

DPCE Online 3/2014

## **RECENSIONI**

Diletta Pamelin – Recensione. Thomas Piketty, *Le capital au XXIe siècle*, Paris, Éditions du Seuil, 2013, pp. 970

## **NOTE E COMMENTI**

Giuseppe Piluso – La Corte di Giustizia UE annulla la Direttiva “Frattini” sulla conservazione dei dati del traffico telefonico

Daniele Paolanti – Ne bis in idem: il concorso di sanzioni secondo Strasburgo

## **CRONACHE DAL MONDO**

Paraguay. Approvata legge per la restituzione delle terre ancestrali alle popolazioni indigene Sawhoyamaya



**Recensione. Thomas Piketty, *Le capital au XXI<sup>e</sup> siècle*, Paris, Éditions du Seuil, 2013, pp. 970**

di Diletta Pamelin

Oggetto della presente recensione è l'opera dell'economista francese Thomas Piketty, direttore dell'*École des hautes études en sciences sociales* e professore presso l'*École d'économie de Paris*. Il volume, in corso di pubblicazione nella sua traduzione italiana edita da Bompiani, è da qualche mese oggetto di un'accesa discussione sulle pagine dei maggiori quotidiani internazionali e in ambito accademico.

L'obiettivo dello scritto, come sottolinea lo stesso autore, è quello di sollecitare un dibattito pubblico e democraticamente informato su una questione centrale ma a lungo trascurata dalla ricerca economica: l'andamento temporale della distribuzione della ricchezza sia nei singoli contesti nazionali sia a livello globale. Al fine di distogliere la disciplina economica dalle proprie speculazioni puramente teoriche per riportarla ad un piano di confronto diretto con la realtà, Piketty ci offre uno studio sistematico, fondato su una notevole mole di dati, avente ad oggetto l'indagine storica dell'evoluzione delle disuguaglianze di reddito a partire dal XVIII secolo.

Pur non trattandosi dunque di un testo giuridico, la lettura di *Le capital au XXI<sup>e</sup> siècle* è di grande interesse per il giurista in generale e per il comparatista in particolare, poiché affronta temi che oggi si presentano come centrali per le sorti delle democrazie contemporanee. Il matrimonio tra capitalismo e democrazia viene presentato come la (sola) via per lo sviluppo e la crescita del benessere economico e sociale delle nostre società. Permangono tuttavia forti dubbi circa la possibilità di una correlazione spontanea tra progresso economico e benessere collettivo. Il rapporto tra denaro e democrazia è una problematica presente sin dai tempi d'oro della democrazia di Pericle. Come si è evoluta tale relazione e di quali strumenti dispone la politica per arginare, controllare e regolamentare il potere del denaro nella contemporaneità?

Partendo dagli elementi forniti dal lavoro di Piketty e dei suoi collaboratori è possibile tracciare un quadro più chiaro per avviare un confronto pubblico circa gli interventi giuridici e istituzionali possibili e necessari per affrontare l'endemica situazione di disuguaglianza economica e sociale determinata dal nostro modello di sviluppo.

Il volume si suddivide in quattro parti principali, a loro volta articolate in sedici capitoli. Nella parte prima, dal titolo *Revenu et capital*, l'autore introduce le nozioni di reddito nazionale e capitale, delineando il rapporto che intercorre tra questi due fattori e descrivendo l'andamento della ripartizione mondiale del reddito e della produzione. Inoltre egli analizza l'evoluzione dei tassi di crescita della popolazione e della produzione a partire dalla rivoluzione industriale.

La parte seconda, *La dynamique du rapport capital/revenu*, si occupa del movimento di lungo periodo del rapporto capitale/reddito e della suddivisione a livello globale del reddito nazionale in reddito da lavoro e reddito da capitale. Nello specifico Piketty affronta tali questioni riferendosi al contesto storico francese, inglese, tedesco e americano, estendendo poi l'analisi a livello mondiale e interrogandosi circa l'evoluzione possibile del rapporto capitale/reddito nei decenni futuri.

La parte terza traccia un panorama accurato de *La structure des inégalités* e costituisce, ad avviso di chi scrive, il contributo più interessante, e più discusso, dell'intero testo. Dopo aver delineato gli ordini di grandezza relativi alla disuguaglianza di ripartizione del reddito da lavoro da un lato e dei proventi

derivanti dalla proprietà del capitale dall'altro, viene analizzato il percorso storico di queste disuguaglianze soffermandosi sul caso francese e americano e sviluppando successivamente l'indagine a livello globale. L'autore esamina poi l'evoluzione dell'importanza dei patrimoni ereditati nel lungo periodo e discute, inficiandolo, il mito della disuguaglianza fondata sul merito che si pone alla base del capitalismo moderno. Infine vengono tratteggiate le prospettive di evoluzione della distribuzione mondiale della ricchezza nel nostro secolo e le tendenze oligarchiche che questa sembra assumere in maniera sempre più netta.

La quarta e ultima parte del volume, dal titolo *Réguler le capital au XXI<sup>e</sup> siècle*, espone le conclusioni e le proposte dell'economista per porre un freno alla spirale della disuguaglianza che interessa l'intero globo. In particolare, egli suggerisce l'adozione a livello mondiale di un'imposta progressiva sul reddito e insiste sulla necessità di una maggiore trasparenza dei dati sulla ricchezza, funzionale all'avvio di un dibattito democratico informato che coinvolga tutti i cittadini. Viene infine affrontata la problematica relativa alla gestione del debito pubblico.

Della monumentale monografia di Piketty saranno trattati in questa sede esclusivamente alcuni elementi, soffermandosi in particolare sulla questione dell'evoluzione delle disuguaglianze di reddito, sulle loro conseguenze nel nostro secolo e sulla narrazione economica che le ha accompagnate. Si è deciso di focalizzare l'attenzione sulla tematica della disuguaglianza innanzitutto perché essa costituisce il nodo centrale dell'intero scritto; in secondo luogo perché simile argomento è un rilevante punto di continuità nell'opera dell'autore, poiché è affrontato anche in altri testi (a titolo di esempio si rimanda a Thomas Piketty, *Les Hauts Revenus en France au XX<sup>e</sup> siècle: inégalités et redistributions 1901-1998*, Paris, Grasset, 2001, ultima edizione 2006 e a *L'économie des inégalités*, Paris, La Découverte, 1997, ultima edizione 2008); infine perché su questo oggetto si sono concentrati negli ultimi anni altri volumi di notevole rilievo, come quelli del Premio Nobel J. Stiglitz (Joseph Stiglitz, *Il prezzo della disuguaglianza*, Torino, Einaudi, 2013) e dell'intellettuale francese P. Rosanvallon (Pierre Rosanvallon, *La società dell'uguaglianza*, Roma, Castelvecchi, 2013). Nell'attuale contesto di crisi economica, sociale e politica è inoltre ancora più evidente quanto la questione dell'uguaglianza sia fondamentale. Il rapporto tra denaro e politica è un nodo particolarmente critico

per le democrazie contemporanee. I molteplici strumenti utilizzati dai poteri privati al fine di influenzare indebitamente la sfera pubblica, dalla corruzione all'attività di *lobbying* e di finanziamento ai partiti, finiscono per permettere al denaro di stabilire le priorità dell'azione politica svuotando dunque di sostanza il concetto di uguaglianza e il principio stesso della sovranità popolare, asse portante di ogni ordinamento che si voglia definire democratico. Inoltre, come sottolinea J. Stiglitz nel volume sopraccitato, la crisi finanziaria ha fatto emergere una nuova consapevolezza circa l'inefficienza e iniquità del nostro sistema economico e del sistema politico che avrebbe dovuto regolamentarlo ma che non ha provveduto a farlo. Al distacco profondo che si è creato tra cittadini e classe politica, con l'erosione del vincolo di rappresentanza, si accompagna la formazione di una sfera decisionale costituita da legami esclusivamente orizzontali e totalmente separata dalla base, con il risultato che le nostre democrazie non sono più (posto che lo siano mai state) espressione di un interesse comune.

È necessario innanzitutto sottolineare come Piketty, nel corso dell'intero testo, affronti la tematica della disuguaglianza di reddito distinguendone due aspetti: la disuguaglianza derivante dai redditi da lavoro da un lato e la disuguaglianza derivante dai proventi del capitale indipendentemente dal lavoro (siano essi interessi, rendite o profitti) dall'altro.

