

ANNO VIII - N.24 - SETTEMBRE - DICEMBRE 2006

Rivista della Cooperazione Giuridica Internazionale

EDIZIONI  NAGARD

LO STRUMENTO EUROPEO DI LOTTA ALLA DISCRIMINAZIONE RAZZIALE E LA SUA APPLICAZIONE IN ITALIA ALLA LUCE DEL DIRITTO INTERNAZIONALE GENERALE E CONVENZIONALE

Giancarlo Guarino*

Sommario: 1. La direttiva 2000/43, da leggere nel quadro normativo internazionale in cui si colloca. – 2. L'uso dello strumento della sussidiarietà e le sue conseguenze. – 3. Il quadro normativo della lotta alla discriminazione, vigente fino all'adozione delle direttive. – 4. La direttiva 2000/78 e il suo collegamento alla direttiva 2000/43. – 5. Segue: il valore obbligatorio delle direttive, qualche riferimento giurisprudenziale. – 6. L'interpretazione e il valore delle direttive alla luce del diritto internazionale. – 7. Il problema dell'inversione dell'onere della prova. – 8. I riferimenti alle norme di diritto internazionale convenzionale e la conseguente costituzione di un "sistema" normativo organico. – 9. Qualche osservazione sui rapporti tra le norme di provenienza internazionale e quelle interne: l'art. 117, primo co., Costituzione. – 10. L'Ufficio antidiscriminazione razziali.

1. Prima di entrare nel merito della direttiva che ha dato luogo, tra l'altro, all'istituzione dell'Ufficio di cui ci si occupa qui, è utile dedicare attenzione e a due questioni preliminari, che costituiscono la base necessaria per ricostruire l'effettivo contenuto e l'obiettivo della direttiva, ma anche per sottolinearne l'originalità:

a. – il fatto che la direttiva (punto 28 dei *Considerando*) sia stata adottata in applicazione dell'art. 5 del trattato CE, vale a dire alla luce e nell'ambito del principio di sussidiarietà; a.1. – e inoltre sia stata emessa alla luce dell'art. 6 del Trattato UE (punto 2 dei *Considerando*), con un riferimento semantico troppo esplicito per essere solo casuale¹, a quello che sarà il futuro art. I-9.3 del Trattato

* Professore Ordinario di Diritto internazionale nella Facoltà di Economia dell'Università degli Studi Federico II di Napoli.

¹ *Considerando* n. 2 Direttiva 2000/43 CE: "Conformemente all'articolo 6 ... principi che sono comuni a tutti gli Stati membri e dovrebbe rispettare i diritti fondamentali quali sono garantiti dalla convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali e quali risultano dalle tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri, in quanto principi generali del diritto comunitario". Si rileva di sfuggita che il testo francese molto più correttamente

che adotta una Costituzione per l'Europa² e a.2. – alla luce della *azione comune* UE 96/443 (GAI)³; b. – il fatto che la direttiva fa un esplicito riferimento – non diversamente dall'azione comune citata alla quale, peraltro, si collega direttamente, richiamandola⁴ – alle norme internazionali, contrattuali e non, in materia di discriminazione razziale in senso molto lato. Molto lato dico, visto che, nell'*azione comune* richiamata, è fatto un esplicito riferimento anche alle risoluzioni (*ex cap. vii* della Carta delle NU e dunque *obbligatorie*) 827/93 e 955/94, istitutive dei Tribunali per i crimini commessi da individui, rispettivamente, nella *ex* Jugoslavia e in Rwanda, norme che apparentemente hanno poco a che vedere con la discriminazione, razziale o non che sia, pur essendo almeno in parte destinate a perseguire comportamenti motivati da razzismo e xenofobia.

In altre parole, come mi accingo a mostrare nelle prossime pagine, il risultato normativo complessivo della direttiva (alla luce degli atti e documenti ad essa collegati) è assai più vasto di quanto la direttiva stessa non indichi esplicitamente. Tanto che, la stessa trasposizione della direttiva nella legislazione italiana meriterebbe di essere rivista e perfezionata in maniera notevole, come si mostrerà più avanti.

(ma questo pare ormai un *topos*, non certo esaltante, nella versione in italiano dei documenti comunitari) recita: "et elle *respecte* les droits fondamentaux...". Non diversamente, ad es., poco più avanti, punto 13, il testo italiano recita: "...*dovrebbe* pertanto essere proibita..." e quello francese "...*doit être* prohibée...". Mi sono sempre domandato come debba un giudice interpretare un "comando" esposto al condizionale. Sul fatto che si tratti della parte preambolare della norma sorvolo, anche se non è dubbio, nella dottrina internazionalistica, che anche quella parte della norma ne costituisca parte integrante e dunque obbligatoria.

² Cfr. *Trattato che adotta una Costituzione per l'Europa*, art. 1-9.3: "I diritti fondamentali, garantiti dalla convenzione europea di 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".

³ Dove, alla lett. C del Titolo I si afferma: "Nessun elemento della presente azione comune può essere interpretato in modo tale da pregiudicare gli obblighi che incombono agli Stati membri in virtù degli strumenti internazionali elencati in appresso. Gli Stati membri pongono in atto la presente azione comune in conformità di tali obblighi e le definizioni ed i principi in essi contenuti serviranno loro da riferimento al momento stesso di tale attuazione: – la convenzione europea per la salvaguardia dei diritti dell'uomo e delle libertà fondamentali del 4 novembre 1950; – la convenzione relativa allo status dei rifugiati del 28 luglio 1951, modificata dal protocollo di New York del 31 gennaio 1967; – la convenzione delle Nazioni Unite sul delitto di genocidio del 9 dicembre 1948; – la Convenzione internazionale sull'eliminazione di tutte le forme di discriminazione razziale del 7 marzo 1966; – le convenzioni di Ginevra del 12 agosto 1949 e i relativi protocolli I e II del 12 dicembre 1977; – le risoluzioni 827(93) e 955(94) del Consiglio di Sicurezza delle Nazioni Unite; – la risoluzione del Consiglio del 23 novembre 1995, relativa alla protezione dei testimoni nella lotta contro la criminalità organizzata internazionale, in caso di procedimenti penali relativi ai comportamenti di cui al punto A, qualora vengano citati testimoni in un altro Stato membro".

⁴ Punto II dei *Considerando*.

2. Innanzitutto, dunque, analizziamo il senso dell'utilizzazione dell'istituto della sussidiarietà per consentire l'emissione della direttiva. La opzione in qualche modo, implica una scelta, tendenzialmente irreversibile, della Comunità di assumere il problema della discriminazione razziale (e quindi più in generale quello della immigrazione), ma anche della discriminazione culturale, religiosa, eccetera, come un tema di interesse e rilevanza comunitari, sul quale l'autonomia degli stati si restringe e si restringerà ancora progressivamente⁵. La CE, come noto, utilizza questo strumento (del resto a ciò esplicitamente destinato) per concentrare poteri e funzioni di competenza non esclusiva delle CE stesse, in alternativa rispetto alla disposizione dell'art. 308, sui cdd. poteri impliciti, fin qui, a sua volta, assai largamente utilizzata, ma nell'intento di dotare la Comunità degli strumenti necessari al raggiungimento degli obiettivi del trattato.

Cosa, del resto, abbastanza logica se è vero come è vero che l'uniformità di trattamento di situazioni analoghe è un mezzo cardine per garantire che un paese comunitario non si trovi in condizioni di "svantaggio" rispetto ad altri perché eventualmente adottati comportamenti più liberali nei confronti degli individui di etnia diversa da quella dominante.

Il riferimento all'art. 6 del trattato UE è poi particolarmente indicato per mettere in luce l'affermazione di una volontà comunitaria di garantire ovunque

⁵ L'UE, infatti gestisce direttamente e intende continuare a gestire fermamente la politica antidiscriminazione, per la quale segue attivamente gli sviluppi a livello nazionale e opera anche per stimolare gli stati ad operare e per informare gli interessati dei loro diritti con un ufficio *ad hoc* che, appunto, si occupa esplicitamente di seguire l'azione in materia, *Anti-discrimination and relations with civil society*, il cui sito è in <http://www.europa.eu.int>. E infatti, con la decisione del Consiglio CE 2000/750 del 27.11.2000 (successiva dunque alle direttive che si commentano), in applicazione anche qui del principio di sussidiarietà, il Consiglio adotta il art. 1, "programme d'action communautaire visant à promouvoir des mesures de lutte contre toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la race ou l'origine ethnique, la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle...", che si propone, come afferma l'art. 2, appunto di favorire e coordinare la politica degli stati in materia di discriminazione e ne affida la gestione alla Commissione e ad un comitato ad hoc (artt. 5 e 6). La norma chiave, e che rivela le vere intenzioni della UE a lungo termine è quella dell'art. 8, che, recita: "*Cohérence et complémentarité*: 1. La Commission assure, en coopération avec les États membres, la cohérence globale avec d'autres politiques, instruments et actions de l'Union et de la Communauté, notamment par la mise en place de mécanismes appropriés permettant de coordonner les activités du programme avec des activités pertinentes concernant la recherche, l'emploi, l'égalité entre les femmes et les hommes, l'insertion sociale, la culture, l'éducation, la formation et la politique de la jeunesse, ainsi que dans le domaine des relations extérieures de la Communauté. 2. La Commission et les États membres assurent la cohérence et la complémentarité entre les actions menées au titre du programme et d'autres actions pertinentes de l'Union et de la Communauté, en particulier celles relevant des fonds structurels et de l'initiative communautaire Equal. 3. Les États membres s'attachent dans toute la mesure du possible à assurer la cohérence et la complémentarité entre les activités au titre du programme et celles menées aux niveaux national, régional et local". È la definizione di una politica *ad hoc* che, dotata di un organismo centrale (per ora di coordinamento, ma in prospettiva di gestione diretta) si propone di coordinare e gestire le politiche nazionali in merito, senza eccezioni.

parità di diritti e di trattamento, sulla base di motivazioni di carattere non solo e non tanto etiche (e dunque non espresse in norme di carattere “programmatico”), ma squisitamente giuridiche e quindi imperative. L’art. 6, infatti, nell’affermare l’ovvio, e cioè che sono principi di diritto comune ai paesi europei quelli della libertà, della democrazia, del rispetto dei diritti dell’uomo e dello stato di diritto, pone, come accennato, le basi logiche e sistematiche per poter affermare che detti principi (nelle conseguenze concrete di cui alla specifica direttiva) vanno a costituire l’ossatura fondamentale, lo scheletro di quel *diritto pubblico europeo* adombrato esplicitamente per ora solo nell’art. I-9.3 del Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa, non ancora in vigore. Una lettura attenta della direttiva, che, a sua volta, parla di “tradizioni costituzionali comuni degli Stati membri *in quanto principi generali di diritto comunitario*”, mostra come la disposizione innovi decisamente rispetto alla dizione più sfumata dell’attuale co. 1 dell’art. 6 UE, e costituisce perciò un “ponte” verso la più decisa affermazione del principio nel menzionato art I-9.3 del Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa, dove, ribadito il riferimento alle tradizioni costituzionali comuni degli stati membri della UE, ne afferma, più schiettamente la valenza in quanto “principi generali di diritto” dell’Unione.

E tali principi non possono non costituire l’ossatura di un sistema di diritto pubblico comunitario e, in una parola, di una costituzione vera e propria dell’Unione.

È solo appena il caso di ricordare per un accenno, che l’idea di un diritto pubblico europeo, in qualche modo rappresentativo di una costituzione *in nuce* o *in itinere* non è contenuta solo nel Trattato che adotta una Costituzione per l’Europa, ma già in una famosa dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione del 1977⁶, dove gli organismi in questione sottolineano “...l’importanza essenziale che essi attribuiscono al rispetto dei diritti fondamentali, *quali risultano in particolare dalle costituzioni degli stati membri...*”. Questo tipo di norme, testimonia della progressiva (e deliberata) integrazione tra gli ordinamenti giuridici degli stati membri, che se da un lato influenzano direttamente il diritto comunitario, dall’altro ne sono influenzati, ma principalmente si influenzano reciprocamente. Come sottolineerò tra poco, ciò vuole dire che il contenuto reale delle norme comunitarie, il “diritto vivente” della UE tende a modellarsi sui diritti fondamentali degli stati membri, modellandoli a sua volta.

Tutta la direttiva, dunque, si colloca in questa luce e va perciò letta in questa chiave, nell’ambito del principio di sussidiarietà, attraverso il quale, posto pure che la sua applicazione è suscettibile del controllo da parte della Corte di giustizia delle CE, si determina un trasferimento di competenze⁷ dagli stati alla CE

⁶ *Dichiarazione comune del Parlamento europeo del Consiglio e della Commissione sui diritti fondamentali*, 5.4.1977, in GUCE C 103, 27.4.1977.

⁷ Come rilevato sopra, tendenzialmente definitivo. Sebbene in astratto sia possibile che, una volta accentrata una funzione la CE la trasferisca nuovamente agli stati, una cosa del genere appare a

in un settore non di competenza esclusiva della stessa⁸, ma che perde gran parte della sua autonomia locale⁹: d'ora in avanti, in una parola, la legislazione e l'amministrazione in materia di discriminazione (in senso assai lato come rilevato) dei singoli stati, dovrà non solo tenere conto della legislazione comunitaria – così come risultante, cosa di importanza, a mio parere, fondamentale, anche da ciò che i singoli stati che partecipano alla UE faranno in termini legislativi, ma specialmente interpretativi delle norme in materia, comunitarie, nazionali e internazionali in senso stretto – ma anche potrà essere sottoposta al potere di controllo da parte degli organi comunitari, e in particolare della Corte di giustizia, qualora non ne rispetti i principi.

In altre parole, i principi di libertà, democrazia e rispetto dei diritti dell'uomo, che costituiscono la base del diritto pubblico (costituzionale, si potrebbe dire) europeo, determinano la necessità di applicare quei principi nella gestione dei rapporti quotidiani degli individui, indipendentemente dal fatto che si tratti o meno di cittadini dell'UE. Tanto che, la CE può ricorrere¹⁰ all'uso del meccanismo della sussidiarietà per garantire uniformità di comportamento e per gestirne direttamente gli sviluppi¹¹.

Che la Comunità possa e debba spesso avvalersi della possibilità di derogare alla competenza propria degli stati a favore della propria è cosa già acquisita da tempo a livello comunitario, anche in assenza della norma specifica in tema¹².

dir poco assai scarsamente verosimile.

⁸ V. sul punto, di recente, CHALTIET, *Le principe de subsidiarité dix ans après le traité de Maastricht*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 2003, p. 3.65 ss. e anche OREBECH, *The EU Competency Confusion: Limits Extension Mechanisms, Split Power, Subsidiarity, and Institutional Clashes*, in *Journal of Transactional Law and Politics*, 2003-2004, p. 99 ss.

⁹ Anche se, come molto spesso dispone lo stesso trattato, le norme adottate dalle Comunità non possono essere destinate a "qualsiasi armonizzazione delle disposizioni legislative e regolamentari degli stati membri". La formula (che, salvo errore, si ritrova negli artt. 13, 137 e 149-152 dl trattato), in effetti assume un contenuto più simbolico che reale, nella misura in cui se si propone (e ottiene) il risultato di vietare l'adozione di misure esplicitamente di armonizzazione, non può impedire che la sussunzione di talune funzioni in capo alla Comunità abbia il medesimo effetto, almeno di fatto.

¹⁰ Tra l'altro senza offrire una motivazione particolarmente ampia della propria scelta, diversamente da quanto disposto formalmente nell'art. 5 CE e nel Protocollo 30 sulla sussidiarietà.

¹¹ In coerenza, dunque, con quanto affermato nella Decisione del Consiglio CE 2000/750, di cui *supra* nt.

