli Studi di Trento
Marco Pertile, Università degli Studi di Trento
Mauro Politi, Università degli Studi di Trento
Guido Raimondi, Corte Europea dei Diritti dell'Uomo
Alfredo Rizzo, Avvocato, Roma
Giorgio Sacerdoti, Università Commerciale Luigi Bocconi,
Milano
Elena Sciso, LUISS Guido Carli, Roma
Antonello Tancredi, Università degli Studi di Palermo
Attila Tanzi, Università degli Studi di Bologna
Giuseppe Tesauo, Corte costituzionale
Antonio Tizzano, Corte di giustizia dell'Unione europea
Tullio Treves, Università degli Studi di Milano
Ennio Triggiani, Università degli Studi di Bari Aldo Moro
Ugo Villani, Università degli Studi di Bari Aldo Moro

COLLANA
‘QUADERNI DELLA FACOLTÀ DI GIURISPRUDENZA’

UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI TRENTO

1. *L'applicazione delle regole di concorrenza in Italia e nell'Unione europea. Atti del IV Convegno Antitrust tenutosi presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Trento* - (a cura di) GIAN ANTONIO BENACCHIO, MICHELE CARPAGNANO (2014)

2. *Dallo status di cittadino ai diritti di cittadinanza* - (a cura di) FULVIO CORTESE, GIANNI SANTUCCI, ANNA SIMONATI (2014)

3. *Il riconoscimento dei diritti storici negli ordinamenti costituzionali* - (a cura di) MATTEO COSULICH, GIANCARLO ROLLA (2014)

4. *Il diritto del lavoro tra decentramento e ricentralizzazione. Il modello trentino nello spazio giuridico europeo* - (a cura di) ALBERTO MATTEI (2014)

5. *European Criminal Justice in the Post-Lisbon Area of Freedom, Security and Justice* - JOHN A.E. VERVAELE, with a prologue by Gabriele Fornasari and Daria Sartori (Eds.) (2014)

6. *I beni comuni digitali. Valorizzazione delle informazioni pubbliche in Trentino* - (a cura di) ANDREA PRADI, ANDREA ROSSATO (2014)

7. *Diplomatici in azione. Aspetti giuridici e politici della prassi diplomatica nel mondo contemporaneo* - (a cura di) STEFANO BALDI, GIUSEPPE NESI (2015)

8. *Il coordinamento dei meccanismi di stabilità finanziaria nelle Regioni a Statuto speciale* - (a cura di) ROBERTO TONIATTI, FLAVIO GUELLA (2014)

9. *Reti di libertà. Wireless Community Networks: un'analisi interdisciplinare* - (a cura di) ROBERTO CASO, FEDERICA GIOVANELLA (2015)

10. *Studies on Argumentation and Legal Philosophy. Further Steps Towards a Pluralistic Approach* - (Ed. by) MAURIZIO MANZIN, FEDERICO PUPPO, SERENA TOMASI (2015)

11. *L'eccezione nel diritto. Atti della giornata di studio (Trento, 31 ottobre 2013)* - (a cura di) SERGIO BONINI, LUCIA BUSATTA, ILARIA MARCHI (2015)

12. JOSÉ LUIS GUZMÁN D'ALBORA, *Elementi di filosofia giuridico-penale* - (a cura di) GABRIELE FORNASARI, ALESSANDRA MACILLO (2015)

13. *Verso nuovi rimedi amministrativi? Modelli giustiziali a confronto* - (a cura di) GIANDOMENICO FALCON, BARBARA MARCHETTI (2015)

14. *Convergences and Divergences between the Italian and the Brazilian Legal Systems* - (Ed. by) GIUSEPPE BELLANTUONO, FEDERICO PUPPO (2015)

15. *La persecuzione dei crimini internazionali. Una riflessione sui diversi meccanismi di risposta. Atti del XLII Seminario internazionale di studi italo-tedeschi, Merano 14-15 novembre 2014 - Die Verfolgung der internationalen Verbrechen. Eine Überlegung zu den verschiedenen Reaktionsmechanismen. Akten des XLII. Internationalen Seminars deutsch-italienischer Studien, Meran 14.-15. November 2014* - (a cura di / herausgegeben von) ROBERTO WENIN, GABRIELE FORNASARI, EMANUELA FRONZA (2015)

16. *Luigi Ferrari Bravo. Il diritto internazionale come professione* - (a cura di) GIUSEPPE NESI, PIETRO GARGIULO (2015)