Inoltre egli individua delle costanti temporali relative alla distribuzione della ricchezza: per prima cosa il capitale risulta essere molto concentrato in tutti i Paesi e le epoche storiche e dunque la sua distribuzione e il reddito che ne deriva sono indiscutibilmente più diseguali rispetto a quelli del lavoro. Secondariamente le disuguaglianze di capitale sono sempre estreme, mentre quelle del lavoro sono normalmente più ridotte. Il carattere più o meno sostenibile delle ineguaglianze estreme dipende dalle politiche pubbliche adottate per porvi rimedio e dall'efficacia dell'apparato di giustificazione delle stesse che, nelle realtà capitalistiche, è costituito dal mito meritocratico.

La dinamica della ripartizione delle ricchezze viene esaminata a livello mondiale e in ciascun Paese (anche se, a causa della limitazione dei dati disponibili, l'analisi sarà tendenzialmente circoscritta ad un ristretto gruppo di Paesi europei – Francia, Regno Unito, Germania – e agli Stati Uniti) a partire dal XVIII secolo.

Per descrivere la struttura della disuguaglianza nel corso dei secoli XVIII, XIX e sino alle soglie della Prima guerra mondiale, Piketty ricorre ad alcuni esempi letterari molto calzanti, in particolar modo riferendosi al discorso di Vautrin nell'ambito del romanzo *Le Père Goriot* di Honoré de Balzac. Le parole del personaggio delineano una società nella quale l'accesso al vertice della gerarchia sociale è possibile solo mediante il possesso di ingenti patrimoni ereditari (in questo caso da conquistare per mezzo di un assassinio e di un matrimonio di convenienza), mentre risulta irraggiungibile optando per una vita di studio e impegno che punti alla cima della gerarchia dei redditi da lavoro. In nessuna società del tempo dunque, salvo parzialmente nel nord degli Stati Uniti, il lavoro e gli studi consentono di raggiungere lo stesso agio garantito da un'eredità o dal reddito derivante dal possesso del capitale.

La Prima guerra mondiale si presenta come un momento di rottura della tendenza fortemente inegualitaria dei secoli precedenti: a partire dal 1914 e sino al 1945 è infatti possibile notare una netta riduzione delle disparità di reddito. Questo è dovuto a due fattori fondamentali: il crollo degli alti rendimenti del capitale a seguito degli shock causati dai conflitti e l'intervento, soprattutto nel corso degli anni trenta del novecento, di politiche pubbliche volte a lenire gli sconvolgimenti del dopoguerra e le conseguenze della crisi economica del 1929. Ciò ha permesso un'innovazione fondamentale rispetto al XIX secolo. Infatti, sebbene la concentrazione patrimoniale continui ad essere forte, assistiamo all'avvento di una «*classe moyenne patrimoniale*». L'abbattimento delle disuguaglianze determinato da questi diversi elementi crea l'illusione di un superamento strutturale delle conseguenze negative dell'economia capitalista. Tuttavia Piketty dimostra l'inesattezza della teoria formulata dall'economista S. Kuznets secondo la quale tale diminuzione sarebbe dovuta a un processo spontaneo attraverso cui le disparità di reddito, crescenti nelle prime tappe dell'industrializzazione, seguirebbero un andamento via via decrescente nel corso dello sviluppo economico capitalista. Per l'economista francese sono proprio le due guerre ad aver condotto ad una riduzione delle disuguaglianze.

Una simile situazione non è però destinata a protrarsi nel tempo. Durante gli anni cinquanta e sessanta, grazie alla ricostruzione, il tasso di rendimento del capitale

riprende a crescere, tornando ai livelli precedenti la Prima guerra mondiale. In un contesto di forte sviluppo economico e di sostanziale affermazione dello stato sociale (non a caso il periodo compreso tra la fine della seconda guerra mondiale e l'inizio degli anni settanta è denominato *les Trente Glorieuses*, espressione con la quale si identifica il periodo aureo del *welfare*), le diseguaglianze salariali continuano a crescere.

Nel corso degli anni settanta e ottanta del novecento si assiste ad una svolta ulteriore, rappresentata da una nuova e vigorosa esplosione delle disuguaglianze di reddito. Sono le politiche neoliberiste, la stretta alleanza che si stabilisce tra politica ed economia e gli interventi deregolativi di quest'ultima le principali cause di questa crescente disparità. Un'altra tendenza che si sviluppa in questo periodo, e che giunge sino ai giorni nostri, è l'innalzamento esponenziale dei salari dei quadri e dei dirigenti delle grandi imprese e delle remunerazioni dei lavoratori dei settori finanziari, che costituiscono la parte maggiore dello 0.1% dei redditi più elevati. In questo contesto la teoria di S. Kuznets è stata spesso utilizzata come arma politica e di propaganda neoliberista: essendo la disuguaglianza destinata a diminuire naturalmente nel corso del tempo sarebbero esclusivamente il lavoro ed il merito individuali i criteri di giustificazione delle remunerazioni più o meno elevate.

Oggi, dopo la crisi economica iniziata nel 2007 e ancora in corso, la situazione è rimasta invariata e chi ha contribuito a causarla continua a collocarsi in cima alla gerarchia sociale e non è stato costretto ad assumersi alcuna responsabilità, mentre i costi vengono sopportati esclusivamente dalla collettività mediante la crescita della disoccupazione, la precarizzazione del lavoro, l'innalzamento delle disuguaglianze sociali e di reddito, dovute anche al brusco ridimensionamento della spesa pubblica destinata allo stato sociale.

È interessante a questo proposito la critica mossa dall'autore alla teoria della produttività marginale riferita alle remunerazioni dei dirigenti. Tale dottrina non sarebbe che una costruzione ideologica volta a giustificare razionalmente compensi eccessivamente elevati e altrimenti socialmente difficili da accettare. In realtà tali stipendi sono il risultato di decisioni arbitrarie e dipendenti dai rapporti di potere stabilitisi nell'ambito dell'azienda, inoltre i dirigenti delle grandi imprese hanno in larga misura la possibilità di fissare la loro stessa remunerazione spesso senza che vi

sia una chiara relazione con la loro produttività individuale. La meritocrazia è dunque una finzione strumentale all'accettazione sociale delle disuguaglianze, soprattutto quando si accompagna, come nella nostra contemporaneità, ad una "nuova ragionevolezza" sulla base della quale i bassi salari sono imputabili all'insufficienza della produttività di coloro che si trovano nelle fasce più basse della scala sociale e chi si trovi privo di occupazione è stigmatizzato in prima istanza come persona che non ha desiderio di impegnarsi in un'attività lavorativa (sul punto si rimanda anche a Luciano Gallino, *L'impresa irresponsabile*, Torino, Einaudi, 2009, 185 ss.). Il dominio economico, che facilmente diviene anche politico, esercitato dal vertice della gerarchia e l'esistenza di disuguaglianze salariali molto forti sono dunque consolidate dal sentimento diffuso che esse siano giuste.

Ecco come si creano le condizioni per una inuguaglianza ancora più violenta di quelle del passato: sommando le forti disparità di capitale alle disuguaglianze salariali giustificate da considerazioni in termini di merito e produttività.

L'andamento storico descritto trova una sintesi nella relazione matematica  $r > g$  (dove  $r$  indica il tasso di rendimento del capitale e  $g$  il tasso di crescita dell'economia determinato dall'incremento annuale di reddito e produzione), che secondo l'autore identifica la contraddizione centrale del capitalismo. L'evoluzione dell'economia di mercato, senza l'intervento regolatore dello Stato, può presentare forze di convergenza egualitaria, quali la diffusione delle conoscenze, ma anche forme di divergenza pericolose per le società democratiche e i valori di giustizia sociale sui quali esse si fondano. La principale tendenza destabilizzatrice per i nostri sistemi deriva appunto dal fatto che il tasso di rendimento del capitale sia costantemente e nettamente superiore al tasso di crescita e in questo modo anche gli imprenditori, motori fondamentali dello sviluppo economico, si trasformano in *rentier* che possono basare la propria attività esclusivamente sulla rendita del capitale che si riproduce da sola e dominano sempre più fortemente coloro che non possiedono altro reddito che quello derivante dal lavoro. A ciò si aggiunge il fatto che il capitale ha un utile diverso in funzione della taglia di quello iniziale e dunque facilmente chi possiede un grosso capitale ereditato, potrà incrementare senza sforzo la propria ricchezza rispetto a coloro che possiedono un capitale di partenza medio o contenuto. La spirale inegualitaria si riproduce dunque con estrema semplicità.