¹² Per cui nemmeno ne risulta obbligatoria la menzione, come afferma la CGCE *Sentenza* C-233/94, 13.5.1997, *République fédérale d'Allemagne c. Parlement européen et Conseil de l'Union européenne*, dove si afferma: "Le Parlement et le Conseil, bien qu'ils n'aient pas fait expressément mention, dans la directive 94/19 relative aux systèmes de garantie des dépôts, du principe de subsidiarité, se sont néanmoins conformés à l'obligation de motivation leur incombant en vertu de l'article 190 du traité, dès lors qu'ils ont précisé les raisons pour lesquelles ils estimaient que leur action était conforme à ce principe, en soulignant que l'objectif de leur action pouvait, en raison de ses dimensions, être mieux réalisé au niveau communautaire et ne pouvait l'être de manière suffisante par les États membres".

Ad esempio, per citare un caso o due, già nella sentenza del Tribunale di prima istanza delle CE 113/96¹³ si afferma che la libertà di svolgere attività o professioni in un paese membro secondo la legislazione liberamente definita da ciascuno di essi, può essere sottoposta a limiti quando essi siano posti nell'interesse generale della Comunità. Concetto poi elaborato e approfondito molto ampiamente nella famosa sentenza Bosman, ormai leading case in materia¹⁴, dove la Corte di giustizia, nel ribadire il principio della autonomia dello Stato nel decidere la propria politica in materia di regole sportive anche "protezionistiche" in quanto destinata a proteggere gli interessi economici degli imprenditori del settore, affermava che detta autonomia doveva però trovare una limitazione nell'esigenza di garantire il più importante valore della libertà di circolazione anche in campo sportivo.

Non solo: perché un altro elemento da non trascurare è la necessaria e conseguente sottoposizione della legislazione nazionale, in particolare italiana, sia ai controlli di corretta applicazione della normativa comunitaria operati dalla Corte di giustizia delle CE, sia di costituzionalità sulla legislazione italiana eventualmente difforme da quella comunitaria, alla luce, tra l'altro, dell'art. 117 primo co. Cost.

Il controllo comunitario, infatti, non potrebbe andare oltre un ricorso per inadempimento, qualora l'Italia non si fosse conformata alle direttive. Ma potrebbe incrementarsi e divenire assai più pungente qualora, nella sua effettiva applicazione, l'Italia non si conformasse al contenuto della norma comunitaria così come risultante dalla lettera della stessa direttiva, ma anche¹⁵ dalla inter-

¹³ V. Sentenza TPI 113/96 del 29.1.1998. (Edouard Dubois et Fils SA v Council of the European Union and Commission of the European Communities).

¹⁴ Cfr. CGCE Sentenza, pronuncia pregiudiziale ex art. 177, C-415/93, 15.12.1995, *Union royale belge des sociétés de football association ASBL contre Jean-Marc Bosman e Royal club liégeois SA contre Jean-Marc Bosman et autres e Union des associations européennes de football (UEFA) contre Jean-Marc Bosman*, dove si afferma (punti 8 e 9 della massima): "8. Le principe de la liberté d'association, que consacre l'article 11 de la convention européenne de sauvegarde des droits de l'homme et des libertés fondamentales et qui résulte des traditions constitutionnelles communes des États membres, fait partie des droits fondamentaux qui, selon la jurisprudence constante de la Cour, par ailleurs réaffirmée par le préambule de l'Acte unique européen et par l'article F, paragraphe 2, du traité sur l'Union européenne, sont protégés dans l'ordre juridique communautaire. On ne saurait cependant considérer que des règles susceptibles d'entraver la libre circulation des sportifs professionnels qu'édictent des associations sportives sont nécessaires pour garantir l'exercice de cette liberté par lesdites associations, par les clubs ou par les joueurs, ou qu'elles en constituent une conséquence inéluctable. 9. Le principe de subsidiarité, même dans l'acception large qui voudrait que l'intervention des autorités communautaires soit limitée au stricte nécessaire dans le domaine de l'organisation des activités sportives, ne peut avoir pour effet que l'autonomie dont disposent les associations privées pour adopter des réglementations sportives limite l'exercice des droits, tel celui de libre circulation, conférés par le traité aux particuliers".

¹⁵ Se hanno un senso i riferimenti, da un lato, all'art. 6 UE e dall'altro, quello ai principi generali del diritto comunitario dei nn. 2 e 3 dei *Considerando* della direttiva 2000/43 e del n. 1 dei *Considerando* della direttiva 2000/78.

pretazione evolutiva della direttiva medesima, a seguito dei riferimenti di cui ho accennato qui sopra¹⁶.

La normativa in questione, infatti, è assai più complessa di quanto non appaia ad una prima lettura della sola disposizione comunitaria¹⁷, in quanto richiede l'applicazione di una serie di norme di diritto internazionale generale e pattizio, che fanno ormai parte integrante di un vero e proprio sistema normativo in materia: non solo e non tanto in materia di discriminazione razziale, quanto anche di trattamento degli stranieri e di altre forme di discriminazione non necessariamente legate alla razza, quali il sesso, le tendenze sessuali, l'età, l'handicap ecc.¹⁸.

Sistema, del quale cerco brevemente di illustrare gli elementi nel prossimo paragrafo.

3. È appena il caso di ricordare come il diritto comunitario conosca già da tempo norme in materia di discriminazione, anche se solo relativamente di recente. la lotta alla discriminazione si è estesa dalla protezione dei cittadini comunitari, per garantirne la libertà di circolazione in Europa, a quella delle persone non nazionali di uno Stato membro, quelle che, con una terminologia vagamente razzista, sono giornalmisticamente definiti *extracomunitari*. Ma specialmente è relativamente di recente che ha assunto una sua organicità, della quale duole constatare che ci si sia resi poco conto in Italia. Il trattato di Maastricht introdusse infatti una serie di norme oggi rimaneggiate e largamente integrate e costituenti parte di un apposito titolo, aggiunto con il trattato di Amsterdam del 1997, di cui più avanti.

Le norme, per così dire, "tradizionali" del trattato sono state, come ben noto, a loro volta largamente rimaneggiate in particolare con i trattati di Amsterdam e Nizza. Il regime che ne risulta, è disegnato e inquadrato innanzitutto dall'art. 6, già ripetutamente citato, del Trattato UE, che indica nei principi generali del rispetto della democrazia e delle libertà fondamentali la bussola per il comportamento degli stati membri e, dunque, per la regolamentazione della questione specifica che ci occupa, rispetto alla quale non è dunque un caso che ad esso facciano riferimento, proprio in apertura, anche le direttive in esame. Già prima di Maastricht e dei trattati successivi, peraltro, la Comunità aveva affrontato il tema della discriminazione razziale e della xenofobia in una famosa *Dichiarazione co-*

¹⁶ Del resto l'obbligo assoluto e inderogabile di applicazione della direttiva, in maniera assolutamente esaustiva e inequivoca, è stato largamente e ripetutamente espresso dalla COCE. v. la giurisprudenza di cui *infra* ntt. 42 e 43.

¹⁷ Sul punto v. anche *infra* § 8.

¹⁸ Sia, insomma, le discriminazioni oggetto della direttiva 2000/43 che quelle di cui alla direttiva 2000/78, che, ancora, quelle risultanti dal movimento convenzionale internazionale e dal Titolo IV del trattato (v. infatti *infra* § 8. Non è un caso che, ad es., la commissione austriaca, costituita in occasione della direttiva che si commenta, si occupi di tutte le cause di discriminazione. ivi comprese quelle a danno delle donne; v. *Änderung des Bundes Gleichbehandlungsgesetzes* (NR: GP XXII RV 285 AB 498 S. 61. BR: AB 7058 S. 710.), § 22 ss. ma v. più ampiamente *infra* 9.

mune del 1986¹⁹ (esplicitamente collegata a quella ancora precedente, del 1977)²⁰ nella quale si affermava la necessità della lotta alla discriminazione in ragione della “importanza capitale che le istituzioni della comunità attribuiscono ai diritti fondamentali... nonché al principio della libera circolazione delle persone...”.

Le norme “operative” del trattato CE dunque, sono oggi, assai sinteticamente: quella dell’art. 12²¹, dove si afferma il principio generale del divieto di discriminazione in base alla nazionalità; quella dell’art. 13²², il cui primo comma è stato introdotto con il trattato di Amsterdam e il secondo con quello di Nizza, che dispone sulla possibilità di adozione di misure (ad opera del Consiglio deliberante all’unanimità e, ovviamente, su proposta della Commissione e sentito il Parlamento europeo) atte a combattere effettivamente le discriminazioni di ogni genere, misure che sono adottate, sempre dal Consiglio, ma con la procedura dell’art. 251, quando siano destinate ad incentivare l’adozione delle necessarie misure da parte degli stati membri, senza, però, intenti di armonizzazione delle rispettive legislazioni²³. A norma dell’art. 14.2, inoltre, nell’istituzione del mercato interno si assicura la completa libertà di circolazione delle persone²⁴, che ne è strumentale e che presuppone, a sua volta, la soppressione di ogni discriminazione comunque motivata e verso chiunque diretta.

Anche allo scopo di realizzare meglio gli obiettivi di cui all’art. 14, con gli accordi di Amsterdam e di Nizza, si aggiungono, come accennato, alcune nuove norme di notevole rilevanza, oggi incluse nel Titolo IV, intitolato: “Visti, asilo, immigrazione e altre politiche connesse con la libera circolazione delle persone”. Si tratta di un complesso di interessanti norme (dall’art. 61 all’art. 69) dove, da un lato, si tende ad uniformare le norme interne degli stati membri in maniera da non consentire che si determinino situazioni differenziate e, dall’altro, si fonda la possibilità di dettare norme operative (e quindi valide per tutti gli stati membri)

¹⁹ Cfr. *Dichiarazione comune del Parlamento europeo, del Consiglio e della Commissione contro il razzismo e la xenofobia*, 11.6.1986, in GUCE C 158, 25.6.1986.

²⁰ V. la *supra* nt. 6.

²¹ Tradizionalmente adoperato per lo più per garantire la libera circolazione dei cittadini degli stati membri, poi cittadini comunitari ai sensi dell’art. 18 Trattato CE. In questo senso vanno lette le norme dell’art. 39, dove di nuovo ci si riferisce ai soli cittadini degli stati membri. In effetti, mi pare, una completa e perfetta integrazione delle normative di diversa provenienza non può dirsi ancora raggiunta. Sull’intera questione si veda per tutti TESAURO, *Diritto comunitario*, Padova, (CEDAM) 2005, p. 116 ss. e 468 ss.

²² Base giuridica delle due cause (relative entrambe alla direttiva 2000/78) di cui *infra* nt. 34.

²³ Secondo la formula di cui alla precedente nt. 9, è appena il caso di osservare come, in fatto, tutto il complesso delle disposizioni di cui alle direttive che si commentano abbiano per effetto quello di creare una legislazione uniforme nei vari stati membri. Potrà non essere chiamata armonizzazione, ma certo da essa molto lontana non è.

²⁴ Merita anche di essere menzionata la norma di cui all’art. 141 Trattato CE, dove si definisce l’obbligo della parità di trattamento in materia di lavoro, ma limitatamente al tema della parità tra sessi, indipendentemente dalla nazionalità. E dunque la norma vale sia per i cittadini dell’UE che per gli individui provenienti dall’esterno dell’UE.

sulle modalità di ingresso alle frontiere esterne dell'UE e di spostamento all'interno del territorio dell'UE (con particolari e più significativi effetti, come noto, sui paesi parte del cd. regime Schengen). Anche in materia di asilo, l'art. 63 detta norme di coordinamento e di ravvicinamento delle legislazioni, oltre a fondare, come per quelle di cui sopra, la possibilità di iniziative legislative da parte del Consiglio, con la procedura "speciale" di cui all'art. 67, che definisce le modalità, diverse rispetto a quelle ordinarie, di adozione di atti, rientranti tra le questioni trattate nel titolo IV, diverse, a loro volta, a seconda che i corrispondenti atti siano adottati entro cinque anni dall'entrata in vigore del trattato di Amsterdam o dopo e, infine, aggiunge procedure speciali per singole situazioni specifiche.

Ma la norma, a mio parere, di maggiore interesse del Titolo IV è quella dell'art. 68, dove si definisce una procedura di ricorso pregiudiziale *ad hoc* per la sola interpretazione delle norme del Titolo IV, ma, cosa più importante, per giudicare anche, allo stesso modo di quanto disposto nella norma generale in materia dell'art. 234, sulla "validità o interpretazione degli atti delle istituzioni della comunità fondati sul presente titolo...", fatta eccezione per le misure statali (limitative della piena libertà di circolazione, ma per questi casi ammesse) in materia di ordine pubblico. La norma è abbastanza singolare per almeno tre motivi, che vale la pena di illustrare brevemente.

Innanzitutto, come accennato poco fa, a proposito del fatto che si fonda con questa disposizione una sorta di competenza pregiudiziale *ad hoc* solo per le questioni attinenti a quel titolo del Trattato. In secondo luogo, e più rilevante sia pure solo sul piano procedurale, è il fatto che il ricorso pregiudiziale può essere proposto solo quando il giudizio, nel corso del quale si determinano le condizioni per detta richiesta (da accogliere obbligatoriamente, ma sempre che il giudice ritenga necessaria l'interpretazione della Corte ai fini dell'emissione della sua sentenza) sia in corso dinanzi ad un'istanza non suscettibile di appello²⁵, cosa a dire il vero abbastanza atipica, tanto più che la disposizione fa un esplicito rinvio all'art. 234, che invece consente il ricorso pregiudiziale anche da parte di una giurisdizione di grado inferiore. Non è escluso che la norma così formulata abbia determinato qualche equivoco nelle, finora poche, giurisdizioni nazionali che se ne sono avvalse²⁶. Per la verità, sia detto del tutto in via incidentale e senza ulte-

²⁵ Testualmente: "...sollevata in un giudizio pendente davanti a una giurisdizione nazionale avverso le cui decisioni non possa proporsi un ricorso giurisdizionale di diritto interno". Anche qui, una piccola differenza rispetto alla norma dell'art. 234 ultimo comma, dove si dispone che il giudice di ultima istanza sarebbe obbligato al ricorso, anche se la prassi tende a qualificare quell'obbligo, escludendolo in talune circostanze.

²⁶ Sul punto, già esistono tre pronunce: *Ordinanza* della CGCE del 22.3.2002 C-24/02, domanda proposta dal *Tribunal de commerce de Marseille*, in causa *Marseille Fret SA c. Seatrano Shipping Company Ltd*, Eguale situazione per una *Ordinanza* del 10.6.2004, in causa C-555/03, domanda proposta *en application de l'article 68 CE, par le Tribunal du travail de Charleroi (Belgique)*, in causa *Magali Warbecq c. Ryanair Ltd*. Infine, cfr. del tutto analoga, l'*Ordinanza* 31.3.200, causa C-51/03, domanda *adressée à la Cour, en application de l'article 234 CE, par l'Amtsgericht*

riori approfondimenti, la norma suscita qualche perplessità. dato che, se ben se ne comprende il senso, emessa che sia stata l'interpretazione e trasferita al giudice interno, qualora quest'ultimo applicasse malamente o non applicasse tout court la interpretazione, questa resterebbe lettera morta o sarebbe falsamente applicata e l'interessato vedrebbe caducata la propria legittima aspettativa ad una "corretta" soluzione del suo caso, non disponendo di altri mezzi di gravame.

In terzo luogo, ancora, la norma sembra fondare un'inedita funzione, che definirei "quasi consultiva", della Corte²⁷, quando stabilisce al n. 3 dell'art. 68, che gli organi comunitari e gli stati possono chiedere direttamente, e indipendentemente da un processo in corso, alla Corte di pronunciarsi sull'interpretazione e la validità degli atti adottati in applicazione del titolo in questione. In questo modo, da un lato, la Corte si troverebbe di fatto a svolgere un delicato compito di uniformizzazione della normativa statale di applicazione delle norme del Titolo IV e, dall'altro, potrebbe indurre a modificare quelle norme che apparissero di dubbia legittimità in sede di valutazione interpretativa, suggerendo cioè agli organi comunitari stessi il modo per evitare che l'atto venga annullato.