Questa disuguaglianza matematica unifica, secondo Piketty, la relazione tra il reddito da capitale e quello da lavoro lungo tutto l'arco temporale descritto, con la sola eccezione del periodo tra le due guerre mondiali.

È certamente possibile che l'azione politica dei governi incentivi la crescita, ad esempio mediante investimenti nella formazione o in tecnologie non inquinanti, tuttavia ciò non sarebbe sufficiente ad invertire la relazione  $r > g$  nei paesi a tecnologia avanzata. Inoltre l'assenza di volontà politica in questo senso è risultata evidente in passato e sembra destinata a caratterizzare anche la realtà del XXI secolo.

Piketty ritiene estremamente probabile che la disuguaglianza  $r > g$  continui ad essere la norma nel XXI secolo. Gli ultimi decenni sono stati infatti segnati dalla ricomparsa di rapporti elevati tra lo stock di capitale e il flusso di reddito nazionale e ciò si spiega in larga misura a causa del ritorno ad un regime di crescita relativamente lento. In una società a crescita debole i patrimoni ereditati dominano su quelli costituiti durante una vita di lavoro, sussiste dunque un rischio molto forte di divergenze estreme nella ripartizione delle ricchezze ed è probabile che la concentrazione del capitale raggiunga un livello molto elevato e incompatibile con i principi di giustizia sociale che sono a fondamento delle società democratiche moderne.

L'autore rafforza la propria tesi con ulteriori elementi di supporto: il contesto di globalizzazione finanziaria, oltre a rendere più difficile il rilevamento dei patrimoni e della loro ripartizione, pone gli Stati in competizione al fine di attirare investimenti ed è dunque lecito immaginare che le imposte sul capitale diminuiscano piuttosto che aumentare, cosa che contribuirebbe ad accrescere la concentrazione del capitale stesso. Mediante la comparazione dei dati, l'economista francese dimostra inoltre come l'eredità e il capitale abbiano già ritrovato l'importanza che avevano all'inizio del XX secolo, anche se a questa disuguaglianza si affianca oggi quella derivante dalla gerarchia lavorativa. In realtà questo non implica affatto che il reddito nazionale da lavoro sia aumentato o che la mobilità sociale sia evoluta in senso egualitario: il grado di ricchezza di partenza influenza naturalmente la possibilità di accesso ai diversi livelli di qualificazione. Resta il fatto che al di là di una certa soglia tutte le fortune, ereditate o derivanti dall'attività imprenditoriale, crescono a ritmi

estremamente elevati, indipendentemente dall'attività lavorativa svolta dal soggetto che ne è titolare: la fortuna non è dunque affatto una questione di merito.

Possiamo riassumere in questo modo i nuovi problemi che qualificano il XXI secolo secondo Piketty: alla disuguaglianza derivante dalla relazione  $r > g$  si somma quella discendente dal legame sempre più stretto tra rendimento ottenuto dal capitale e dimensione iniziale dello stesso in un quadro di giustificazione morale, perché fondata sul merito e sull'istruzione, delle disparità di fortune.

L'autore conclude l'analisi sottolineando quanto sia fondamentale il ruolo dello Stato nell'impedire che il capitalismo continui a generare i livelli di disuguaglianza ai quali assistiamo nella nostra contemporaneità. Non si deve concedere fiducia alcuna al determinismo economico: la storia della ripartizione delle ricchezze è sempre profondamente politica e la razionalità economica non ha nulla a che vedere con la razionalità democratica. Inoltre l'evoluzione delle disuguaglianze dipende dalle rappresentazioni create dagli attori economici, politici e sociali, dai rapporti di forza che tra questi si instaurano e dalle scelte collettive che ne derivano.

Proprio in questo ambito si dovrebbe collocare a mio avviso il dibattito giuridico: dal momento in cui le disparità di reddito non si regoleranno automaticamente grazie a mercati più liberi e concorrenziali e l'uguaglianza formale proclamata nelle costituzioni moderne si scontra pesantemente con l'ineguaglianza reale nella garanzia dei diritti, è fondamentale che si riprenda consapevolezza della necessità di studiare il ruolo dello Stato nell'organizzazione economica e sociale di un Paese, formulando proposte di istituzioni e politiche pubbliche che avvicinino maggiormente le nostre società al progetto costituzionale di uguaglianza sostanziale e giustizia sociale. È assolutamente necessario, come Piketty stesso sottolinea, che le scienze sociali non si collochino al di fuori del dibattito pubblico ma vi prendano parte sollecitando ogni cittadino a fare lo stesso.

La proposta dell'economista per porre un freno alla concentrazione oligarchica delle fortune, pericolosa per le democrazie del XXI secolo, è quella di adottare un'imposta annuale progressiva sul capitale su scala mondiale. In questo modo sarebbe possibile mettere fine alla spirale della disuguaglianza patrimoniale, preservando al contempo la libera concorrenza. Inoltre lo sforzo richiesto a ciascuno sarebbe modulato in funzione del livello del suo patrimonio.

In una situazione di estesa globalizzazione finanziaria una simile soluzione necessita tuttavia di un alto livello di cooperazione internazionale e di integrazione politica regionale, non essendo alla portata dei singoli Stati nazionali, e questo costituisce un problema di rilievo, soprattutto in ambito europeo.

Le politiche europee degli ultimi anni sono state infatti caratterizzate dall'austerità, ovvero dalla soluzione peggiore che si potesse adottare in termini di giustizia sociale ed efficacia per tentare di far fronte alla crisi economica. La crescente cessione di sovranità da parte degli Stati non ha portato che alla costruzione di un grande mercato europeo, senza che questo fosse accompagnato da istituzioni formate e amministrare democraticamente. Temere che il tentativo di creare un'integrazione politica democratica europea fallisca nuovamente è dunque legittimo. Tuttavia Piketty ritiene che non vi sia altra soluzione che permetta una regolamentazione efficace del capitalismo patrimoniale globalizzato se non la creazione di una potenza pubblica continentale che risolva la problematica situazione del debito pubblico europeo, imponga un'imposta progressiva sul capitale e sui profitti aziendali e si assuma il compito di incrementare il modello sociale europeo.

Una condizione preliminare è tuttavia necessaria affinché le sue proposte possano realizzarsi: la trasparenza dei dati e delle notizie circa la ricchezza e la sua distribuzione. I rapporti ufficiali ignorano spesso, volontariamente, le statistiche relative alla fascia più alta della gerarchia reddituale, veicolando un'immagine distorta delle disuguaglianze. La base fondamentale per la realizzazione di un controllo democratico del capitale è l'informazione economica, accompagnata da un dibattito e una partecipazione pubblica alle decisioni per la costruzione di un governo democratico europeo.

Come sottolineato in precedenza, l'opera di Piketty ha suscitato un notevole interesse ed è al centro di un acceso dibattito sulla stampa economica internazionale.

La contestazione principale riguarda i presunti errori che la corposa mole di dati raccolta nel testo conterrebbe. In particolar modo si denunciano scorrettezze nella trascrizione delle fonti originali, formule errate e manipolazioni tali da inficiare la tesi centrale dell'autore: non vi sarebbero dati evidenti circa l'aumento della disuguaglianza nella distribuzione della ricchezza negli ultimi cinquant'anni (C. Giles,

*Piketty findings undercut by errors*, in *Financial Times*, 23-5-2014). Un'altra critica è riassunta nell'etichetta di "marxista soft" attribuita a Piketty, la cui opera, pur mascherando l'ideologia marxista anti capitalista dietro dati apparentemente neutri, non avrebbe altro scopo che quello di eliminare gli alti redditi delle classi più agiate. Simile sforzo di rovesciamento del libero mercato necessiterebbe di essere confutato, per evitare che si diffonda nella società l'idea di ridiscutere il modello economico e politico esistente (J. Pethokoukis, *The New Marxism*, in *National Review* online, 24-3-2014 e D. Shuchman, *Thomas Piketty Revives Marx for the 21st Century*, in *The Wall Street Journal*, 21-4-2014).

Sebbene la questione degli eventuali errori presenti nello scritto sia di estrema rilevanza, l'autore, oltre a sottolineare sin dal principio l'incompletezza e i limiti dei dati considerati a causa delle fonti imperfette e lacunose, ha risposto alle critiche fornendo adeguate spiegazioni.

L'aspetto più importante è costituito dal fatto che i numerosi attacchi al testo di Piketty non si basano affatto su argomenti che ne smantellino in maniera sistematica le tesi, poiché la tendenza alla crescita delle disuguaglianze sociali e di reddito è incontestabile ed è stata oggetto in passato di numerosi altri lavori. Il problema reale che quest'opera pone a coloro che desiderano preservare lo status quo è che essa demolisce il più vitale dei miti conservatori, quello meritocratico. Distruggere questa narrazione rende impossibile giustificare e difendere le grandi ricchezze e la struttura stessa sulla quale il capitalismo si regge (P. Krugman, *The Piketty Panic*, in *The New York Times*, 25-4-2014 e P. Krugman, *Is Piketty All Wrong?*, in *The New York Times*, 24-5-2014).

*Le capital au XXI<sup>e</sup> siècle* presenta dunque uno scenario che solleva nuove domande e offre, anche al giurista, interessanti spunti di riflessione. In questo senso, ritengo opportuni alcuni rilievi circa la situazione europea.

Innanzitutto l'architettura istituzionale europea, sin dalla sua origine, presenta un deficit democratico strutturale al quale nel corso degli anni non è stato posto rimedio in maniera articolata.

In secondo luogo, analizzando i contenuti fondamentali dei trattati sino ad ora adottati, emerge chiaramente il costante dominio del versante dell'economia rispetto al piano sociale. È sufficiente a questo proposito portare l'esempio della Carta dei

diritti fondamentali dell'Unione europea, adottata nel 2000. Sebbene essa rappresenti un importante passo verso la costruzione di un livello minimo di tutela dei diritti fondamentali nei confronti di tutti i cittadini europei, è da sottolineare quanto le sue prescrizioni siano minime rispetto, ad esempio, a quelle contenute nella nostra Costituzione, di molto antecedente. Nella Carta europea è inoltre chiaramente individuabile la volontà di subordinare il godimento dei diritti sociali alla garanzia di quelli economici. Ad esempio, se confrontiamo l'art. 16 della Carta con il corrispondente art. 41 della Costituzione italiana noteremo che, mentre la previsione europea si limita a riconoscere la libertà d'impresa, la nostra Costituzione sancisce specifiche restrizioni all'iniziativa economica privata, che non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale e la dignità umana ma deve al contrario essere indirizzata al perseguimento di fini sociali. Molte altre disposizioni della Carta comunitaria sono orientate in questo senso. Dunque, anche quando l'Unione europea si occupa in modo specifico dei diritti sociali e della persona umana, non viene eliminata la preminenza della tutela dei diritti economici.

Infine l'azione politica a livello comunitario è stata caratterizzata, negli anni immediatamente successivi alla crisi economica del 2007, da una tendenza fortemente conservatrice, cosa che ha messo in luce con maggior chiarezza la portata scarsamente democratica delle istituzioni europee e delle loro politiche. Si è assistito all'adozione di generalizzate misure di austerità senza alcun dibattito pubblico, ed esse non hanno portato che ad un forte rallentamento della crescita economica dell'area, oltre che ad uno smantellamento sistematico delle strutture di welfare nazionali mediante tagli incondizionati all'istruzione, alla sanità e alla previdenza. In numerosi Paesi europei, tra i quali l'Italia, il principio del pareggio di bilancio è stato inserito nella Costituzione, nonostante in un appello rivolto al Presidente degli Stati Uniti risalente al 2011 cinque premi Nobel per l'economia e altri illustri economisti avessero messo in guardia sul peggioramento della recessione che tale riforma avrebbe comportato. Inserire il pareggio di bilancio nella Carta Costituzionale significa cristallizzare il sistema regressivo presentato come necessario per affrontare la contingenza della crisi economica. Significa poi accettare di spostare la sede della programmazione economico-finanziaria negli organismi comunitari che non costituiscono istituzioni federali di un sistema democratico, ma unità di comando sovranazionale della finanza pubblica costituita da poteri

tecnocratici che utilizzano strumenti di influenza politica molto potenti: vigilanze preventive, azioni correttive e sanzioni. L'austerità è una precisa scelta di politica economica, e non un necessario e imprescindibile atto di responsabilità da parte degli Stati. La crisi economica è stata dunque utilizzata dalle forze che l'hanno creata come pretesto per rafforzare il proprio potere ed estendere la propria sfera di influenza riuscendo nel contempo a trasformare il debito privato di banche e imprese in crisi in debito pubblico mediante i salvataggi.

È sufficiente richiamare alcuni avvenimenti relativi alla crisi del debito greco per confermare quanto affermato e mettere in luce il fatto che i costi della crisi economica siano stati sopportati esclusivamente da coloro che non hanno contribuito a determinarla. Per evitare il rischio di bancarotta e di contagio degli altri Stati della zona euro, le istituzioni della cosiddetta "troika" hanno sottoscritto un prestito condizionato all'adozione di tagli alla spesa pubblica per trenta miliardi di euro in tre anni da parte del governo greco. Ciò si è tradotto in una netta riduzione di pensioni, indennità di licenziamento e salari pubblici. Quando il governo ritenne che il nuovo piano di salvataggio per ottenere ulteriori aiuti, che avrebbe comportato tagli alla spesa ancora più consistenti, dovesse essere sottoposto a referendum popolare, le istituzioni europee insorsero, minacciando la Grecia di sospendere gli aiuti economici. Il governo fu costretto alle dimissioni e venne sostituito da un governo di unità nazionale guidato da Lucas Papademos, ex governatore della Banca di Grecia ed ex vicepresidente della Banca centrale europea. Lo stesso meccanismo di sostituzione è stato adottato anche in Italia con la nomina a Presidente del consiglio di Mario Monti nel 2011.

La scelta dell'austerità, effettuata in luoghi lontani dai cittadini e imposta dall'alto, è dunque ricca di implicazioni per i diritti e la democrazia perché comporta nuovi tagli alla spesa sociale, rilancio delle privatizzazioni, politiche monetarie e fiscali favorevoli alle imprese e non ai lavoratori, licenziamenti, precarietà e riduzione dei salari, consolidamento e ampliamento delle diseguaglianze sociali. Le misure adottate per contrastare la crisi, in realtà volte a salvaguardare le strutture che l'avevano causata, hanno avuto come conseguenza l'allargamento del debito pubblico. Per salvare le istituzioni finanziarie sono stati infatti impiegati a livello mondiale, nei primi tre anni di crisi, tra i dodici e i quindici trilioni di dollari ed è

stato stimato che questa cifra potrebbe raggiungere i 25 - 30 trilioni (Luciano Gallino, *Finanzcapitalismo*, Torino, Einaudi, 2011, 68 ss.). Questo denaro avrebbe potuto essere impiegato altrimenti, migliorando le condizioni di vita di tutta quella fascia di popolazione che sta invece pagando le conseguenze della crisi. La crisi economica, dato il modello economico di sviluppo che l'ha creata e la volontarietà delle misure adottate che hanno incrementato le diseguaglianze, sarebbe forse più correttamente delineabile come un'ingiustizia sociale deliberata.

In una prospettiva di questo genere la proposta di Piketty di creare un'unione politica europea che dia nuovo ossigeno al progetto federale dei padri fondatori per porre il capitalismo sotto controllo democratico è, per quanto condivisibile, estremamente improbabile. Gli avvenimenti degli ultimi anni mettono in luce un profondo distacco tra la base popolare sovrana e i gestori delle dinamiche economico-sociali globali e ciò comporta una torsione in senso oligarchico delle nostre democrazie. È dunque prioritario ritrovare i nodi di connessione tra le due sfere e creare nuovi strumenti per un rinnovato vincolo di rappresentanza.

Per fare questo non è tuttavia sufficiente, a mio avviso, apportare i correttivi al modello economico neoliberista proposti da Piketty, poiché il capitalismo è rafforzato dalla tendenza oligarchica internazionale e dallo stretto legame (a volte vera identificazione) con le strutture politiche.