Infine, l'ultima frase del n. 3 dell'art. 68 si preoccupa di precisare che l'interpretazione fornita dalla Corte non si applica alle sentenze interne passate in giudicato.

La disposizione appare in verità a dir poco criptica e di difficile applicazione. E infatti, una sentenza civile passata in giudicato non potrebbe comunque essere "ripresa" in quanto tale e quindi la disposizione risulterebbe sotto questo profilo nonché inutile, ridondante, a meno che non si voglia intendere che al legislatore sia interdetto, ad esempio, di legiferare per annullare gli effetti del giudicato per i casi interessati dalla interpretazione della Corte di giustizia CE. Ma, in realtà, da un lato non si vede come si possa impedire al legislatore interno di fare una cosa del genere²⁸, dall'altro vi sarebbero mezzi più semplici per ottenere meno clamorosamente il medesimo risultato. Qualche problema in più determina la disposizione se applicata ad una sentenza in materia penale, perché in tal caso, qualora l'effetto dell'interpretazione della Corte di giustizia CE determinasse una situazione di maggior favore per l'imputato (sia sotto il profilo della pena, cosa in sé improbabile, sia sotto quello della figura di reato, cosa invece assai più probabile) non credo che vi sarebbe dubbio sulla prevalenza del principio del *favor*²⁹

Löbau (Allemagne) dans la procédure pénale poursuivie devant cette juridiction contre Nicoleta Maria Georges cu, une décision à titre préjudiciel sur l'interprétation du règlement (C.E.) n° 539/2001 du Conseil, du 15 mars 2001.

²⁷ Attualmente una funzione consultiva della Corte esiste solo ex art. 300, in materia di stipulazione di trattati. Detta funzione, peraltro, è stata definita in dottrina più come una funzione di controllo che di parere vero e proprio.

²⁸ Salvo che, interpretando come propongo più avanti il primo co. dell'art. 117, l'eventuale siffatta legge potrebbe essere annullata per incostituzionalità.

²⁹ Espresso come noto nell'art. 25 co. 2 Cost. e nell'art. 2 co. 2 c. p., come del resto ribadito dalla giurisprudenza, tra cui, per tutte, Cass. Sez. iv penale, 23.6.2000 n. 2000/3881, che esplicita-

quali che siano le disposizioni in senso contrario: vale a dire che, se non altro l'eventuale minor pena, andrebbe comunque inflitta al reo e al reo stesso in ogni caso andrebbe riconosciuta l'eventuale sopravvenuta insussistenza del reato per il quale fosse stato condannato o la sua trasformazione in altro più lieve.

La disposizione, insomma, non solo risulterebbe priva di effetti ma, qualora se ne pretendesse l'applicazione, facilmente sarebbe giudicata platealmente incostituzionale. Mi fermo qui, perché altrimenti anche sotto questo profilo, il discorso si allargherebbe troppo, ma certo è che quella disposizione introduce un problema di non facile soluzione nella misura in cui determinasse realmente un obbligo di provenienza internazionale (e prevalente sull'ordinamento interno) in conflitto con una norma costituzionale così importante come l'art. 25 Cost.

Per altro verso, la disposizione potrebbe essere interpretata, o meglio utilizzata (forse con una certa forzatura) nel senso di intendere che quella interpretazione fornita dalla CGCE debba essere necessariamente tenuta in conto dalle giurisdizioni nazionali impegnate in giudizi aventi oggetti analoghi a quelli oggetto della sentenza interpretativa. Ma il principio per il quale un giudice può riferirsi ad una sentenza interpretativa della Corte di giustizia CE già emessa in relazione ad un altro giudizio, per utilizzarla in un giudizio in corso mi sembra sostanzialmente acquisito³⁰ e quindi una simile interpretazione sarebbe solo ridondante.

Sempre nel contesto del Titolo IV, una breve considerazione a parte merita la norma dell'art. 66, dato che essa riveste una grande importanza nella gestione concreta, a livello statale e comunitario, delle misure antidiscriminazione e in particolare degli organismi a ciò deputati³¹. La disposizione, infatti, definisce la possibilità per il Consiglio di adottare misure (e quindi creare norme operative e di principio, ma anche strutture) atte a garantire "la cooperazione tra i pertinenti servizi delle amministrazioni degli stati membri nelle materie disciplinate dal presente titolo, nonché tra tali servizi e la Commissione". A tale scopo la disposizione prevede l'uso della procedura di cui al successivo art. 67, descritta

mente e con riferimento diretto all'art. 25 Cost., afferma: "Il principio di legalità, elevato a rango di norma fondamentale nell'art. 25 della Costituzione, non riguarda solo la previsione dei reati, ma anche il sistema sanzionatorio... per cui l'ordinamento non tollera non solo che si dia esecuzione ad una pena, che, anche se inflitta con sentenza irrevocabile, non aveva, all'epoca in cui venne irrogata, il suo fondamento nella legge, ma neanche che perdurino la esecuzione e gli effetti di una pena che il legislatore ha espunto dall'ordinamento stesso con legge successiva a quella in cui la pena stessa venne applicata...". Non avrei dubbio ad assimilare ad una legge successiva, l'interpretazione obbligatoria di una norma comunitaria, che abbia per effetto di incidere su un reato (o, perfino, sulle pene).

³⁰ Per tutti cfr. TESAURO, *Diritto*, cit., p. 322 s.

³¹ La norma, a mio parere, avrebbe potuto essere utilizzata vantaggiosamente per l'adozione della Decisione del Consiglio di cui sopra 2000/750 CE, che invece è stata adottata senza riferimento a norme particolari che non sia l'art. 13. L'oggetto di quella decisione, mi sembra è esattamente quello di cui all'art. 66. Qualora lo si fosse fatto, è appena il caso di sottolinearlo, le disposizioni avrebbero potute vantaggiosamente essere sottoposte sia al ricorso pregiudiziale che alla richiesta di parere di cui all'art. 68.

sommariamente poco più sopra. Con un protocollo adottato il 26.2.2001 (allegato come parte integrante al trattato di Nizza) si è, però, deciso di applicare, a partire dal 1.5.2004, la procedura, atipica e *ad hoc*, dell'adozione degli atti in questione mediante voto del Consiglio a maggioranza qualificata, su proposta della Commissione e previa consultazione del Parlamento europeo. Una procedura, insomma semplificata rispetto a quella, peraltro a sua volta speciale, dell'art. 67 originariamente da applicare. Si assicura, per questa via, la possibilità di adottare rapidamente, misure obbligatorie di coordinamento degli organismi periferici a livello centrale, omettendo anche la necessità di un riferimento al meccanismo della sussidiarietà, ma si complica ulteriormente la già farraginosa messe di modalità differenti di adozione di atti da parte delle Comunità. Non va, peraltro, dimenticato che anche questi atti sono assoggettati alle procedure speciali di pronuncia pregiudiziale e di richiesta di parere dell'art. 68 primo e terzo comma.

Quanto infine, alla Carta di Nizza, essa non è ancora in vigore, ma anche di quelle norme (art. 21 ss.) si dovrà tenere conto, pur se non appaiono particolarmente innovative o additive rispetto alla normativa descritta fin qui.

4. Come si è visto, dunque, la normativa da prendere in considerazione è in realtà assai più articolata, se non anche più complessa, di quanto dispone la sola direttiva 2000/43³² tanto più che essa, oltre che alle norme di cui al paragrafo precedente, si associa strettamente all'altra direttiva 2000/78 CE del 27.11.2000 (anch'essa adottata in applicazione dell'istituto della sussidiarietà), che, nel proporsi di definire meglio e più compiutamente il concetto di discriminazione definito nella direttiva 2000/43, alla quale viene fatto un esplicito e inequivoco riferimento³³, ne allarga notevolmente i confini fino a comprendervi, oltre alle discriminazioni razziali descritte, quelle derivanti da religione, "convinzioni personali" (quindi, si deve supporre vista la terminologia alquanto vaga, anche politiche).

³² Cosa, peraltro, non presa in considerazione da legislatore italiano, che ha solo trasformato pedissequamente la direttiva 2000/43.

³³ Cfr. Direttiva 2000/78 CE *considerando* 10, 11 e 12: "... il Consiglio ha adottato la direttiva 2000/43/CE che attua il principio della parità di trattamento fra le persone indipendentemente dalla razza e dall'origine etnica, la quale assicura una protezione contro tali discriminazioni nel settore dell'occupazione e delle condizioni di lavoro. (11) La discriminazione basata su religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali può pregiudicare il conseguimento degli obiettivi del trattato CE, in particolare il raggiungimento di un elevato livello di occupazione e di protezione sociale, ... la libera circolazione delle persone. (12) Qualsiasi discriminazione diretta o indiretta basata su religione o convinzioni personali, handicap, età o tendenze sessuali nei settori di cui alla presente direttiva dovrebbe essere pertanto proibita in tutta la Comunità ...".

handicap³⁴ età e tendenze sessuali³⁵, per cui (*considerando* 12 e art. 3.2) "...tale divieto di discriminazione dovrebbe³⁶ applicarsi anche nei confronti dei cittadini dei paesi terzi, *ma non comprende le differenze di trattamento basate sulla nazionalità...*". Appunto: perché quelle basate sulla nazionalità e sulla razza eccetera, sono regolamentate già dall'altra direttiva e dalle norme del Titolo iv. Queste ulteriori ipotesi di discriminazione sono aggiunte, *proprio in quanto la direttiva precedente è stata adottata*, posto che, inoltre, quest'ultima si concentra principalmente sulle discriminazioni nel settore del lavoro, che, infatti, rappresenta l'elemento di collegamento tra le due disposizioni.

Il mancato riferimento, nella direttiva 2000/43, alla altra direttiva, implica, in via interpretativa, che la prima rappresenta in qualche modo il quadro normativo più generale al quale fanno capo le altre norme, che, a loro volta, richiamano altre disposizioni più specifiche, come le direttive 76/207 CEE e 86/379 CE, la convenzione 111 dell'OIL ecc. In quel quadro normativo, dunque, trova posto la costituzione, obbligatoria, di organismi *ad hoc* (in Italia l'Ufficio antidiscriminazioni razziali) per la gestione della politica antidiscriminatoria a livello locale.

Come accennavo, non sembra che il legislatore italiano si sia accorto di nulla. Infatti, le due direttive, sono state introdotte nel nostro ordinamento con due diversi decreti legislativi in pari data, n. 215 e 216, ma le due norme non risultano in alcun modo collegate tra di loro, ragion per cui sarà frutto di interpretazione successiva lo stabilire se e quale eventualmente sia il criterio che collega tra loro le due leggi nazionali e, specialmente, se (come in prima approssimazione, mi sembra indubbio) anche questo tipo di fenomeni discriminatori rientri nella competenza dell'ente istituito con la legge di attuazione della prima direttiva. Ma, ancora, anche se non è esplicitamente detto, mi pare difficile mettere in dubbio che le direttive rientrano tra gli atti previsti nel menzionato art. 66 del trattato CE, anche se non è stata utilizzato il meccanismo procedurale ivi previsto. Anzi, a mio parere e salvi ulteriori approfondimenti del tema, ancora tutti da sviluppare, la CE

³⁴ Su questa direttiva, con particolare riferimento proprio alla questione degli handicap vi sono due cause presso la Corte di giustizia CE. Il problema esaminato è in sostanza, quello della valutazione circa l'esistenza o meno di una discriminazione collegata ad un handicap, quando la discriminazione sia la risultate di una situazione di obiettiva impossibilità di agire diversamente o quando l'handicap sia intervenuto successivamente. V. in tal senso *Sentenza c-144/04* pregiudiziale dell'*Arbeitsgericht München*, 22.11.2005 e l'opinione dell'avvocato generale (la sentenza è ancora attesa) in causa *c-13/05* pregiudiziale del *Juzgado de lo Social n. 33 de Madrid*, 16.3.2006.

³⁵ Si tratta, in realtà, delle ipotesi di discriminazione di cui all'art. 13.1 del trattato CE, versione Amsterdam art. 6, dove si usa il termine più sintetico "convinzioni".

³⁶ Di nuovo l'irrefrenabile incontinenza semantica colpisce e fa danni. V. il testo francese: "À cet effet, toute discrimination directe ou indirecte fondée sur la religion ou les convictions, un handicap, l'âge ou l'orientation sexuelle dans les domaines régis par la présente directive doit être interdite dans la Communauté. Cette interdiction de discrimination doit également s'appliquer aux ressortissants de pays tiers, mais elle ne vise pas ...". Fortunatamente l'art. 3.2 della direttiva ripete il concetto, usando il verbo all'indicativo.

avrebbe potuto fare a meno di adottare le direttive in base al principio di sussidiarietà, dato che le disposizioni del Titolo IV, commentato sopra, danno sufficiente potere alla Comunità.

La scelta di quel mezzo, allora, rafforza l'idea per la quale l'uso del principio della sussidiarietà, valga o, quanto meno, possa anche valere a rendere quel complesso di disposizioni e di azioni se non addirittura di competenza esclusiva della CE, almeno di "competenza prevalente" di essa³⁷, se mi si passa il neologismo.

5. Due notazioni meritano, a questo punto, di essere sottolineate.

La prima attiene al fatto che la CE non ha lasciato trascorrere tempo nell'agire contro la mancata applicazione della direttiva emettendo condanne degli stati inadempienti nell'ambito di ricorsi in carenza.

A tutt'oggi, infatti, la Corte di giustizia delle Comunità europee ha già prodotto varie sentenze, tutte di condanna, per la mancata trasformazione sia dell'una che dell'altra direttiva: innanzitutto contro la Finlandia³⁸ e il Lussemburgo³⁹, semplicemente inattivi sul punto e senza giustificazione alcuna, a giudizio della Corte.

Ma, anche, a nulla sono valse le proteste di qualche Stato (è in particolare il caso dell'Austria) che oppone alla Corte l'obiezione per cui lo Stato federale ha effettivamente trasformato in tempo la direttiva, mentre i Land austriaci (autonomi e non pienamente controllabili dallo Stato federale) non lo avevano ancora fatto, all'epoca della sentenza. Ma la Corte, in ossequio alla consolidata giurisprudenza comunitaria⁴⁰ – ma, mi sia consentito di aggiungere, alla luce di una norma sicuramente imperativa di diritto internazionale (generale) quale quella espressa nell'art. 27 della Convenzione di Vienna sul diritto dei trattati del 1969⁴¹ – respinge l'obiezione affermando che gli ostacoli di diritto interno alla piena

³⁷ Si veda *supra* § 2.

³⁸ CGCE, Sentenza C-327/04 del 24.2.2005.

³⁹ CGCE Sentenza C-320/04 del 20.2.2005.

⁴⁰ CGCE Sentenza C335/04 del 4.5.2005, in particolare punti 9 e 10.

⁴¹ La norma che afferma che nessuno Stato può opporre la propria legislazione interna, come esimente della propria responsabilità conseguente alla mancata applicazione di un trattato, alla luce della norma *pacta sunt servanda* di cui all'art. 26 della medesima convenzione. Di detta argomentazione, peraltro la Corte non si avvale. Sul punto, però, v. talune considerazioni nel mio *Autodeterminazione dei popoli e successione di norme contrattuali, alle radici di un conflitto*, in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2005, p. 7 ss. e specialmente 27 ss. e *Terrorismo, conflitti interni e internazionali: la legge applicabile*, in corso di stampa in *La Giustizia Penale*, 2006, *passim*, *Terrorismo e lotte di liberazione nazionale*, in *Tertium Datur*, 2005, <http://www.tertiumdatur.it/guarino.htm> e anche in *Rivista della cooperazione giuridica internazionale*, 2006, p. 7 ss. E v. infine anche il mio *Terrorismo e lotte di liberazione nazionale: la legge applicabile 2*, *ibidem*, n. 2, 2006, in <http://www.tertiumdatur.it>.

realizzazione del diritto comunitario, non valgono ad esimere lo stato dalla sua responsabilità (internazionale, a pieno titolo) verso la UE, al contrario⁴².