È invece essenziale considerare finalmente la possibilità di cambiare modello di sviluppo economico e sociale, partendo dalla constatazione che il capitalismo non sia sempre in sintonia con il paradigma democratico. Certo, questo presuppone un mutamento di coscienza collettivo e una presa di consapevolezza circa il ruolo di ciascuno nella complessità del sistema. Si tratta di un percorso molto difficile.

Mediante il voluminoso apporto di dati e la profondità storica del suo lavoro, unita ad un distacco dalle speculazioni puramente teoriche che caratterizzano frequentemente la sua disciplina, Piketty compie un passo fondamentale per informare ed aprire un dibattito in questo senso.

Come egli stesso sottolinea nelle ultime righe della sua opera *«tous les citoyens devraient s'intéresser sérieusement à l'argent, à sa mesure, aux faits et aux évolutions qui l'entourent. Ceux qui en détiennent beaucoup n'oublient jamais de défendre leurs intérêts. Le refus de compter fait rarement le jeu des plus pauvres»* (p. 950).

Il suo appello è in attesa di risposta.





ISSN 2037-6677

2014/3

## The ECJ rules out the “Frattini” Directive on the conservation of phone traffic data

### La Corte di Giustizia UE annulla la Direttiva “Frattini” sulla conservazione dei dati del traffico telefonico

Giuseppe Piluso

Right to privacy - public interest - criminal procedure rules



## La Corte di Giustizia UE annulla la Direttiva “Frattini” sulla conservazione dei dati del traffico telefonico

di Giuseppe Piluso

Con la sentenza resa dalla Corte di Giustizia Europea in data 8-4-2014 nelle cause riunite C-293/12 e C-594/12 i giudici di Lussemburgo intervengono sulla direttiva 2006/24/CE in materia di conservazione dei dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione per dichiararla invalida. La direttiva 2006/24/CE si inserisce in un quadro normativo in cui erano già presenti la Direttiva 95/46/CE del 24 ottobre 1995, concernente la tutela delle persone fisiche con riguardo al trattamento dei dati personali nonché alla libera circolazione di tali dati, e la Direttiva 2002/58/CE del 12 luglio 2002 sul trattamento dei dati personali e tutela della vita privata nel settore delle comunicazioni elettroniche. Quest'ultima ha subito l'intervento di modifica dalla Direttiva 2006/24/CE, oggetto di sindacato della Corte, per conseguire una maggiore armonizzazione delle legislazioni degli Stati membri in materia di conservazione dei dati inerenti i servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di una rete pubblica di comunicazione «allo scopo di garantirne la disponibilità ai fini di indagine, accertamento e perseguimento di reati gravi, quali definiti da ciascuno Stato membro nella propria legislazione nazionale». Con la sentenza che si intende analizzare nel presente articolo, la Corte

interviene, pertanto, in un contesto normativo complesso in cui la tutela dei diritti fondamentali, come ad esempio il diritto al rispetto della vita privata e della corrispondenza, si intreccia con altrettanti valori, costituiti dalla sicurezza pubblica o la prevenzione, indagine, accertamento e perseguimento dei reati. La Corte, come si vedrà più avanti, non limita il proprio intervento a una mera dichiarazione di prevalenza di un valore rispetto ad un altro, come potrebbe apparire ad una lettura superficiale, ma dà luogo ad una vera e propria attività ermeneutica volta a verificare il rispetto del fondamentale principio di necessità e proporzionalità, in grado di contemperare i valori in campo (su tale principio cfr. A.M. Maugeri, *Il principio di proporzionalità nelle scelte punitive del legislatore europeo: l'alternativa delle sanzioni amministrative comunitarie*, in AA.VV. (cur.), *L'evoluzione del diritto penale nei settori d'interesse europeo alla luce del Trattato di Lisbona*, Giuffrè, Milano, 2011; D.U. Galetta, *La proporzionalità quale principio generale dell'ordinamento*, in *Giorn. dir. amm.*, 2006, 1107 ss.; C. Cattabriga, *Il Protocollo sull'applicazione dei principi di sussidiarietà e di proporzionalità*, in *Dir. un. eur.*, 1998, 361 ss.; E. D'Alessandro, *Principio di proporzionalità comunitaria e rinvio pregiudiziale alla Corte di giustizia*, in *Giust. civ.*, 1997, 2521 ss.). Solo all'esito di questa verifica la Corte giunge ad un giudizio dichiarativo dell'invalidità della direttiva.

La pronuncia in oggetto nasce dalla riunione in un unico giudizio della cause C-293/12 e C-594/12. Nel primo procedimento la *Digital Rights Ireland LTD* sollevava, dinanzi alla *High Court* irlandese, l'illegittimità delle misure amministrative e legislative nazionali sulla conservazione dei dati e sosteneva, in particolare, l'invalidità della Direttiva 2006/24/CE del Parlamento Europeo e del Consiglio del 15 marzo 2006. La *High Court*, non potendo definire la controversia in esame, sospendeva il giudizio sollevando questione pregiudiziale di fronte la Corte di Giustizia. In tale sede, si lamentava il contrasto della Direttiva con l'art. 5 par. 4 T.U.E. in quanto non proporzionata, non necessaria e non adeguata nel perseguire gli obiettivi di conservazione dei dati «ai fini di indagine, accertamento e perseguimento di reati gravi» e nel garantire il corretto funzionamento del mercato interno dell'Unione europea. Inoltre, si chiedeva se la direttiva fosse compatibile con la libertà di circolazione e soggiorno dei cittadini *ex art. 21 TFUE*, il diritto al rispetto della vita privata *ex art. 7* della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea e art. 8 della Convenzione Europea dei diritti dell'uomo, il diritto alla protezione dei dati di carattere personale *ex art. 8* della Carta di Nizza, il diritto alla

libera espressione *ex art.* 11 della Carta di Nizza e 10 della Convenzione europea dei diritti dell'uomo e il diritto ad una buona amministrazione *ex art.* 41 della Carta di Nizza. Si richiedeva, inoltre, alla Corte di stabilire in che misura il giudice nazionale potesse risolvere, sulla base del principio di leale collaborazione di cui all'art. 4, par. 3, TUE, la compatibilità delle misure nazionali volte a trasporre la direttiva 2006/24/CE con le garanzie previste dalla Carta di Nizza.

Nella seconda causa C-594/12, la Corte Costituzionale austriaca, investita della questione inerente la validità dell'art. 102 bis della legge sulle telecomunicazioni per contrasto con il diritto fondamentale dei privati alla protezione dei propri dati, sospendeva il procedimento sollevando questione pregiudiziale dinanzi alla Corte di Giustizia. I dubbi interpretativi sollevati dalla Corte austriaca, che saranno poi in gran parte accolti dai giudici di Lussemburgo, afferivano alla compatibilità della direttiva con le norme della Carta di Nizza nella misura in cui era prevista la conservazione di una quantità piuttosto ampia di dati e un numero elevato dei soggetti interessati. Ulteriori questioni attenevano all'idoneità della direttiva a raggiungere gli obiettivi da essa perseguiti e la proporzionalità circa l'incidenza sui diritti fondamentali sanciti, in particolare, dagli art. 7, 8 e 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Come detto in precedenza, la Corte di giustizia ha riunito in un unico procedimento i due rinvii pregiudiziali ritenendo che nella sostanza i due ricorsi potessero essere valutati congiuntamente, perché aventi ad oggetto la validità della direttiva 2006/24 alla luce degli articoli 7, 8 e 11 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea.

Nella trattazione della causa, la Corte di Giustizia esamina alcuni nodi problematici prima di giungere alla dichiarazione di invalidità della direttiva. La prima questione affrontata consiste nel verificare se la conservazione dei dati del traffico telefonico possa costituire una forma di ingerenza nei diritti fondamentali sanciti dagli art. 7, 8 e 11 della Carta dei diritti fondamentali.

I dati in questione sono quelli previsti all'art. 5 della Direttiva e cioè quelli necessari per rintracciare e identificare la fonte di una comunicazione e la destinazione della stessa, per stabilire la data, l'ora, la durata e il tipo di una comunicazione, le attrezzature di comunicazione degli utenti, nonché per

determinare l'ubicazione delle apparecchiature di comunicazione mobile. Con tali dati è possibile, inoltre, identificare il nome e l'indirizzo dell'abbonato o dell'utente registrato, il numero telefonico chiamante e quello chiamato, un indirizzo IP per i servizi internet e, in particolare, quale sia la persona con la quale un abbonato o un utente registrato ha comunicato e con quale mezzo, oltre al tempo e al luogo di comunicazione. Infine, è possibile conoscere la frequenza delle comunicazioni dell'abbonato o dell'utente registrato con talune persone nel corso di un determinato periodo.