È ormai giurisprudenza costante, infatti, quella per cui la trasposizione di una direttiva deve essere tale non solo da rendere in maniera completa ed esaustiva l'intera direttiva⁴³, ma deve esserlo in maniera tale che le norme conseguenti negli stati interessati siano non solo assolutamente vincolanti ma anche inderogabili, tanto che, ad esempio, un semplice atto amministrativo non è considerato sufficiente né adeguato in quanto facilmente caducabile con una legge⁴⁴.

In questo senso, colpisce il modo in cui la Corte di giustizia CE, abbia trattato una questione di riconosciuta mancata applicazione della direttiva, motivata da un ragionamento assai più complesso. Mi riferisco al fatto che la stessa corte nel pronunciarsi contro la Germania su entrambe le direttive, sia pure con due sentenze distinte⁴⁵, non abbia tenuto conto di una osservazione di indubbia importanza e, se pur respinta dalla Corte nel merito in quanto insufficiente ad esimere dalla responsabilità per la mancata trasformazione della direttiva, ben valutata dalla Corte: quella per cui la Germania riteneva che fosse opportuno e indispensabile procedere con un unico strumento normativo alla trasformazione coordinata e coerente delle *due direttive in un'unica legge* e, sembrerebbe, sottoponendone il controllo ad un unico ente. La Corte, forse avrebbe potuto proprio in questo caso cogliere l'occasione per affermare il collegamento normativo tra le due direttive in un *obiter dictum* che sarebbe stato del tutto ragionevole attendersi viste le controdeduzioni tedesche.

Ma, la stretta connessione tra le due direttive, risulta abbastanza chiaramente anche dal fatto che quasi contestualmente la Corte si sia pronunciata anche sulla mancata applicazione della direttiva 2000/78, nel caso del Lussemburgo⁴⁶.

⁴² V., ad es., le ben note *Sentenze* CGCE c-52/75 *Commission Des Communautés Europeennes c. République Italienne*, c-102/79 *Commission Des Communautés Europeennes c. Royaume De Belgique*, c-116/86 *Commission Des Communautés Europeennes c. République Italienne*, per citarne solo alcune. Sull'intera questione cfr. ampiamente TESAURO, *Diritto Comunitario*, cit., p. 141 ss.

⁴³ Cfr. ad es. CGCE *Sentenza* c-102/79, *Commission Des Communautés c. Royaume De Belgique*, c-178/94, *Ricorso pregiudiziale ex art. 177 Landgericht Bonn* e c-116/86, *Commission Des Communautés Europeennes c. République Italienne*, per citare le più note.

⁴⁴ Esempio è in merito la *Sentenza* CGCE c-197/96 *Commission des Communautés européennes c. République française*, il cui punto 14 recita testualmente: "... selon une jurisprudence constante, l'incompatibilité d'une législation nationale avec les dispositions communautaires, même directement applicables, ne peut être définitivement éliminée qu'au moyen de dispositions internes à caractère contraignant ayant la même valeur juridique que celles qui doivent être modifiées. De simples pratiques administratives, par nature modifiables au gré de l'administration et dépourvues d'une publicité adéquate, ne sauraient être considérées comme constituant une exécution valable des obligations du traité".

⁴⁵ CGCE *Sentenza* c-328/04 del 28.4.2005 (sulla direttiva 2000/43) e c-43/05 del 23.2.2006 (sulla direttiva 2000/78, anche qui respingendo l'obiezione sulla proroga come nel caso precedente).

⁴⁶ CGCE *Sentenza* C-70/05 del 20.10.2005, va anche sottolineato come, in questo caso, la Corte non abbia nemmeno ritenuto sufficiente il fatto che lo Stato volesse avvalersi della possibilità di una

6. Un'ulteriore questione, di carattere più teorico, merita di essere brevemente affrontata in questa sede.

Le direttive comunitarie rispondono ai medesimi criteri interpretativi di ogni altro documento internazionale. Una norma internazionale, sia essa generale o pattizia, risulta modificata, e adattata nel proprio contenuto, dalla mutevole realtà circostante, grazie in primo luogo all'interpretazione che di essa viene data e al modo in cui essa viene applicata a livello internazionale. Non diversamente, del resto, da quanto avviene per le norme di diritto interno.

Ma (e questa è una delle caratteristiche più originali e tipiche dell'ordinamento giuridico internazionale), il contenuto effettivo di una norma internazionale (e quindi anche di una direttiva) risente anche, e in maniera determinante, del modo in cui la norma stessa viene interpretata e applicata nei vari stati in cui trova applicazione e dell'"accettazione" di detta interpretazione da parte degli organismi, nel caso di specie comunitari, di controllo sulla corretta applicazione della norma stessa⁴⁷, con la conseguenza per cui il "flusso di suggerimenti interpretativi" (se mi si passa l'espressione un po' fantasiosa) è biunivoco⁴⁸: dalla Comunità (e quindi dall'ordinamento giuridico internazionale) agli stati e viceversa.

Laddove, quindi, l'eccessiva rigidità di una norma interna di trasformazione, o la sua incompletezza o anche la sua erronea trasformazione (pur non rilevata *ab initio* dagli organismi comunitari) rendano di fatto impossibile la sua completa e corretta applicazione, lo stato si troverebbe a violare la direttiva medesima con tutte le conseguenze del caso, magari neanche avendone avuta l'intenzione. E anzi, una violazione del tutto analoga si può verificare anche con riferimento al

proroga di tre anni, a norma dell'art. 18 della direttiva, per quanto attiene alla discriminazione derivante dall'età, ritenendo, evidentemente, che la richiesta di quella esenzione potesse di per sé assorbire anche le altre cause di discriminazione. La Corte, infatti, trancia succintamente la questione affermando che comunque per il resto la direttiva è inapplicata e pertanto la condanna dello Stato è inevitabile.

⁴⁷ Osservazione, questa, di rilievo teorico non indifferente. Ciò che caratterizza in maniera rilevante il sistema del diritto comunitario, come fenomeno particolare nell'ambito più generale del diritto internazionale (del quale, allo Stato, è parte integrante ed alla cui logica, ora come ora, rigorosamente risponde) è il fatto che il sistema stesso dispone di meccanismi interni di controllo, tali da poter influire sia sul comportamento degli stati membri, sia (e a mio parere è qui il punto saliente) sul comportamento degli organi comunitari stessi, intervenendo direttamente sulla stessa validità degli atti della comunità. In altre parole, accade che il modo in cui la norma viene interpretata e applicata all'interno degli stati membri, influisce direttamente sul contenuto della norma in quanto quella interpretazione è valutabile (e quindi valutata implicitamente) dagli organismi comunitari che hanno il potere di intervenire per correggerla. E dunque, quando non lo facciano, si può ben dire che, implicitamente, la accettino. Sul punto, cfr. CASSESE, *Il controllo internazionale: contributo alla teoria della funzione di organizzazione dell'ordinamento giuridico internazionale*, Milano (Giuffrè) 1971, 97 ss. Cfr. altresì, con riferimento ai poteri di fatto assunti dalla NU in materia di autodeterminazione, il mio *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, Napoli (Jovene) 1984 p. 277 ss.

⁴⁸ Cosa, poi, non così estranea alla cultura internazionalistica, se solo si pensa all'art. 38 dello statuto della CIG.

modo in cui la norma viene interpretata e applicata dalle giurisdizioni nazionali. Ciò del resto, è in linea, mi pare, con l'idea diffusa a livello comunitario per la quale lo strumento della direttiva sia destinato a svolgere in primo luogo, e svolga di fatto, una funzione di ravvicinamento delle legislazioni statali (*ex art.94 CE*), di creazione cioè di un diritto uniforme a livello europeo⁴⁹. Il solo fatto, pertanto, che il risultato della applicazione di una direttiva in un paese sia diverso da quello realizzato negli altri e in particolare da quello voluto dalle Comunità, porterebbe quel paese a violare la direttiva: del resto, mi pare, coerentemente all'interpretazione della validità delle direttive, accettata dalla Corte, di cui al paragrafo precedente. *Anche, a mio parere, qualora la discrepanza non sia rispetto alla lettera della direttiva, ma alla risultante della sua effettiva applicazione*⁵⁰.

Un'ultima notazione del tutto a margine, merita però di essere fatta.

Se l'interpretazione fornita qui sopra è esatta, la tecnica di trasformazione delle direttive⁵¹ deve tenerne conto, nel senso che se la norma di trasformazione è troppo analitica, specialmente nel riprodurre le parole stesse della direttiva (o nel parafrasarle), potrebbe accadere che l'eventuale evoluzione subita nel tempo dalla direttiva non abbia effetto nell'ordinamento ricevente, con la conseguenza di rendere quest'ultimo automaticamente e non volutamente inadempiente. Va anche rilevato, peraltro, come, almeno nel caso dell'Italia, il rinvio esplicito alla direttiva con la formula "vista la direttiva ...", può forzare ad interpretare la norma legislativa così come la direttiva (in quanto norma di rango superiore rispetto alla legge interna) "vuole" essere interpretata e applicata.

Anche qui, però, senza voler forzare il ragionamento oltre un certo limite, sembra che il modo in cui le direttive in commento sono state trasferite nel nostro ordinamento si presti proprio a quel rischio, almeno con riferimento ad alcune disposizioni. Le direttive, infatti, sono piuttosto precise e analitiche nella loro formulazione, che forse sarebbe stato meglio limitarsi a richiamare, piuttosto che riformulare come invece si è fatto, con tutti i rischi di falsa applicazione della disposizione, che ne conseguono. Tale è il caso, per fare un esempio, della disposizione che definisce analiticamente la differenziazione tra discriminazione diretta e indiretta, che sarebbe stata perfettamente applicabile e comprensibile limitandosi al semplice rinvio alla definizione contenuta nella direttiva, senza correre i rischi conseguenti alla riformulazione con altre parole dei medesimi concetti. In questo caso, peraltro, il rinvio alla direttiva come motivo della legge

⁴⁹ Ciò, del resto, spiegherebbe meglio il perché in taluni casi le norme comunitarie esplicitamente si preoccupano di escludere questa possibilità.

⁵⁰ Del resto, la *Sentenza C-48/75* afferma esplicitamente che lo Stato ha l'obbligo di scegliere i mezzi più idonei a "garantire l'efficacia reale delle direttive, tenuto conto del loro scopo". Cfr. anche ampiamente POCAR, *Diritto dell'Unione e delle Comunità europee*, Milano (Giuffrè) 2003, p. 272 ss.

⁵¹ Non diversamente da quella di un trattato internazionale, dove assai spesso la cattiva trasposizione determina problemi rilevanti. V. ne un esempio cospicuo, nel mio *Terrorismo*, cit., in corso di stampa, §§ 10 e 11.

potrebbe bastare per poter interpretare il tenore letterale della disposizione italiana in maniera conforme alla direttiva, nella misura in cui l'obiettivo normativo è il medesimo e quindi la norma comunitaria può ben bastare a interpretare quella interna.

Non è, invece, tale il caso, come si vedrà tra poco, del modo in cui è stata resa la norma dell'art. 8.1 e 10.1 delle due direttive, in materia di inversione dell'onere della prova⁵², rispetto alla trasposizione della quale, si è costruita una norma processuale contenente un esplicito rinvio al codice civile (art. 2729): il giudice, quindi, potrebbe trovare notevoli difficoltà a interpretare la disposizione come in realtà vuole la direttiva, ma come in realtà pesantemente limita la legge italiana di trasformazione.

La legge italiana, inoltre, appare in certi casi un po' più stringata in materia rispetto alla direttiva, anche se la maggiore stringatezza non sembra influire in maniera significativa sul contenuto della disposizione. Si vedrà, nel corso della sua attuazione, se queste differenze avranno o meno l'effetto di determinare una violazione da parte italiana della direttiva stessa.

Ma certo, mentre non è il caso in questa sede di entrare nel merito di una lettura approfondita del testo legislativo, vale la pena, invece, di dedicare ancora qualche attenzione al modo in cui, in fatto è stata trasformata la direttiva, in particolare rispetto al rilevato punto di grande importanza nell'economia e nella logica della disposizione comunitaria: il problema dell'onere della prova.

7. E infatti, uno dei temi centrali affrontato nelle direttive (art. 8.1 della direttiva 2000/43 e art. 10 della direttiva 2000/78) è stato quello di imporre agli stati l'istituzione di una vera e propria inversione dell'onere della prova a vantaggio della persona che afferma di aver subito discriminazioni. In altre parole, secondo le direttive, la semplice affermazione della avvenuta discriminazione basta da parte dell'interessato ad ottenere che sia all'altra parte, e quindi al governo per lo più, che compete l'obbligo di dimostrare che discriminazione *non vi è stata*.

Il principio, solo apparentemente nuovo ed eversivo in realtà non solo risponde perfettamente alla logica del sistema che intende realizzare: garantire (o meglio, proteggere) la parte presumibilmente più "debole" del rapporto giuridico. Ma, principalmente, risponde ad un'esigenza già da tempo affermata e ribadita in altre istanze internazionali, ed in particolare in quella più strettamente collegata all'UE ed ai fenomeni di discriminazioni da essa regolati: la Convenzione europea sui diritti dell'uomo.

L'art. 14 di questa convenzione, infatti, affronta e regola esattamente la questione delle discriminazioni, sia pure con una definizione alquanto generica⁵³

⁵² Si veda *infra* § 7.

⁵³ Si veda Convenzione europea sui diritti dell'uomo art. 14: "The enjoyment of the rights and freedoms set forth in this Convention shall be secured without discrimination on any ground

dove non si accenna minimamente ad una inversione dell'onere della prova. La norma, però, ha trovato una più articolata definizione e precisazione per via interpretativa ad opera della Corte europea dei diritti dell'uomo, la cui giurisprudenza è, come noto, assai nutrita e, per quanto attiene alle discriminazioni, ormai molto ben consolidata⁵⁴. Tanto più che, sia pure con ogni possibile cautela, va ricordato che, se pure formalmente non si possa parlare di una prevalenza della giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, né della stessa convenzione, sul diritto italiano (non almeno alla stregua del diritto comunitario) tale è certamente l'effetto in concreto. Innanzitutto perchè nel momento in cui si afferma che gli stati parte della convenzione si impegnano a rispettare le sentenze della Corte Europea dei diritti dell'uomo, si stabilisce l'obbligo anche di applicarla quella giurisprudenza, e, se del caso, anche in deroga alla eventualmente contraria legislazione interna. Ma, inoltre, se si volesse applicare anche qui la regola scaturente dalla suggerita interpretazione del primo comma dell'art. 117⁵⁵, la prevalenza delle norme contenute nella convenzione, e quindi della relativa giurisprudenza, sarebbe assicurata *per tabulas*.

Con la famosa sentenza sul regime linguistico in Belgio⁵⁶, la Corte Europea dei diritti dell'uomo affermava un principio assolutamente fondamentale, quello per cui, posto che una discriminazione si determina per il solo fatto che qualcuno non possa pienamente soddisfare i propri diritti e le proprie aspirazioni a differenza di altri nel medesimo luogo, essa però non può abilitare a pretendere qualcosa che sarebbe fuori di luogo ed eccessivamente oneroso per lo Stato. Nel caso, il problema era di stabilire se fosse ragionevole pretendere, in una zona del paese a larga prevalenza di una delle due lingue del Belgio⁵⁷, scuole anche dell'altra lingua per una esigua minoranza di persone. E la Corte, nel caso, risponde respingendo la pretesa, essendo l'ostacolo al suo soddisfacimento facilmente documentabile come non discriminatorio⁵⁸, in una lunga e complessa sentenza, nella quale la gran parte dell'analisi è dedicata alla valutazione delle motivazioni

such as sex, race, colour, language, religion, political or other opinion, national or social origin, association with a national minority, property, birth or other Status".

⁵⁴ Cfr. Sul punto Saccucci, *Il divieto di discriminazione nella Convenzione europea dei diritti umani: portata, limiti ed efficacia nel contrasto a discriminazioni razziali o etniche*, in *I diritti dell'uomo*, 2005 n. 3, p. 11 ss.

⁵⁵ Si veda *infra* § 10.

⁵⁶ Si veda CEDU, 23.7.1968, Case "Relating to certain aspects of the laws on the use of languages in education in Belgium" v. Belgium (Merits).

⁵⁷ In realtà più che di larga prevalenza si deve parlare di zona da lingua unica, sia pure abitata anche da persone dell'altra lingua. V. sentenza cit. nn. 8 ss.

⁵⁸ Cfr. sentenza cit., n. 10: "...On this question the Court, following the principles which may be extracted from the legal practice of a large number of democratic States, holds that the principle of equality of treatment is violated if the distinction has no objective and reasonable justification. The existence of such a justification must be assessed in relation to the aim and effects of the measure under consideration, regard being had to the principles which normally prevail in democratic societies...". Merita di essere segnalato, nella sentenza, come già allora la Corte

(legislative, amministrative e fattuali) adottate dal governo belga a sua difesa, mentre assai modeste sono le documentazioni fornite dai ricorrenti, che si limitano, appunto, nella sostanza ad affermare la discriminazione in base al fatto puro e semplice che la scuola di loro interesse, dove essi abitano, non c'è.

Ma, successivamente, e anche molto di recente, la Corte è tornata sul problema e proprio ed esplicitamente sulla questione dell'inversione dell'onere della prova⁵⁹, in particolare in tre sentenze del 2005: le due *Nachova* contro Bulgaria (sentenza della corte e della Grande Chambre) e *Bekos* contro Grecia, tutte e tre, e anche per questo se ne dà conto qui, con esplicito riferimento proprio alle direttive che si commentano.

Nel primo caso, la Corte (nella composizione della Grande Chambre)⁶⁰ ha esplicitamente affermato che il principio dell'inversione dell'onere della prova⁶¹ obbliga il governo a *dimostrare di non avere avuto* intenzioni discriminatorie nel suo comportamento, dimostrazione che, nella specie, il governo non sa dare in maniera soddisfacente e pertanto viene condannato⁶².

Con qualche variante, la stessa corte si è espressa con riferimento all'altro caso, relativo alla Grecia, accusata di maltrattamenti deliberati contro arrestati stranieri, maltrattati in quanto stranieri⁶³. La corte, con molta nettezza, afferma che, per poter raggiungere la convinzione della avvenuta discriminazione al di là di ogni ragionevole dubbio, la Corte può essere indotta a chiedere al governo di *provare di non aver compiuto* ("disprove", nella terminologia della corte)

faccia un esplicito riferimento ai principi giuridici fondamentali degli stati democratici, come strumento per la ricostruzione di norme, anche internazionali, in materia di diritti dell'uomo.

⁵⁹ V. anche due sentenze precedenti, *Salman v. Turkey*, 27.6.2000 causa n. 21986/93 e *Aksoy v. Turkey*, 10.1.2001 cause nn. 28635/95, 30171/96 e 34525/97.

⁶⁰ Cfr. Corte Europea dei diritti dell'uomo, Grand Chamber, *Case Of Nachova And Others v. Bulgaria* (Applications nos. 43577/98 and 43579/98), 6.7.2005., specialmente n. 128 ss. e cfr. anche la *Sentenza* precedente, della Prima Sezione del 26.2.2004, della quale merita di essere sottolineata l'ampia parte relativa alle norme di diritto internazionale generale e convenzionale applicabili alla fattispecie, *ibidem* nn. 67 ss. La Corte, si riferisce nella sentenza proprio alle direttive in commento.

⁶¹ Nel caso di specie, tra l'altro, esplicitamente previsto dall'art. 9 della legge bulgara del 1.1.2004, chiaramente in applicazione delle direttive che si commentano.

⁶² Cfr. *Sentenza* cit., punto 129 s.: "On the facts of the case, the Chamber considered that the conduct of the investigating authorities -which had omitted to refer to a number of disquieting facts such as the excessive nature of the force used by Major G. and the evidence that he had uttered a racist slur-warranted a shift of the burden of proof. It thus fell to the respondent Government to satisfy the Court, on the basis of additional evidence or a convincing explanation of the facts, that the events complained of had not been shaped by discrimination on the part of State agents. 130. As the Government had not offered a convincing explanation, and noting that there had been previous cases in which the Court had found that law enforcement officers in Bulgaria had subjected Roma to violence resulting in death, the Chamber concluded that there had also been a violation of the substantive aspect of Article 14 taken together with Article 2 of the Convention".

⁶³ Cfr. CEDU *Sentenza* Case of *Bekos and Koutropoulos v. Greece*, (Application no. 15250/02), 13.3.2006.

quel comportamento per ragioni discriminatorie, ma precisa meglio i termini e i contorni di quella pretesa (come accade spesso nella giurisprudenza degli organismi internazionali che, un po' alla volta, precisano e tipizzano le varie fattispecie, prima di giungere ad una giurisprudenza consolidata). E la Corte, infatti, afferma ora, "integrando esplicitamente la giurisprudenza Nachova": "The Court reiterates that in assessing evidence it has adopted the standard of proof "beyond reasonable doubt"; nonetheless, it has not excluded the possibility that in certain cases of alleged discrimination it *may require the respondent Government to disprove* an arguable allegation of discrimination and – if they fail to do so – *find a violation of Article 14 of the Convention on that basis*. However, *where it is alleged – as here – that a violent act was motivated by racial prejudice, such an approach would amount to requiring the respondent Government to prove the absence of a particular subjective attitude on the part of the person concerned*. While in the legal systems of many countries proof of the discriminatory effect of a policy or decision *will dispense with the need to prove intent* in respect of alleged discrimination in employment or the provision of services, that approach *is difficult to transpose to a case where it is alleged that an act of violence was racially motivated*"⁶⁴ e dunque non legislativamente o politicamente voluto⁶⁵.

La Corte, del resto, applica con estrema parsimonia e attenzione il principio, analizzando a fondo le questioni per valutare se la discriminazione non sia basata su ragioni di carattere oggettivo o, addirittura, di carattere storico⁶⁶. E si potrebbe continuare. Ma ciò basti allo Stato, solo a mostrare come sia in fase di consolidamento una prassi, i cui contenuti andranno poi valutati, anche alla luce della futura giurisprudenza della Corte di giustizia Europea.

⁶⁴ *Ibidem*, punto n. 65. la Corte, poi, conclude sulla questione, punto 66, affermando: "Therefore, turning to the facts of the present case, the Court considers that whilst the police officers' conduct during the applicants' detention calls for serious criticism, *that behaviour is of itself an insufficient basis* for concluding that the treatment inflicted on the applicants by the police was racially motivated. Further, in so far as the applicants have relied on general information about police abuse of Roma in Greece, *the Court cannot lose sight of the fact that its sole concern is to ascertain whether in the case at hand the treatment inflicted on the applicants was motivated by racism ...* Lastly, *the Court does not consider that the failure of the authorities to carry out an effective investigation into the alleged racist motive for the incident should shift the burden of proof to the respondent Government with regard to the alleged violation of Article 14 in conjunction with the substantive aspect of Article 3 of the Convention*".

⁶⁵ Per vero, ciò non esime lo Stato da ogni responsabilità, nella misura in cui potrebbe essere chiamato a rispondere degli atti illeciti, di rilevanza internazionale, dei propri organi. Non sarebbe certamente questo un caso, beninteso, ma è questo l'obiettivo perseguito dalla Corte penale internazionale.

⁶⁶ È questo il caso, ad es., della *Semenza Grande Chambre, Affaire Stec Et Autres c. Royaume-Uni (Requêtes n. 65731/01 et 65900/01)* 12.4.2006, dove da un lato si giustifica una differenza di trattamento pensionistico riconosciuto ad età diverse a seguito di una evoluzione della società e dall'altra si ricorda come la differenza di trattamento in materia tra donne e uomini, è fondata sul permanere di una (ormai superata e in via di correzione) idea oggettiva per cui alla donna fossero dovute maggior garanzie e protezioni.

Va rilevata, invece, in questa sede, una notevolissima discrepanza (anzi, una vera e propria difformità) tra la normativa comunitaria analizzata e la legislazione italiana di recepimento delle direttive. Entrambi i decreti legislativi di ricezione delle direttive, infatti (rispettivamente agli artt. 8.1 e 10.1) dispongono (con una formula identica): "... *espongono* dinanzi a un tribunale o a un'altra autorità competente, *fatti* dai quali si può presumere che vi sia stata una discriminazione diretta o indiretta, *incomb[e]* alla parte convenuta provare che non vi è stata violazione del principio della parità di trattamento 2. Il paragrafo 1 si applica fatto salvo il diritto degli Stati membri di prevedere disposizioni in materia di prova più favorevoli alle parti attrici"⁶⁷. La disposizione è chiarissima e netta e non sembra prestarsi ad interpretazioni che non siano semplicemente che alla parte attrice spetta d'acchito il *diritto* all'inversione dell'onere della prova, e che spetta il diritto, una volta affermato di aver subito una discriminazione, di vedere il convenuto dimostrare di *non* averla inflitta. Non sembra vi siano eccezioni di sorta né equivoci, fatta solo l'eccezione solita per disposizioni *più favorevoli all'attore*.

In altre parole, tenuto conto che siamo in ambito europeo, dove certamente non è revocabile in dubbio la prevalenza del diritto comunitario e della sua giurisprudenza sul diritto interno (e la valenza interpretativa obbligatoria della giurisprudenza della Corte di giustizia delle CE), ma anche alla luce della recentissima giurisprudenza della Corte Europea dei diritti dell'uomo, in materia di "prevalenza" della giurisprudenza di quest'ultima sulle giurisdizioni nazionali, appare difficile non ritenere che l'interpretazione che venga fornita da quelle giurisdizioni vada tenuta in debito (e pedissequo, secondo la Corte Europea dei diritti dell'uomo) conto dalle giurisdizioni nazionali, ma anche dal legislatore.

Un problema non irrilevante si pone, invece, a fronte del modo in cui quella disposizione è stata recepita (inutilmente, a mio parere, ma creando così un conflitto tra disposizioni diverse, rispetto al quale si dovrà valutare verosimilmente quale delle due prevalga) nei due decreti legislativi citati. Agli artt. 4.3 del dlgs. 215/2003 e 4.4 del dlgs. 216/2003, si afferma, in maniera testualmente identica: "Il ricorrente,*[sic]* al fine di dimostrare la sussistenza di un comportamento discriminatorio a proprio danno, può dedurre in giudizio, *anche sulla base di dati statistici*, elementi di fatto, *in termini gravi, precisi e concordanti*, che il giudice valuta ai sensi dell'articolo 2729, primo comma, del codice civile".

È appena il caso di rilevare che nelle direttive non si fa cenno alcuno non solo a "dati statistici" (non certo di facile acquisizione da parte di uno straniero e sempre suscettibili di diverse e complesse interpretazioni), ma nemmeno a fatti

⁶⁷ Sul concetto e il contenuto dell'inversione dell'onere della prova, si veda per tutti VALLEBONA, *L'onere della prova nel diritto del lavoro*, Napoli (Jovene) 1988, dove si discute appunto del fatto che nel nostro ordinamento l'esistenza di una presunzione ha per effetto quello di conferire all'altra parte (nella specie il datore di lavoro) la *facoltà* di provare il contrario, pena la soccombenza.

“in termini gravi, precisi e concordanti”⁶⁸: ci si limita, infatti, ad affermare che la parte interessata espone fatti dai quali sia possibile immaginare (il termine “presumere” della direttiva è chiaramente usato in maniera atecnica) che una discriminazione vi sia stata. E invece, sembra abbastanza evidente che una simile definizione dei fatti deducibili in giudizio da parte dell’attore, implica che essi, per essere validamente suscettibili di considerazione, devono necessariamente apparire gravi eccetera, pena la loro mancata presa in considerazione, puramente e semplicemente. Ragione per la quale le eventuali discriminazioni non gravi (ma come si faccia a valutare la gravità della discriminazione è tutto da vedere!) non ricadrebbero sotto la disposizione: cosa in evidente contrasto con la lettera e lo spirito della direttiva, perché dunque certamente in questo caso sarebbe l’attore a dover dimostrare l’avvenuta discriminazione.

Non va dimenticato, a rischio di dire cosa ovvia, che la responsabilità dello Stato nei confronti del diritto internazionale può nascere anche da fatto di un suo organo, ivi compreso un organo giudicante, pur se ad esso non sia giuridicamente possibile, *per tabulas*, imporre un determinato comportamento.

Ma, a ciò si aggiunga, che il riferimento all’art. 2729 cc., la norma sulle cdd. presunzioni semplici, introduce un ulteriore e non marginale elemento di perplessità sulla corretta trasformazione della direttiva. La norma in questione infatti, recita: “Le presunzioni non stabilite dalla legge sono lasciate alla prudenza del giudice, il quale non deve ammettere che presunzioni gravi, precise e concordanti”. Ma una presunzione non mi pare che sia di per sé la stessa cosa di una inversione dell’onere della prova, anche se proprio le presunzioni semplici possono avere indirettamente esattamente quell’effetto anche secondo la nostra giurisprudenza, in quanto definibili come vere e proprie illazioni in base alle quali, lasciate come sono all’apprezzamento del giudice circa la loro valutazione

⁶⁸ La più recente giurisprudenza, mi pare, conferma quanto osservato, con riferimento, sia, alla assoluta libertà del giudice nel valutare il fatto allegato e, se del caso nel respingerne la rilevanza, sia con la limitazione per cui il giudice ne può tenere conto solo in quanto si tratta di fatti gravi, concordanti e precisi, il che, come osservato nel testo, potrebbe costituire una violazione da parte italiana della direttiva. Si veda sul punto da ultimo, Cassazione Civile, Sez. II, 24.02.2004, n. 3646, dove il giudice afferma: “Questa può essere validamente desunta solo sulla base d’una pluralità d’elementi di valutazione gravi, precisi e concordanti, nei quali il requisito della gravità è ravvisabile per il grado di convincimento che ciascuno di essi è idoneo a produrre ed, a tal fine, è necessario che l’esistenza del fatto ignoto sia allegato e dimostrato come dotato di ragionevole certezza, se pure probabilistica; il requisito della precisione impone che i fatti noti, dai quali muove il ragionamento probabilistico, e l’iter logico nel ragionamento stesso seguito non siano vaghi ma ben determinati nella loro realtà storica; in fine, il requisito, unificante, della concordanza richiede che il fatto ignoto sia desunto, salvo l’eccezionale caso d’un singolo elemento di gravità e precisione tali da essere di per sé solo esaustivamente ed incontrovertibilmente significativo, da una pluralità di fatti noti gravi e precisi univocamente convergenti nella dimostrazione della sua sussistenza”, cfr. anche Cassazione civile, Sez. I, 20.11. 2003, n. 17596.

(anche di ammissibilità), finiscono per svolgere di fatto proprio quella funzione⁶⁹. In altre parole, anche ammesso che il giudice riconosca nell'affermazione pura e semplice di una avvenuta discriminazione, il valore di una presunzione (semplice)⁷⁰, potrebbe non ritenere che essa sia sufficiente a decidere nel senso che la discriminazione sia effettivamente avvenuta⁷¹, o comunque non ritenerla sufficiente a pretendere la prova del contrario da parte del convenuto. È proprio qui, mi pare, il punto: altro è ritenere una certa affermazione una presunzione, al limite dell'illazione e valutarla come tale, altro è richiedere alla controparte di dimostrare il contrario di quanto affermato dall'attore. Mi sembra che il risultato normativo di quella disposizione vada, a ben vedere, esattamente nel senso contrario a quanto richiesto dalla direttiva⁷².