La conservazione dei dati sopramenzionati consente di ottenere informazioni sull'utilizzo dei mezzi di comunicazione in grado di rivelare ad esempio le abitudini quotidiane, le relazioni sociali, gli ambienti frequentati, gli spostamenti, le attività svolte e, in sostanza, le modalità di esercizio della libertà di espressione sancita dall'art. 11 della Carta.

Il diritto al rispetto della vita privata sancito dall'art. 7 della Carta subisce un'ingerenza – secondo il giudice europeo - per effetto dell'obbligo imposto, dagli artt. 3 e 6 della Direttiva, ai fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione elettronica, di conservare per un periodo (non inferiore a sei mesi e non superiore a due anni dalla data della comunicazione) i dati indicati all'art. 5 relativi alla vita privata di una persona e alle sue comunicazioni.

Parimenti, agli art. 4 e 8 della direttiva sono previste regole relative all'accesso ai dati da parte delle Autorità nazionali competenti dando luogo ad una interferenza con i diritti garantiti dalla Carta.

Tale conservazione e accesso ai dati incide anche sull'art. 8 della Carta relativo al diritto alla protezione dei dati di carattere personale.

In aderenza con quanto affermato dall'Avvocato generale, la Corte osserva che l'ingerenza perpetrata dalla direttiva 2006/24 sui diritti fondamentali è «di vasta portata e va considerata particolarmente grave». Inoltre, secondo la Corte, la conservazione dei dati e l'utilizzo ulteriore degli stessi senza che ne sia a conoscenza l'abbonato o l'utente registrato «può ingenerare nelle persone interessate, come rilevato dall'avvocato generale, la sensazione che la loro vita privata sia oggetto di costante sorveglianza».

Dopo aver verificato l'incidenza sui diritti fondamentali, la Corte analizza quale sia lo scopo perseguito dalla Direttiva 2006/24 e se esso risponda ad un obiettivo di interesse generale. Sebbene l'intento formale sia quello di armonizzare le legislazioni dei vari Paesi, il contenuto sostanziale è quello di contribuire alla lotta contro la criminalità grave e, di conseguenza, al mantenimento della sicurezza pubblica. Tale affermazione è suffragata - nel ragionamento della Corte - dal richiamo alla giurisprudenza pregressa che individua come obiettivo di interesse generale dell'Unione la lotta contro il terrorismo internazionale finalizzata al mantenimento della pace e della sicurezza internazionale e al considerando 7 della Direttiva 2006/24 che individua l'obiettivo nella prevenzione dei reati e nella lotta contro la criminalità, in particolare della criminalità organizzata. Nello stesso senso la stessa Carta dei Diritti fondamentali che stabilisce all'art. 6 il diritto di ogni persona non solo alla libertà ma altresì alla sicurezza.

Accertato che la conservazione dei dati risponde ad un interesse generale, la Corte prosegue la sua analisi verificando se l'ingerenza sui diritti individuali sia proporzionale rispetto all'obiettivo perseguito secondo quanto previsto dall'art. 52 della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione Europea. Solo in questo caso la Direttiva sarebbe legittima.

Il principio di proporzionalità si realizza quando gli atti delle istituzioni dell'Unione europea siano idonei a realizzare gli obiettivi legittimi perseguiti dalla normativa e non superino i limiti di ciò che sia idoneo e necessario al conseguimento degli obiettivi stessi (cfr. G. Ligugnana, *Principio di Proporzionalità e integrazione tra ordinamenti*, in *Riv. It. dir. Pubbl. comunit.*, 2011, p. 447 e ss. L'Autore osserva che tale criterio, così come elaborato nella giurisprudenza dell'ordinamento tedesco, prevede invece tre distinti giudizi: 1) necessarietà; 2) idoneità e 3) proporzionalità in senso stretto).

Nel caso di specie rileva il settore della protezione dei dati personali sotto il profilo del diritto fondamentale al rispetto della vita privata e di conseguenza «il potere discrezionale del legislatore dell'Unione risulta ridotto» ed è necessario procedere «ad un controllo stretto».

Per quel che riguarda la idoneità a perseguire il fine della sicurezza pubblica e la lotta al terrorismo, la Corte ritiene che la conservazione dei dati sia una misura

idonea di per sé a raggiungere l'obiettivo perseguito dalla direttiva. Tuttavia occorre verificare anche il carattere necessario della conservazione dei dati per la lotta contro la criminalità organizzata e il terrorismo. Tale finalità «per quanto fondamentale, non può di per sé giustificare» – a detta dei giudici - «il fatto che una misura di conservazione, come quella istituita dalla direttiva 2006/24, sia considerata necessaria ai fini della suddetta lotta».

In tal senso, richiamando un'importante pronuncia (Cfr. Corte di Giustizia, Causa C-473/12 *Institut professionnel des agents immobiliers* (IPI), 07 Novembre 2013 in curia.europa.eu), la Corte ha evidenziato che la protezione del diritto fondamentale del rispetto della vita privata richiede che «le deroghe e le restrizioni debbano operare entro i limiti dello stretto necessario». In questo modo, la protezione dei dati personali sancita all'art. 8 della Carta dei diritti fondamentali dell'UE, assume una particolare rilevanza per il diritto al rispetto della vita privata previsto all'art. 7 della stessa. Di conseguenza, la normativa dell'Unione volta a combattere il terrorismo e garantire la sicurezza deve prevedere norme chiare e precise sulla conservazione dei dati, in modo che i titolari dei dati abbiano «garanzie sufficienti» contro il «rischio di abusi nonché contro eventuali accessi e usi illeciti» dei dati. Tali garanzie sono doverose allorché i dati personali siano soggetti, come nel caso *de quo*, a trattamento automatico ed esista un rischio considerevole di accesso illecito ai dati stessi.

Nel valutare, pertanto, se l'ingerenza prodotta sui diritti fondamentali sia limitata allo «stretto necessario», la Corte effettua una pluralità di osservazioni.

In primo luogo, fa richiamo all'art. 3 della direttiva, in combinato disposto con l'articolo 5 par. 1 della stessa, che dispone la conservazione di “tutti i dati” riguardanti il traffico di telefonia fissa, telefonia mobile, accesso ad internet, posta elettronica su Internet nonché la telefonia via internet. In questo modo, la conservazione concerne tutti i mezzi di comunicazione elettronica comportando l'ingerenza nei diritti fondamentali della quasi totalità della popolazione europea. Infatti – prosegue la Corte- la direttiva 2006/24 interviene in modo generale su «qualsiasi persona e qualsiasi mezzo di comunicazione elettronica» senza che le persone i cui dati vengono conservati si trovino in una situazione suscettibile di dar luogo ad indagini penali. Non è richiesta, pertanto, la presenza di indizi di reati in capo alle persone titolari dei dati conservati, né sono previste deroghe con riguardo

alla popolazione controllata, applicandosi anche a persone le cui comunicazioni sono soggette al segreto professionale. Nonostante l'obiettivo perseguito dalla direttiva sia quello della lotta contro la criminalità grave, non è prevista alcuna relazione tra i dati conservati e il rischio per la sicurezza pubblica. In particolare, non sono presenti limitazioni nella conservazione dei dati con riferimento ad un determinato periodo di tempo, un'area geografica determinata, una cerchia di persone che possano essere coinvolte in un reato grave o che siano rilevanti per la prevenzione, l'accertamento, il perseguimento di reati gravi.

Oltre a non aver previsto limiti, la direttiva 2006/24 non indica alcun criterio oggettivo che delimiti l'accesso e l'uso dei dati da parte delle autorità nazionali deputate alla prevenzione o l'accertamento dei reati gravi. La direttiva non contiene, infatti, le condizioni sostanziali e procedurali per l'accesso e uso dei dati, limitandosi a prevedere che siano gli Stati nazionali a definire le condizioni da rispettare in conformità ai criteri di necessità e proporzionalità. E' da aggiungere l'assenza di un criterio che permetta di limitare il numero di persone munite di autorizzazione di accesso e di uso dei dati a quanto strettamente necessario e di un previo controllo effettuato da un giudice o da altra autorità amministrativa che limiti l'accesso e l'uso. Per di più, la direttiva non vincola in modo preciso gli Stati a prevedere simili limitazioni.