⁶⁹ In questo senso cfr. VALLEBONA, *L'onere*, cit., p. 20 s., quando afferma: "Accade, infatti, che per alleviare il soggetto onerato da una prova particolarmente ardua, il giudice affermi di essersi convinto, in virtù di discutibili, e non sempre rispondenti ai requisiti fissati dall'art. 2729 c.c., presunzioni semplici, in tal modo gravando dell'onere della prova l'altra parte. È evidente che questo fenomeno, da un punto di vista tecnico esula dal tema della ripartizione degli oneri probatori e rientra nella problematica del libero convincimento del giudice...", il che rende anche per lo più non censurabile il risultato di detta scelta interpretativa, *ibidem*, p. 22 e ivi ampi riferimento alla giurisprudenza.

⁷⁰ Le cdd. "presunzioni giurisprudenziali", fondate su motivazioni di carattere sociale e politico. Sul punto, v. ampiamente, VALLEBONA, *L'onere*, cit., p. 155 ss. ed ivi ampi riferimenti dottrinali e di giurisprudenza.

⁷¹ Salvo prova contraria. È qui, a mio parere il punto di maggior dubbio nella interpretazione della norma. Poiché, la parte discriminata, da un lato deve comunque utilizzare mezzi di prova adeguati a far scattare la presunzione ex art. 279 cc., e dall'altro non ha la certezza dell'accoglimento dei fatti da lei allegati, come tali da determinare la facoltà dell'altra parte di dimostrare il contrario. Nel caso, ad es., del processo del lavoro invece, il lavoratore basta che provi (ma in effetti alleggi) i fatti (ad esempio lo stato di gravidanza della lavoratrice e il licenziamento) per ottenere che il datore di lavoro debba provare la mancata violazione o soccombere. Così per tutti VALLEBONA, *L'onere*, cit., p. 69.

⁷² Con particolare riferimento al fatto che spettando al giudice ex art. 2729 primo co. la valutazione autonoma della validità oltre che della gravità e coerenza dell'elemento di fatto da cui scaturisce la presunzione, l'inversione dell'onere della prova verrebbe a cadere di fatto. Si veda, di recente in materia: Cassazione civile, Sez. I, 20.11.2003, n. 17596: "Le presunzioni semplici consistono nel ragionamento del giudice, il quale, una volta acquisita, tramite fonti materiali di prova (o anche tramite il notorio o a seguito della non contestazione) la conoscenza di un fatto secondario, deduce da questo l'esistenza del fatto principale ignoto... Ciò che è controverso, quindi, non è, come accade normalmente, la concreta conoscibilità da parte del convenuto in revocatoria dei sintomi dallo stato di insolvenza, ma la gravità, univocità e concordanza dei fatti secondari noti dai quali viene desunto il fatto principale ignoto. In proposito, tuttavia, assume rilievo il consolidato principio secondo il quale l'apprezzamento del giudice di merito circa il ricorso alla presunzione quale mezzo di prova e la valutazione della ricorrenza dei requisiti di precisione, gravità e concordanza richiesti dalla legge per valorizzare elementi di fatto come fonti di produzione, sono incensurabili in sede di legittimità; l'unico sindacato riservato al giudice di legittimità è quello sulla coerenza della relativa motivazione ... che si esaurisce, quindi, nel controllo che le argomentazioni giustificative del convincimento espresso dal giudice di merito siano immuni da vizi logici e giuridici o da omissioni vertenti su elementi decisivi che abbiano formato oggetto di rituali deduzioni". Cfr. anche analogamente: Cassazione civile, Sez. lavoro,

E ciò, pur volendo sorvolare sulla incerta terminologia della legge e della direttiva, in cui si parla di “ricorrente”, e nella direttiva di “persona”, ma poi di “convenuto”. Ad aggravare così la dubbia correttezza della trasposizione delle direttive, potrebbe aggiungersi il fatto per cui, così redatta, la norma italiana escluderebbe, o almeno non prenderebbe in considerazione, i processi penali, dove a dir poco, non c'è un convenuto, almeno nel senso della direttiva. A meno che non si voglia prefigurare l'ipotesi che una persona debba fare valere la eventuale discriminazione in un procedimento *ad hoc* destinato solo ad accertarla.

Non solo, dunque, è palese che l'inversione dell'onere della prova, almeno con le modalità nette e chiare pretese dalle direttive, non è nei fatti prescritto, ma anzi, da un lato, si richiede all'attore di dimostrare il proprio assunto, sia pure in maniera atipica (l'esatto contrario di quanto disposto dalle direttive e di quanto contenuto nella poca giurisprudenza rilevante finora) e, dall'altro, si richiede al giudice comunque di valutare se una presunzione di discriminazione esista (mentre, pur volendola definire una presunzione, la direttiva pretende che la dia per scontata, salva prova del contrario) e, posto che ritenga che detta presunzione sia ammissibile, deve riconoscerne il contenuto solo se le eccezioni dell'attore (così mi pare sia da interpretare la norma) siano ritenute dal giudice (come le presunzioni semplici, appunto) da prendersi in considerazione, quando siano gravi, precise e concordanti.

Sorvolo sulla complicazione della norma che risulta da quella disposizione, ma certo in prima approssimazione è difficile non avere la netta impressione che essa si trovi in contrasto con la direttiva; anzi, sarebbe difficile non averne la certezza.

8. La direttiva 2000/43, come osservato più sopra, si muove in un ambito normativo di notevole vastità⁷³, che, a questo stadio del discorso che stiamo conducendo, obbliga ad una valutazione attenta volta ad accertare le norme effettivamente applicabili al di là del solo disposto della direttiva in quanto tale.

21.10.2003, n. 15737: “Invero, le presunzioni semplici costituiscono una prova completa alla quale il giudice di merito può far ricorso... ai fini della formazione del proprio convincimento, ... infine, scegliere, fra gli elementi probatori sottoposti al suo esame, quelli ritenuti più idonei... Spetta pertanto al giudice di merito valutare l'opportunità di fare ricorso alla presunzione, individuare i fatti da porre a fondamento del relativo processo logico e valutarne la rispondenza ai requisiti di legge, con apprezzamento di fatto che, ove correttamente motivato, sfugge al sindacato di legittimità ... se è vero che una condivisibile giurisprudenza di questo giudice di legittimità esclude la necessità di una pluralità di indizi, è pur vero che *la gravità e la precisione dell'unico indizio devono essere rigorosamente verificate* secondo una fondamentale esigenza di coerenza, per cui *dal fatto noto non possa risalirsi ad altro fatto fuorché a quello che costituisce l'oggetto della prova*”, Cassazione civile, Sez. Tributaria, 18.09. 2003, n. 13819, Cassazione civile, Sez. lavoro, 6.8. 2003, n. 11906, ecc.

⁷³ Non limitato cioè, né limitabile, alla sola direttiva 2000/78, che comunque certamente fa parte del sistema.

poiché, come più volte segnalato, essa nel rinviare direttamente a norme di diritto internazionale convenzionale (e per certi versi anche generale) trasfonde il contenuto di quelle norme nel quadro della direttiva. Insomma, per usare di espressioni normalmente usate per altre fattispecie, la direttiva opera una sorta di rinvio non ricettizio ad una serie di norme di diritto internazionale prevalentemente pattizio. Se ciò è esatto, ne derivano almeno le seguenti tre conseguenze:

A. — quelle norme convenzionali, già di per sé perfettamente applicabili negli ordinamenti giuridici degli stati membri, che le hanno ratificate, vengono ad essere inserite in un sistema complesso e coordinato, reso obbligatorio nella sua applicazione *effettiva*⁷⁴ dalle disposizioni della direttiva e in particolare da quella espressa nel *considerando* 25 e negli artt. 5 e 6.1. Non diversamente, infatti, da quanto accade in altri strumenti internazionali, affermare che gli stati possono adottare o mantenere misure più favorevoli, oltre ad affermare ovviamente l'illegittimità dell'adozione di misure meno favorevoli da parte di uno Stato membro, vale *sia* a stabilire, in termini positivi, che le misure indicate nella direttiva (e nelle norme ad essa collegate per effetto del descritto rinvio) devono *comunque e sempre e senza eccezioni essere applicate*, pena la violazione della direttiva stessa⁷⁵ con tutte le conseguenze del caso, *sia* a ribadire che le misure eventualmente più favorevoli potrebbero entrare (e, a mio giudizio, entrano senz'altro) a far parte di quel "sistema", talché le misure più favorevoli in questione risulterebbero applicabili (e, a mio parere, obbligatoriamente da applicare) anche in quegli ordinamenti giuridici in cui non fossero già formalmente applicabili⁷⁶.

B. — il contenuto di quelle disposizioni internazionali di natura convenzionale, diverrebbe obbligatorio anche per quegli stati europei che, in ipotesi, non avessero sottoscritto quelle convenzioni, poiché, in quanto membri dell'Unione europea, ne assumerebbero, come d'obbligo, l'intero *acquis* e quelle convenzioni, per effetto del rinvio contenuto nella direttiva (e nell'azione comune citata) sono parte integrante del "sistema", nel loro contenuto, se non nella forma⁷⁷.

⁷⁴ Adopero il termine in senso strettamente tecnico internazionalistico.

⁷⁵ E, come cercherò di mostrare tra poco, l'Italia proprio potrebbe trovarsi ad essere accusata di una violazione della direttiva, sia per la mancata corretta applicazione del principio dell'inversione dell'onere della prova (art. 8.1 e specialmente 8.2) sia, probabilmente, per la mancata corretta o almeno per la incompleta realizzazione della disposizione di cui all'art. 13 sulla istituzioni di organismi o agenzie all'uopo predisposti.

⁷⁶ Così come illustrato brevemente all'inizio di questo lavoro, § 2, e come esemplificato *infra* nt. successiva.

⁷⁷ La cosa, sia detto per inciso, è meno peregrina di quanto non possa apparire, in quanto (posto pure che tutti gli stati membri abbiano ratificato quegli accordi) se si decidesse di rendere partecipe della UE uno Stato che invece taluno di essi non abbia ratificato, che so, Israele per es., il contenuto delle norme rilevanti (almeno di quelle in materia di discriminazione, ma, a mio parere, non solo), contenute in quelle convenzioni o da esse determinate, potrebbero divenire applicabili anche ad essa. E la cosa, sarebbe ancora più importante per quanto attiene alle norme di cui alla lett. C di cui nel testo.

C. – e lo sottolineo qui solo in maniera incidentale, tenuto conto di quanto disposto al Titolo 1 lett. b e c dell'azione comune 96/443 GAI citata, il riferimento ai crimini contro l'umanità e ai crimini di guerra, comporta l'introduzione a pieno titolo, non solo nel diritto comunitario in generale, ma specialmente, e certamente in questo sistema antidiscriminazione qui analizzato, di quelle norme e di quei principi tra le norme e i principi da garantire ad opera degli stati e della comunità stessa. Norme e principi, come noto e come si sottolineerà tra poco, per lo più di diritto internazionale generale, e costituenti parte di quel sistema di cui sopra. Il "cerchio" normativo che delimita il sistema può così ritenersi chiuso.

Mette dunque conto di elencare, e succintamente riflettere, sulle norme internazionali convenzionali richiamate direttamente dalla direttiva e, attraverso di essa, dall'azione comune.

La direttiva, dunque prima di tutto, che richiama esplicitamente: la Dichiarazione Universale sui diritti dell'uomo⁷⁹, la convenzione sulla discriminazione contro la donna⁸⁰ e quella sul razzismo⁸¹, i due, fondamentali, Patti delle NU sui diritti dell'uomo del 1966⁸¹ e, ovviamente, la convenzione europea sui diritti dell'uomo e le libertà fondamentali⁸².

L'azione comune citata, ancora, che introduce, oltre al riferimento alle medesime norme di cui alla direttiva, un richiamo esplicito (un rinvio, insomma) anche ad altre norme convenzionali importanti e precisamente: la convenzione sullo status dei rifugiati⁸³, ma specialmente (solo apparentemente, come mostrerò tra poco, non del tutto coerenti con gli obiettivi della azione comune) la convenzione sul genocidio del 1948⁸⁴, le quattro convenzioni di Ginevra del 1949 (e i protocolli ad esse relativi, del 1977) sul trattamento dei feriti e dei prigionieri e sul trattamento delle popolazioni civili in tempo di guerra, e infine le due men-

⁷⁹ Documento (A/RE/217/A-III-10.12.1948, ma vedi anche la parte B sul diritto di petizione), come noto, a stretto rigore non obbligatoria, ma ormai costituente in grande parte norma generale di diritto internazionale, universalmente accettata come tale. Documento, inoltre, nel quale è esplicitamente riconosciuto, al co. 3 del Preambolo, un vero e proprio diritto alla ribellione, sia pure in una formulazione un po' ambigua: "Whereas it is essential, if man is not to be compelled to have recourse, as a last resort, to rebellion against tyranny and oppression, that human rights should be protected by the rule of law". Su questo e sui punti che seguono, sia consentito un rinvio in generale al mio *Autodeterminazione dei popoli e diritto internazionale*, cit. *passim* e, più di recente, *Autodeterminazione dei popoli e successione*, cit. p. 7 ss.

⁸⁰ Adottata in sede NU con la A/RES/ 34/180, New York 3.9.1981

⁸¹ Adottata in sede NU con la A/RES/ 2106 (XX), *Annex*, New York 4.6.1969.

⁸¹ Adottati in sede NU con A/RES/2200 (XXI) in vigore dal 23.3.1976.

⁸² Roma 14.11.1950.

⁸³ Ginevra 18.7.1951, integrata con il protocollo di New York del 33.1.1967.

⁸⁴ Convenzione per la prevenzione e la repressione del delitto di genocidio, New York 9.12.1948, introdotta con L. 153/1952. Come noto, con una prassi disdicevole ma non inusuale, la convenzione è stata trasfusa nell'ordinamento italiano solo con la L. 962/1967, mentre l'estradizione dei responsabili è stata resa possibile grazie alla L. Cost. 1/1967, sulle conseguenze complesse e assai discutibili di una simile prassi v. il mio *Terrorismo*, cit., § 7 e 10.

zionate risoluzioni del CdS delle NU istitutive dei tribunali internazionali per la Jugoslavia e il Rwanda. Disposizioni, tutte, da leggere alla luce, e nell'ambito, dell'art. 6 dello statuto del cd. Tribunale di Norimberga⁸⁵, anch'esso esplicitamente menzionato nella disposizione.

Né, infine, va dimenticata la convenzione n. 111 dell'OIL sulla discriminazione in materia di condizioni di lavoro, di cui alla direttiva 2000/78.

In altre parole, per effetto di questa norma, letta nella sua interezza, l'intero complesso degli atteggiamenti di discriminazione razziale o etnica (comunque intesa) e di discriminazione religiosa e sessuale, ma anche tutti quei comportamenti che ne possono determinare lo svolgimento (e quindi crimini contro la pace e contro l'umanità, terrorismo incluso) entrano a far parte della disposizione complessa che si descrive. Come dire che, pur in assenza di un riferimento esplicito a quella convenzione, non ancora in vigore all'epoca della direttiva, tutte le molteplici fattispecie previste negli attuali "elementi del reato" dell'art. 8 dello statuto della Corte penale internazionale sono incluse a far parte della disposizione.

Non occorre neanche sottolineare quanto tutto ciò sia rilevante, specialmente al fine di definire esaustivamente i compiti e gli obiettivi degli organismi che, a seguito della direttiva, si vanno a costituire.

È certo, però, che le norme delle varie convenzioni esplicitamente richiamate, almeno nella misura in cui attengano a problemi legati alla discriminazione, vanno applicate dalle autorità italiane anche a titolo di esecuzione di norme di diritto comunitario, e la loro corretta applicazione è, pertanto, assoggettata alla verifica da parte degli organi preposti, primo fra tutti, l'attuale ufficio antidiscriminazioni, che però, soffre di tali limiti strutturali che molto difficilmente potrebbe intervenire in questo, che pure sarebbe uno dei suoi compiti principali, anzi, il principale *tout court*⁸⁶.