Anche sul piano della durata della conservazione dei dati non è previsto un criterio oggettivo che la delimiti allo stretto necessario.

Per quanto concerne, infine, la sicurezza e la protezione dei dati custoditi dai fornitori di servizi di comunicazione elettronica accessibili al pubblico o di reti pubbliche di comunicazione, la direttiva 2006/24 determina anche un'ingerenza nel diritto fondamentale dell'art. 8 della Carta. Non è prevista una protezione efficace dei dati conservati contro i rischi di abuso, nonché contro eventuali accessi e usi illeciti. Infatti, l'articolo 7 della direttiva 2006/24 in combinato disposto con gli articoli 4, par. 1, della direttiva 2002/58 e 17, par. 1, secondo comma, della direttiva 95/46, non impone ai fornitori un livello elevato di sicurezza e protezione attraverso misure tecniche e organizzative. Inoltre, non è garantita la distruzione dei dati al termine della durata consentita, né la conservazione sul territorio dell'Unione, né il



controllo da parte di un'autorità indipendente esplicitamente richiesto dall'art. 8 par. 3 della Carta.

La Corte di Giustizia, al termine delle considerazioni fin qui esaminate, constatando la violazione dei limiti imposti dal principio di proporzionalità, dichiara invalida la direttiva 2006/24 alla luce degli art. 7, 8 e 52 della Carta.

Per questi motivi, non affronta l'ulteriore profilo di validità della direttiva alla luce dell'art. 11 della Carta.

L'intervento della Corte di Giustizia costituisce sicuramente un ineludibile punto di svolta nel livello di tutela dei diritti fondamentali dei cittadini europei (in tal senso A. Cisterna, *Data retention: annullata la direttiva "Frattini" sulla conservazione dei dati del traffico telefonico*, in *Guida dir.*, XXI, 2014, p. 93-97 che ha definito questa pronuncia «una svolta epocale»). Con questa sentenza, i Giudici europei intervengono in modo deciso sul tema del diritto alla riservatezza e protezione dei dati personali richiedendo al legislatore sovranazionale di evitare ingerenze che non risultino indispensabili per il perseguimento di finalità di interesse generale (sul diritto alla riservatezza cfr. A. Di Majo, *Il trattamento dei dati personali tra diritto sostanziale e modelli di tutela*, in *La tutela civile dei diritti*, Milano, Giuffrè, 2001, p. 409 e ss.; G. Buttarelli, *Banche dati e tutela della riservatezza. La privacy nella società dell'informazione. Commento analitico alle leggi 31 dicembre 1996, nn. 675 e 676 in materia di trattamento dei dati personali e alla normativa comunitaria ed internazionale*, Milano, Giuffrè, 1997; L. Ferola, *Riservatezza, oblio, contestualizzazione: come è mutata l'identità personale nell'era di Internet*, in F. Pizzetti, *Il caso del diritto all'oblio*, Torino, Giappichelli, 2013, p. 173 ss; L.L. Weinreb, *The right to privacy*, in AA.VV., *The right to privacy*, Cambridge University press, 2010 p. 25-27). La Corte conferma la posizione manifestata dalla Commissione europea nel 2011, in occasione della valutazione sull'attuazione della direttiva comunitaria e dell'Avvocato generale *Cruz Villalòn* nelle sue conclusioni, concordi nel rilevare i profili di criticità che la norma europea mostra nel bilanciamento con i diritti fondamentali.

Il diritto al rispetto della vita privata e il diritto alla protezione dei dati di carattere personale sono stati, infatti, considerati un obiettivo primario per l'Unione sin dall'approvazione del Programma di Stoccolma e del successivo Piano di azione (sul punto cfr. Consiglio europeo, Programma di Stoccolma - Un'Europa aperta e

sicura al servizio e a tutela dei cittadini, in GUUE C 115, 4 maggio 2010. Nel Programma di Stoccolma si afferma che «l'Unione deve garantire una strategia globale in materia di protezione dei dati all'interno dell'Unione e nell'ambito delle relazioni con i paesi terzi»). Essi, tuttavia, non trovavano in questi documenti una tutela piena, perché ancorati a strumenti non vincolanti per le politiche dell'Unione. Con l'entrata in vigore del Trattato di Lisbona il diritto alla protezione dei dati personali ha, invece, ottenuto piena realizzazione. Nell'art. 6 si è inteso, infatti, riconoscere valore giuridicamente vincolante alla Carta dei diritti fondamentali approvata a Nizza il 7 dicembre del 2000. Quest'ultima è stata assimilata alle norme di natura convenzionale contenute nei Trattati istitutivi e di funzionamento dell'Unione Europea comportando una maggiore tutela per i diritti fondamentali (Cfr. R. Lattanzi, *Diritto alla protezione dei dati di carattere personale*, in AA.VV., *Diritto alla privacy e trattamento automatizzato dei dati fra diritto civile, diritto penale e diritto internazionale ed europeo*, in [www.cde.unict.it](http://www.cde.unict.it). L'Autore osserva che «con la Carta siglata a Nizza il 7 dicembre 2000, specie a seguito del Trattato di Lisbona che alla medesima ha riconosciuto pieno valore giuridico, ha così trovato formale compimento a livello europeo non solo il processo di costituzionalizzazione del diritto alla protezione dei dati personali, nel solco di quanto già accaduto in alcune Costituzioni nazionali e con l'ispirazione di interventi autorevoli da parte di alcune Corti costituzionali, ma anche il percorso di sua autonomizzazione rispetto ad altre situazioni giuridiche soggettive, in particolare al diritto alla tutela della vita privata»). Per comprendere l'intervento della Corte occorre, quindi, prestare attenzione alle norme contenute nella Carta di Nizza e, in particolare, agli articoli 7 e 8 (Cfr. S. Rodotà, *The Charter of Fundamental Rights*, in *ZSR*, 2001, 7 ss; A. Barbera, *La Carta europea dei diritti e la Costituzione italiana*, in AA.VV., *La libertà e i diritti nella prospettiva europea*, Padova, Cedam, 2002, 117 ss). Sebbene la Direttiva sia invalida rispetto ad entrambi, occorre puntualizzare i rispettivi ambiti di applicazione. L'art. 7 della Carta di Nizza tutela il diritto al rispetto della vita privata e della vita familiare e bisogna distinguerlo dall'art. 8 che disciplina invece il diritto alla protezione dei dati di carattere personale. Richiamando quanto affermato nelle conclusioni dell'Avvocato generale, «posto che la sfera privata costituisce il nocciolo della sfera personale» (Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale P. Cruz Villalón, causa C-293/12, par. 61, in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)), una normativa che restringa il diritto alla

protezione dei dati di carattere personale in conformità all'articolo 8 della Carta potrà nondimeno arrecare una lesione sproporzionata dell'art. 7 della Carta. Se da una parte può ritenersi che il diritto alla protezione dei dati di carattere personale si fondi sul diritto al rispetto della vita privata a tal punto da far ritenere alla Corte di Giustizia nel caso *Volker und Markus Schecke e Eifert* (Cfr. Corte di Giustizia C-92/09, 9-11-2010, in curia.europa.eu) la sussistenza di un «diritto alla vita privata con riguardo al trattamento dei dati personali», dall'altra non si può ritenere che tali diritti siano sempre strettamente collegati. L'Avvocato Generale P. Cruz Villalón ha, infatti, evidenziato che «il legame che unisce tali due diritti dipende essenzialmente dalla natura dei dati considerati» (Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale P. Cruz Villalón, causa C-293/12, par. 63, in curia.europa.eu). Occorre, pertanto, distinguere tra dati di carattere personale che si riferiscono alla persona in quanto tale e che hanno carattere neutro per i quali opera la protezione dell'art. 8 e dati che, invece, non sono solo personali ma si riferiscono anche alla vita privata, alla riservatezza, compresa la sfera intima. Ed è quest'ultima ipotesi quella che ha riguardato l'intervento della sentenza della Corte di Giustizia. Infatti, come affermano i giudici, il trattamento di tali dati, compresa la loro archiviazione, consente di trarre conclusioni molto precise riguardo alla vita privata dei cittadini europei come le abitudini quotidiane, i luoghi di soggiorno permanente o temporaneo, gli spostamenti giornalieri e non, le attività svolte, le relazioni sociali di queste persone e gli ambienti sociali da esse frequentati. Circostanze della vita privata che inevitabilmente ricadono nella tutela sancita anche dall'art. 7 della Carta di Nizza. In questo modo, la Corte delinea un diritto alla riservatezza che non è più solo un diritto «negativo» di stampo liberale ma un diritto «positivo» che consente a ciascun cittadino europeo di verificare l'uso che si faccia delle informazioni personali affinché venga limitato laddove interferisca con la propria sfera giuridica (In questo senso si esprime R.G. Frey, *Privacy, control and talk of rights*, in AA.VV., *The right to privacy*, Cambridge University Press, 2010, p. 45 ss. Per approfondimenti cfr. S. Rodotà, *Tecnologie e diritti*, Bologna, Il Mulino, 1995, p. 102; M.B. Magro, *Internet e Privacy. L'utente consumatore e modelli di tutela penale della riservatezza*, in *IndP*, 2005, 3, p. 961 ss.)