Un caso significativo, solo per fare un esempio inteso a chiarire le conseguenze di queste affermazioni, è quello della Convenzione sui rifugiati, il cui art. 2 non solo fa obbligo agli stati di impedire la propaganda della discriminazione razziale e del razzismo⁸⁷, ma impegna anche (art. 2 lett. c) a verificare che le attività e le politiche degli organi dello stato non siano tali da incorrere nel divieto di discriminazione: una funzione, questa, finora affidata agli organi di controllo e garanzia "comuni" dell'ordinamento, ma chiaramente ricadente, da oggi secondo questa ricostruzione, nell'ambito delle competenze dell'ente preposto alla sorveglianza antidiscriminazioni di cui alla direttiva 2000/43⁸⁸.

⁸⁵ Convenzione di Londra del 8.8.1945, il cui art. 6 elenca i crimini per i quali il tribunale è istituito: crimini contro la pace (di aggressione, cioè), di guerra e contro l'umanità.

⁸⁶ *Infra* § 11, per un'analisi più approfondita delle motivazioni di quanto affermato nel testo.

⁸⁷ V. art. 4 *International Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination*, A/RES/ 2106 (XX), Annex, 4, 1.1969 e art. 2.1.b della convenzioni sui Rifugiati di cui *infra* nt.

⁸⁸ È evidente come ciò possa determinare delle conseguenze rilevanti nella misura in cui l'ufficio antidiscriminazioni potrebbe intervenire a correggere situazioni dove, magari, non vi siano vere

Ma, sempre per restare nell'ambito della medesima convenzione, obbligo assoluto dell'Italia (e, di nuovo pertanto, obbligo e diritto di verifica e di intervento dell'ente di cui sopra) è quello di impedire il cd. "refoulement"⁸⁹, l'espulsione dello straniero verso il paese di origine, o anche verso un altro paese, dove possa (o sia lecito supporre che possa) subire un ulteriore trasferimento verso lo Stato di provenienza⁹⁰ o sanzioni o persecuzioni (non ammissibili secondo il nostro ordinamento costituzionale), tanto che una situazione del genere potrebbe di per sé obbligare alla concessione dell'asilo indipendentemente anche dal verificarsi delle condizioni "ordinarie" per ottenerlo⁹¹. E, attenzione, qui si parla di rifugiati, di persone cioè, che non emigrano per motivi di lavoro o altro, ma per esigenze diverse e che dunque certamente non sono in grado di disporre permessi di soggiorno per motivi di lavoro né li desiderano. Come ciò possa configgere severamente con certa recente legislazione italiana in materia di stranieri e in particolare con quella legislazione che impone l'espulsione immediata degli stranieri privi di permesso, avviandoli al paese di origine (che, per lo più è solo quello dell'ultima partenza) o quella che addirittura consente alle autorità amministrative l'espulsione di uno straniero (con trasferimento obbligatorio al paese di origine) semplicemente sospetto di svolgere o di voler svolgere attività terroristica, è del tutto evidente e non richiede analisi ulteriori in questa sede.

9. Pur non essendo questo il luogo per condurre un'analisi comparata approfondita della legislazione degli altri paesi europei⁹², merita solo di essere segnalato come, a differenza di quanto accaduto in Italia, almeno alcuni di detti paesi hanno scelto la strada di unificare in disposizioni coordinate sia la legislazione antidiscriminazione (quindi, razziale, sessuale, religiosa, ecc.)⁹³ sia di

e proprie violazioni, sanzionabili, del diritto interno derivato dalle convenzioni internazionali. Sta in fatto, peraltro, che la legge italiana di conversione non elenca tra le attività riportate all'art. 7 le questioni in oggetto.

⁸⁹ Cfr. *Convention relating to the Status of Refugees*, Ginevra 28.7.1951 (entrata in vigore il 22.4.1954), il cui art. 33 recita: "No Contracting State shall expel or return ("refouler") a refugee in any manner whatsoever to the frontiers of territories where his life or freedom would be threatened on account of his race, religion, nationality, membership of a particular social group or political opinion...".

⁹⁰ Sarebbe questo il caso, ad es., del capo del movimento di liberazione nazionale curdo Ocalan.

⁹¹ E inoltre, e a maggior ragione, renderebbe di assai dubbia (anzi per quanto ho detto fin qui, per me di certa illegittimità) costituzionalità quelle norme che impongono l'immediato allontanamento dello straniero illegalmente pervenuto nel nostro paese. Per effetto della inversione dell'onere della prova, infatti, la verifica della effettiva situazione di rifugiato, o di legittimo richiedente l'asilo, ecc. ricadrebbe nella competenza esclusiva delle autorità locali, restando all'interessato solo il compito di affermare la pretesa.

⁹² V. una raccolta di detta legislazione in <http://www.europa.eu.int>.

⁹³ La Lettonia, ad es., ha scelto di includere la questione nel codice di diritto del lavoro, v. <http://www.eurofound.eu.int/2004/05/feature/lv0405103f.html>, non diversamente da Malta, che ha incluso le norme necessarie nella *Chapter 452 Employment And Industrial Relations Act To consolidate, with amendments, the Conditions of Employment (Regulation) Act (Cap.135) and*

rinviarne il controllo ad entità unitarie. Tale è il caso dell'Austria (pur condannata per inadempimento, ma ora perfettamente a posto con la legislazione) con le due leggi, entrambe del 2004⁹⁴, e del Belgio⁹⁵. Più complessa è la legislazione britannica (e irlandese) che, comunque realizzano il risultato in maniera unitaria per le due direttive⁹⁶.

Quanto alla Germania, nonostante la condanna da parte comunitaria, la legislazione, peraltro di carattere omnicomprendente delle varie forme di discriminazioni di cui si è fin qui parlato, è ancora in fase di progetto⁹⁷, mentre è già realizzata la normativa rilevante (e unificata) in Portogallo⁹⁸.

La Francia, infine, nel trasformare la sola direttiva 2000/43, istituisce però un ente che è definito "indipendente"⁹⁹ e pertanto, mi sembra, una vera e propria "autorità", come sarebbe stato auspicabile anche in Italia, vista la delicatezza della materia. Le competenze dell'ente sono, per di più, abbastanza ampie da ricomprendervi tutte le possibili forme di discriminazione, comunque regolamentate da norme internazionali sottoscritte dalla Francia¹⁰⁰ e quindi, sembrerebbe, che pur senza fare riferimento ad entrambe le direttive, il risultato di unificarle sotto un'unica forma di controllo sia stato in fatto raggiunto.

In tema di interpretazione e applicazione delle direttive e più in generale delle norme internazionali (e quindi anche comunitarie) qualche riflessione occorre fare in merito al modo in cui deve essere interpretato il primo comma

the Industrial Relations Act (Cap. 266), ACT XXII of 2002, as amended by Acts IX of 2003 and III of 2004, v. in http://docs.justice.gov.mt/lom/legislation/english/leg/vol_14/chapt452.pdf.

⁹⁴ Cfr. *Änderung des Bundes-Gleichbehandlungsgesetzes* (NR: GP XXII RV 285 AB 498 S. 61, BR: AB 058 S. 710.), e *Gleichbehandlungsgesetz - GlBG und Änderung des Bundesgesetzes über die Gleichbehandlung von Frau und Mann im Arbeitsleben* (Gleichbehandlungsgesetz) (NR: GP XXII RV 307 AB 499 S. 61, BR: 7042 AB 7059 S. 710.) entrambe in BGBl. 23.6.2004.

⁹⁵ Cfr. Legge 21.2.2003, modificata il 9.7.2004, in *Moniteur Belge*, 17.3.2003, Err. M.B., 13.5. 2003.

⁹⁶ Cfr. Statutory Instrument 2003 No. 1661 *The Employment Equality (Sexual Orientation) Regulations* 2003, Statutory Instrument 2003 No. 1660 *The Employment Equality (Religion or Belief) Regulations* 2003, Statutory Instrument 2003 No. 1626 *The Race Relations Act 1976 (Amendment) Regulations* 2003, Statutory Rule 2003 No. 341, *Race Relations Order (Amendment) Regulations (Northern Ireland)* 2003.

⁹⁷ Cfr. *Gesetz zur Umsetzung europäischer Antidiskriminierungsvorschriften* (Arbeitstitel), i cui artt. 26 ss. regolamentano l'organismo di controllo e verifica (*Antidiskriminierungsstelle*), con funzioni assai ampie. V.ne il testo in http://www.spdfraktion.de/rs_datei/0_4395,00.pdf.

⁹⁸ V. L. 99/2003 e 35/2004, in http://www.iapmei.pt/resources/download/Lei_cfr_anche_la_legge_spagnola_6282003, <http://www.boe.es/boe/dias/2003/12/31/pdfs/A46874-46992.pdf>.

⁹⁹ Cfr. Loi n. 2004-1486, 30.12. 2004 *Loi portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité* (di trasformazione della sola direttiva 2000/43) e Loi n. 2004-1486, 30.12.2004 *Loi portant création de la haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité*.

¹⁰⁰ Si veda art. I della legge di cui alla nota precedente, che recita testualmente: "Il est institué une autorité administrative indépendante dénommée haute autorité de lutte contre les discriminations et pour l'égalité. – La haute autorité est compétente pour connaître de toutes les discriminations, directes ou indirectes, prohibées par la loi ou par un engagement international auquel la France est partie".

dell'art. 117 Cost.¹⁰¹. Il tema, come è noto, è ancora tutt'altro che affrontato e sviscerato in tutta la sua ampiezza, anche se la questione appare di importanza fondamentale, nel disegnare i rapporti tra l'ordinamento italiano e quello internazionale (e quindi anche comunitario¹⁰²).

Qualora infatti si propendesse, come personalmente ritengo si debba, per l'interpretazione più ampia¹⁰³, la conseguenza sarebbe che il potere legislativo italiano ne risulterebbe in qualche maniera (indirettamente, come ovvio) limita-

¹⁰¹ Qualche difficoltà interpretativa della disposizione, destinata a sminuirne l'importanza, è stata segnalata con riferimento al fatto (a mio giudizio poco rilevante, come sottolineato nel mio *Terrorismo, conflitti*, cit., § 10) della collocazione della norma. Sul punto v., per tutti, CANNIZZARO, *La riforma "federalista" della Costituzione e gli obblighi internazionali*, in *Rivista di diritto internazionale*, 2001, p. 921 ss., e v. anche la lunga e articolata (a mio parere non condivisibile) sentenza Cassazione civile, Sez. Tributaria, 10.12.2002, n. 17564. Sulla questione cfr. anche CALVANO, *La Corte costituzionale "fa i conti" per la prima volta con il nuovo art. 117 comma 1 Cost.: Una svista o una svolta monista della giurisprudenza costituzionale sulle "questioni comunitarie"?* in <http://www.associazionedeicostituzionalisti.it/materiali>.

¹⁰² Non si ripeterà mai abbastanza il fatto per cui, allo stato degli atti, l'ordinamento comunitario non è altro che un sistema di norme di diritto internazionale in nulla diverso, nella sua natura, da altri sistemi di norme di altre Organizzazioni internazionali. Il fatto che questo ordinamento disponga della possibilità di emettere norme obbligatorie per gli stati (e direttamente per i loro cittadini) e di svolgere delle funzioni di controllo sulla validità e sull'efficacia del sistema e sulla sua corretta applicazione da parte degli stati e dei loro organi interni, incide certamente sul grado di efficacia (e di effettività del sistema), ma non sulla sua natura. Se poi si volesse affermare che, allo stato dei fatti, il sistema è divenuto tanto strettamente interconnesso da rendere *giuridicamente* impossibile ad uno Stato membro di uscirne, la cosa avrebbe l'effetto di far sì che l'ordinamento comunitario sarebbe ormai un ordinamento federale a tutti gli effetti e quindi non più internazionale, ma la cosa sarebbe anche tutta da dimostrare.

¹⁰³ Su cui v. molto ampiamente MATTIONI, *L'obbligo costituzionale di adeguamento al diritto internazionale e comunitario dopo la revisione del titolo V della Costituzione*, in *Studi in Onore di BERTI*, Napoli (Jovene) 2006, vol. 2, p. 1591 ss. e specialmente p. 1604: "la rilevanza del principio logico-giuridico, quando esso si possa far valere nel rispetto del diritto positivo, implica necessariamente che, tra una condizione in cui si rende patologicamente possibile l'insorgere di responsabilità internazionale, e una condizione in cui gli effetti negativi legati ad inadempimenti statuali possono essere fortemente ridimensionati, si debba prescegliere quest'ultima". Ma, come noto, già in passato la Corte costituzionale aveva avanzato dubbi sulla perfetta parità tra norme di provenienza internazionale pattizia, introdotte con ordine di esecuzione, e norme interne ordinarie, nella sentenza 10/1993, che al punto 2 delle *Considerazioni in diritto*, afferma: "Le norme internazionali ... sono state introdotte nell'ordinamento italiano con la forza di legge propria degli atti contenenti i relativi ordini di esecuzione ... e sono tuttora vigenti, non potendo, certo, esser considerate abrogate dalle successive disposizioni del codice di procedura penale, non tanto perché queste ultime sono vincolate alla direttiva contenuta nell'art. 2 della legge delega del 16 febbraio 1988, n. 81 [da cui il Digs. 22.09.1988 n. 447, *Approvazione del codice di procedura penale*, N.d.r.] ("il codice di procedura penale deve (...) adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali ratificate dall'Italia e relative ai diritti della persona e al processo penale"), quanto, piuttosto, perché si tratta di norme derivanti da una fonte riconducibile a una competenza atipica e, come tali, insuscettibili di abrogazione o di modificazione da parte di disposizioni di legge ordinaria". Cfr. anche TRUINI, *Federalismo e regionalismo in Italia e in Europa: Centro e periferie a confronto*, Padova (CEDAM) 2003, p. 234 ss.

to, nella misura in cui una legge in contrasto con una norma internazionale (una qualunque norma internazionale, pattizia, generale o di terzo grado) porterebbe necessariamente all'annullamento per incostituzionalità delle legge italiana.

Tanto più che, mentre per quanto attiene al diritto internazionale per dir così tradizionale la norma influirebbe come limitatrice della capacità di normazione interna in contrasto con le norme pattizie (e derivate) internazionali (magari anche alla luce del citato impedimento a legiferare legittimamente in maniera contraria ad un trattato legittimamente sottoscritto, definito nell'art. 27 della convenzione di Vienna sul diritto dei trattati) permanendo intatta la prevalenza sull'ordinamento italiano delle norme di diritto internazionale generale, per quanto attiene al diritto comunitario, per l'interpretazione tratta dall'art. 11 Cost., la affermazione della limitazione di sovranità italiana a favore della CE (con il correttivo ben noto, tratto dalla tesi della contemporanea vigenza dei due ordinamenti) non vi sarebbero particolari problemi e la norma dell'art. 117 Cost. potrebbe apparire solo come ridondante. Ma assai meno, lo sarebbe, per quanto attiene alle norme internazionali richiamate in norme di diritto comunitario, quali ad esempio la convenzione europea sui diritti dell'uomo. Resterebbe comunque il fatto per cui, in ogni caso, sarebbe ormai affermata la prevalenza oltre che del diritto comunitario anche di quella del diritto internazionale sul diritto interno.

Ma con una particolarità non marginale se non semplicemente essenziale: ciò che, infatti, maggiormente colpisce in quella disposizione è l'uso del termine "vincoli" e non obblighi¹⁰⁴. L'idea di un vincolo, lascia pensare a qualcosa che impedisca lo svolgimento di una certa azione. In altre parole, e con tutte le cautele del caso, la norma potrebbe addirittura essere intesa come limitativa dello stesso potere del Parlamento a legiferare in maniera difforme dalle norme di diritto internazionale pattizio, sottoscritte dalla Stato. Il che, poi, non sarebbe tanto fuori di ogni possibilità, se si tenga conto del fatto che, in ultima analisi, le norme pattizie di diritto internazionale sono pur sempre ratificate con legge di autorizzazione parlamentare¹⁰⁵.

È appena il caso di ricordare come tale fosse la pretesa, sempre fermamente contestata, della Corte di giustizia CE, verso l'Italia, quando richiedeva che il giudice italiano semplicemente disapplicasse le norme italiane confliggenti con quelle comunitarie senza attendere il giudizio di costituzionalità, affermando addirittura la impossibilità giuridica per il Parlamento di legiferare in merito. Ma

¹⁰⁴ Non a caso, mi pare, il MATTIONI, *L'obbligo*, cit., p. 1606, afferma che la regola della "... obbligatorietà dei patti [è] trasformato in un obbligo costituzionale a carico degli organi interni, di provvedere alla loro attuazione". Ma, appunto, obbligo è meno, a mio parere, di vincolo.

¹⁰⁵ Se mai, si potrebbe suggerire, di precisare meglio la norma dell'art. 80 Cost. in materia di ratifica dei trattati, in modo da garantire un controllo parlamentare su tutta l'attività negoziale dello Stato.

anche va sottolineato come la formula stessa¹⁰⁶ si presta ad un'interpretazione assai più netta dei rapporti tra ordinamento interno e internazionale. Quando il testo del primo co. art. 117 recita che "La potestà legislativa ... è esercitata... nel rispetto della Costituzione, nonché dei vincoli...", dove rispettare un vincolo potrebbe equivalere a rispettare un limite appunto alla potestà legislativa, è quest'ultima che ne risulta limitata e costretta. La potestà legislativa frutto della sovranità popolare trova un limite nei trattati liberamente sottoscritti e ratificati.

E. si badi bene, quello di "limite" è solo l'espressione unica possibile per descrivere, con sufficiente chiarezza, il fenomeno, rispetto al quale, però, è bene chiarire che si tratta di un limite, per dir così, autoimposto. La potestà legislativa del Parlamento, infatti, trova un limite nel fatto di aver accettato di sottoscrivere determinati accordi internazionali, che è sempre libero (nel rispetto delle regole, naturalmente) di pretendere di cancellare. È, al contrario, rispetto alle norme di diritto internazionale generale, che il Parlamento, per effetto dell'art. 10 Cost., è privo di ogni potere o potestà che sia.

Ne potrebbe conseguire, dunque, una graduazione del seguente tipo.

Le norme generali di diritto internazionale (non scritte), entrano direttamente e autonomamente a far parte del nostro ordinamento giuridico con il rango di norme costituzionali, grazie all'art. 10 Cost.¹⁰⁷.

Le altre norme internazionali (pattizie e comunitarie, oltre che quelle da esse derivate) entrerebbero a far parte del nostro ordinamento con la procedura solita (autorizzazione alla ratifica e ordine di esecuzione, o trasformazione tout court) salvo che non potrebbero in nessun caso essere derogate dalla normativa interna, che, quando difforme dalle norme internazionali, sarebbe dichiarata

¹⁰⁶ Del resto, a ben vedere, l'ipotesi era di sfuggita e con molta cautela adombrata nella sentenza Granital (Corte costituzionale, 8.6.1984, n. 170) in quel passaggio finale in cui la Corte affermava, n. 7: "Le osservazioni fin qui svolte non implicano, tuttavia, che l'intero settore dei rapporti fra diritto comunitario e diritto interno sia sottratto alla competenza della Corte. Questo Collegio ha, nella sentenza n. 183/73, già avvertito come la legge di esecuzione del Trattato possa andar soggetta al suo sindacato, in riferimento ai principi fondamentali del nostro ordinamento costituzionale e ai diritti inalienabili della persona umana, nell'ipotesi contemplata, sia pure come improbabile, al numero 9 nella parte motiva di detta pronunzia. Nel presente giudizio cade opportuno un altro ordine di precisazioni. *Vanno denunciate in questa sede quelle statuizioni della legge statale che si assumano costituzionalmente illegittime, in quanto dirette ad impedire o pregiudicare la perdurante osservanza del Trattato, in relazione al sistema o al nucleo essenziale dei suoi principi*: situazione, questa, evidentemente diversa da quella che si verifica quando ricorre l'incompatibilità fra norme interne e singoli regolamenti comunitari. Nel caso che qui è previsto, la Corte sarebbe, quindi, chiamata ad accertare se il legislatore ordinario abbia ingiustificatamente rimosso alcuno dei limiti della sovranità statale, da esso medesimo posti, mediante la legge di esecuzione del Trattato, in diretto e puntuale adempimento dell'art. 11 Cost.". Ingiustificatamente rimosso, implica in qualche modo che si può ipotizzare una rimozione giustificata.

¹⁰⁷ Che non a caso si esprime in termini indicativi: "l'ordinamento giuridico italiano si conforma ...". Non occorre nessun intervento, nessun atto, il procedimento di trasformazione è automatico e non a caso fu definita la norma (dal PERASSI) un "trasformatore permanente".

incostituzionale ex art. 117 primo co. Cost.¹⁰⁸ Occorre, cioè, un meccanismo di accettazione esplicita delle norme internazionali (se pur contenute in un trattato in forma semplificata, che comunque una sottoscrizione da parte italiana ovviamente la richiede), una volta svolto il quale la legislazione interna è “vincolata”, scientemente vincolata: le norme non si sono formate a prescindere dalla volontà espressa dell’Italia, ma sono il frutto dell’esplicito consenso del paese.

Talune norme speciali, inoltre, sarebbero introdotte (con il medesimo limite dell’art. 117 Cost.) grazie a leggi *ad hoc*: è il caso del citato art. 2 della legge delega 87/1981, che afferma che il codice di procedura penale *deve* adeguarsi alle norme delle convenzioni internazionali, o, tanto per fare un altro esempio, dell’art. 270 *sexies* c.p.¹⁰⁹, che afferma che sono definiti come terroristici gli atti così definiti dall’articolo “nonché le altre condotte definite terroristiche o commesse con finalità di terrorismo da convenzioni o altre norme di diritto internazionale vincolanti¹¹⁰ per l’Italia”.

Ciò potrebbe, infine, rendere definitivamente inutile l’utilizzazione dell’ipotesi della limitazione di sovranità scaturente dalla (sempre discutibile) nota interpretazione dell’art. 11 Cost., senza per questo inficiare l’ipotesi interpretativa scaturita dalla sentenza della Corte costituzionale del 1984¹¹¹, né limitare la aderenza dell’Italia alla normativa comunitaria, che risulterebbe solo parificata alla normativa internazionale “comune”, vincolante per gli organi legislativi italiani.

Due sole notazioni meritano assai rapidamente di essere fatte in questa sede a mo’ di conclusione.

La prima attiene al fatto che, nelle poche pronunce fin qui emesse in merito al primo co. art. 117, la Corte costituzionale non ha avuto esitazione ad annullare, in applicazione dell’art. 117 primo co. Cost. (e dell’art. 120 secondo co.), leggi regionali in contrasto con norme comunitarie, senza ricorrere ad altre motivazioni, quali la limitazione di sovranità¹¹².

La seconda consiste nel rilevare che un altro effetto di questa norma, potrebbe essere quello di interporci tra il livello normativo interno e quello internazionale (comunitario), nel senso che già prima (o addirittura a prescindere dal fatto) che gli organismi di controllo comunitario intervengano in caso di mancata, ma specialmente di erronea, applicazione di una direttiva (o di un altro qualsiasi atto comunitario) potrebbe la norma interna di trasformazione essere annullata

¹⁰⁸ La disposizione, inoltre, potrebbe risolvere definitivamente l’annoso problema circa la validità o meno (nel diritto interno) delle norme derivanti da *atti* delle Organizzazioni internazionali o comunque da norme internazionali di terzo grado, dato che anche nei confronti di queste ultime varrebbe il vincolo dell’art. 117.

¹⁰⁹ V. l. 31.7. 2005 n.155, art. 15, di conversione del D.L. 27.7. 2005, n. 144, *recante misure urgenti per il contrasto del terrorismo internazionale*.

¹¹⁰ Altrove ho cercato di mostrare l’assurdità di questa dizione.

¹¹¹ Cfr. Corte costituzionale 170/1984.

¹¹² V. per tutte Corte costituzionale *sentenze* 406/2005, 24.10.2005, 432/2005, 28.11.2005. Anche la dottrina si è prevalentemente occupata degli aspetti regionali della norma.

per incostituzionalità in relazione all'art. 117 Cost. e forse perfino, nel caso delle norme comunitarie, in applicazioni dei principi della sentenza *Granital*, essere, puramente e semplicemente, disapplicate direttamente dal giudice di merito in quanto afferenti ad un ordinamento giuridico non competente a regolare la fattispecie. L'ipotesi, infatti, della contemporanea esistenza dei due ordinamenti giuridici, descritti in quella ormai famosa sentenza, resterebbe del tutto pregiudicata.

10. Come già detto, la direttiva 2000/43 chiede agli Stati membri delle CE di istituire organismi *ad hoc*, qualificati tutti con l'aggettivo "indipendente", per lo svolgimento di una serie di attività ispettive e propulsive oltre che di controllo antidiscriminazioni razziali. Gli organismi in questione, insomma, devono, nella visione comunitaria, essere in grado di svolgere la loro attività di supporto alla lotta alla discriminazione razziale (e non solo) in maniera da non essere condizionati, né dall'esecutivo né da altri poteri. In una parola, pur se la direttiva non usa questa espressione, sembra evidente che l'intenzione è che si istituiscano nei vari stati degli organismi del tipo delle autorità indipendenti, ormai di uso comune in Europa. La direttiva, peraltro, suggerisce (e non potrebbe fare altrimenti) che detti organismi facciano parte o riferimento ad organismi destinati alla garanzia e protezione dei diritti dell'uomo, quindi a strumenti di portata più vasta di quanto attenga solo agli aspetti di cui si tratta nelle direttive stesse. Sia pure in termini alquanto sfumati, dunque, la direttiva sembra proprio muoversi nel senso di quanto indicato in precedenza, circa l'ampiezza degli obiettivi e quindi la conseguente vastità delle competenze dell'istituendo organismo.

In qualche modo, se mi è consentito di avanzare un'illazione, la direttiva sembra voler lasciare agli stati una certa libertà di scelta tra l'applicazione strettamente della sola direttiva e l'istituzione di un organismo a più vaste competenze o semplicemente l'attribuzione ad un organismo eventualmente già esistente delle nuove competenze.

Per quanto attiene a questa questione, l'applicazione, in Italia, della direttiva pecca, a mio parere oltre che nei punti evidenziati sopra, anche nella parte relativa all'istituzione dell'organismo di cui si discute, che appare una sorta di via di mezzo tra un semplice rituale e marginale ufficio di generica assistenza agli stranieri e un ente dotato di poteri e competenze molto ampi, che, però come vedremo fra un momento, non è in grado di esercitare.

L'organismo, infatti, è stato realizzato, in Italia, come ufficio del Ministero per le pari opportunità, ed è destinato ad occuparsi non solo dei problemi di discriminazione fondata sulla razza (secondo quanto previsto dal dlgs. 215, che si riferisce esplicitamente alla sola direttiva 2000/43), ma anche (con un implicito riferimento all'altra direttiva) ai problemi legati alla discriminazione sessuale, culturale e religiosa, art. 7 n. 1 *in fine*.

Benissimo, si dà dunque per acquisito, quanto da me affermato ripetutamente qui sopra, che non solo di discriminazione razziale deve occuparsi l'ente, ma anche di altro, pur non essendo ciò compreso nella direttiva che lo determina, bensì nell'altra, la 2000/78, che alla prima fa espresso riferimento, determinando quell'effetto di sistema al quale ho alluso nelle pagine precedenti¹¹³.

Ma allora non si comprende perché siano escluse le altre ipotesi di discriminazione descritte nella direttiva 2000/78 e nel dlgs. 216: quelle legate alle posizioni politiche (le "convinzioni personali", nella terminologia della direttiva) agli handicap, all'età e alle tendenze sessuali. Tutte cose che, lette nel quadro dei diritti dell'uomo (di cui alla direttiva) e aggiunte alla discriminazione razziale e religiosa, oltre che culturale (un concetto alquanto generico e poco chiaro nel suo contenuto e quindi di per sé ambiguo) sarebbero il vero oggetto delle discriminazioni. Il tutto, inoltre, viene espresso in una formulazione contorta e poco chiara, che non rende facile comprendere fino a che punto l'organismo appena istituito abbia competenza anche in quei settori, che non sono oggetto specifico della norma legislativa.

La quale, d'altra parte, nel ripetere in qualche modo l'esigenza avanzata a livello comunitario, di conferire autonomia (a dire il vero la direttiva usa, come visto, una terminologia assai più precisa) e imparzialità, incorre a mio parere in un errore non solo di prospettiva, ma anche più propriamente tecnico. Pensiamo solo alla imparzialità, sulla quale *nulla quaestio*, salvo la sorpresa di vedere richiesta imparzialità ad un ufficio pubblico del potere esecutivo, come se si dovesse immaginare che normalmente detta imparzialità, negli uffici, manchi o magari manchi... istituzionalmente.

Il punto rilevante, infatti a mio parere, attiene alla natura dell'ufficio, che non è altro che uno dei tanti uffici (per di più inserito in un Ministero "senza portafoglio") dell'esecutivo.

Ciò implica che la sua stessa natura impedisce di per sé a detto ufficio di svolgere la gran parte dei compiti che, pure, in qualche modo gli sono attribuiti e che dunque resteranno necessariamente sulla carta. Non si vede, infatti, come possa un ufficio del genere rivolgere, nientemeno, raccomandazioni al Parlamento e alla Magistratura, e addirittura come possa formulare proposte o pareri. Certo, un ufficio può ben farlo in astratto, ma la valenza del suo intervento è nulla, quando addirittura (si pensi alla facoltà, del tutto teorica a questo punto, dell'ufficio di svolgere "inchieste", nel rispetto delle prerogative della magistratura: affermazione a dir poco criptica) non fosse letta come lesiva del principio cardine del nostro sistema costituzionale: quello della rigida divisione dei poteri.

Appare cioè evidente come l'ufficio sia largamente insufficiente ai compiti che, pure solo a leggere la legge di recepimento della direttiva, si propone di svolgere. Manca, infine nell'ufficio una qualunque competenza sugli altri problemi,

¹¹³ *Supra* § 4.

pur blandamente richiamati dalla direttiva con la formula (solo apparentemente) generica dei "diritti dell'uomo".

Tra l'altro, come più volte ripetutamente osservato in precedenza, se l'effetto di questo modo di applicare la direttiva fosse quello (e mi pare proprio che lo sia) di rendere nei fatti non realizzata la richiesta di imparzialità, ma specialmente di capacità propositiva e di intervento verso gli organismi dei poteri dello Stato (tutti, mi pare) non si può escludere che l'Italia venga chiamata a risponderne sul piano del diritto comunitario.

Meglio sarebbe, mi pare, trasformare l'ufficio in una vera e propria entità indipendente dall'esecutivo, ma non solo, assegnando ad esso, inoltre, compiti assai più vasti e meglio articolati, che potrebbero vantaggiosamente condurre alla creazione di una struttura di ccordinamento e guida generale di fenomeni oggi tutti strettamente collegati: dall'immigrazione all'asilo, dal trattamento degli stranieri all'accoglienza e al trattamento degli stranieri irregolari, per non parlare di tutta l'immensa problematica legata al fenomeno del terrorismo (specie di quello cd. internazionale): fenomeni tutti attualmente regolamentati malamente e in maniera confusa da una legislazione a dir poco approssimativa, ma specialmente molto spesso in contrasto con le norme di diritto internazionale. specie pattizio, con tutte le conseguenze che ne possono derivare, specialmente con riferimento al contenuto del comma primo dell'art. 117 Cost., finora ancora poco utilizzato, ma destinato, a mio parere e come evidenziato, ad avere un forte impatto su tutto l'ordinamento giuridico italiano.