Pur tuttavia, non può negarsi che il diritto alla riservatezza si confronti spesso con un interesse altrettanto importante come quello alla sicurezza pubblica.

L'utilizzo sempre più diffuso delle nuove tecnologie e la necessità di proteggersi dagli attacchi terroristici in seguito ai fatti dell'11 settembre hanno incrementato le possibilità di ingerenza nei diritti fondamentali (in tal senso cfr. C. Sbailò, *Carl Schmitt alla Casa Bianca. La dottrina Bush-Obama sullo stato di emergenza e i nuovi equilibri tra i poteri negli Stati Uniti*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it)). L'Autore affronta «la problematicità dell'odierna democrazia costituzionale con riferimento allo spinoso problema del rapporto tra sicurezza e libertà di fronte alla nuova “sintassi” del terrore». Nello svolgere un'accurata analisi delle scelte adottate dopo i fatti dell'undici settembre l'Autore chiarisce che nei sistemi occidentali si assiste ad una sorta di «stabilizzazione dello stato di eccezione giustificata dalla messa in discussione del fondamento stesso dello Stato di diritto»). Per questi motivi la Corte di Giustizia interviene, alla luce del principio di proporzionalità, non impedendo *ex se* la conservazione dei dati ma indicando, piuttosto, le modalità che determinino un minore sacrificio per i diritti fondamentali. In tal modo, i giudici proseguono sulla via tracciata dalle pronunce del 2013 (Cfr. CGUE, 26-2-2013, *Aklagaren c. Hans Akerberg Fransson*, causa C-617/10; CGUE, Grande Sezione, 26-2-2013, *Melloni*, causa C-399/11.) che avevano visto la Corte di Giustizia quale garante dei diritti fondamentali nel rispetto dei principi di necessità e proporzionalità. Di particolare rilievo appare anche il richiamo da parte dei Giudici di Lussemburgo alla giurisprudenza della Corte europea dei Diritti dell'uomo, alimentando in questo modo quel «dialogo tra le corti» in grado di realizzare «un alto standard di rispetto di diritti e libertà fondamentali» (sul punto cfr. A. Tizzano, *Introduzione alla sessione: La tutela dei diritti nell'Unione europea*, in N. Parisi, V. Petralia (cur.), *L'Unione europea dopo il Trattato di Lisbona*, Torino, Giappichelli, 2010, p. 161 ss.; U. Villani, *La cooperazione tra i giudici nazionali, la Corte di giustizia dell'Unione europea e la Corte europea dei diritti dell'uomo*, in M. Fragola (cur.), *La cooperazione fra Corti in Europa nella tutela dei diritti dell'uomo*, Atti del Convegno interinale SIDI, Cosenza, 12-4-2010, Napoli, Editoriale Scientifica, 2012; O. Pollicino, *Internet nella giurisprudenza delle Corti europee: prove di dialogo?*, in [www.forumcostituzionale.it](http://www.forumcostituzionale.it) . A. Ruggeri, “Dialogo” tra le Corti e tecniche decisorie, a tutela dei diritti fondamentali, in [www.diritticomparati.it](http://www.diritticomparati.it); AA.VV., *Dialogo tra corti e principio di proporzionalità*, Padova, Cedam, 2013; V. De Michele, *Il dialogo tra Corte di giustizia, Corte europea dei diritti dell'uomo, Corte costituzionale e Corte di Cassazione sulla tutela effettiva dei diritti fondamentali dei lavoratori a termine: la sentenza Carratù-Papalia*

della Corte del Lussemburgo, [www.cde.unict.it](http://www.cde.unict.it)). Come ha chiarito recentemente autorevole dottrina è, infatti, proprio nella giurisprudenza delle Corti europee che emergono «taluni aspetti di inadeguatezza rispetto agli standard richiesti tanto dalla Convenzione europea dei diritti dell'uomo quanto dalle fonti che nell'Unione europea con essa concorrono nella tutela del diritto» alla riservatezza (Cfr. N. Parisi, *I principi fondanti la circolazione internazionale delle informazioni nello spazio di libertà, sicurezza e giustizia: a proposito della cooperazione fra le autorità nazionali ed europee incaricate dell'applicazione della legge* in AA.VV., *Diritto alla privacy e trattamento*, cit.). L'Autore chiarisce che gli orientamenti della Corte di Strasburgo e della Corte di Lussemburgo in materia di tutela della riservatezza non possono che essere concordi «dal momento che, ai sensi della Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea, quando essa contenga diritti corrispondenti a quelli garantiti dalla Convenzione di salvaguardia il significato e la portata degli stessi sono uguali»). La strada da perseguire è tracciata dalla Corte che, oltre ad indicare i requisiti per una conservazione dei dati conforme ai principi di proporzionalità, afferma l'esigenza di un organo giurisdizionale o di un'autorità amministrativa indipendente che possa controllare sia la raccolta che l'uso dei dati nel rispetto delle finalità previste dalla legge. In questo modo, la Corte ha inteso stigmatizzare la scelta del legislatore dell'Unione di rimettere agli Stati membri le modalità di contemperamento dei diritti fondamentali con le istanze di sicurezza pubblica.

L'esigenza di una piena tutela del diritto alla riservatezza dei dati è, infatti, oggi ancor più rilevante per effetto dell'art. 16 del Trattato sul Funzionamento dell'Unione europea che consente agli organi comunitari di adottare gli atti necessari per l'adeguata tutela dei dati di carattere personale. In tal senso, si pone la proposta di nuovo Regolamento europeo in materia di privacy che stenta, tuttavia, a essere approvata. La ragione di tale difficoltà deriva dall'esigenza di far fronte agli interessi dei ventotto Paesi membri con legislazioni diverse (Cfr. E. Colombo, *"Data Retention" e Corte di Giustizia: Riflessioni a prima lettura sulla declaratoria di invalidità della direttiva 2006/24/CE*", in *Cassazione penale*, 7-8, 2014, 2705 e ss.). L'assenza di tale Regolamento europeo rimette ancora agli Stati membri l'onere di adeguare la disciplina della conservazione dei dati ai diritti della persona, seppur sulla base delle indicazioni fornite dalla Corte. L'intervento della Corte ha, infatti, prodotto inevitabili riflessi sul versante delle normative nazionali, attuative della Direttiva,

anche perché gli effetti della sentenza si sono sostanziati nella dichiarazione di invalidità con decorrenza *ex tunc*. I Giudici si sono discostati dalle conclusioni dell'Avvocato Generale (Cfr. Conclusioni dell'Avvocato Generale P. Cruz Villalón, causa C-293/12, par.158, in [curia.europa.eu](http://curia.europa.eu)) che propugnava, invece, per una sospensione degli effetti della sentenza consentendo, in questo modo, al legislatore dell'Unione di adottare le misure necessarie per porre rimedio all'invalidità accertata «entro un lasso di tempo ragionevole». La ragione di tale intervento così radicale è stata, da taluni, rintracciata nell'esigenza di far fronte ad una invalidità particolarmente grave e nella conseguente pressione che una tale pronuncia inevitabilmente produce sulle istituzioni europee (Cfr. M. Messina, *La Corte di giustizia Ue si pronuncia sulla proporzionalità delle misure in materia di conservazione di dati generati o trattati nell'ambito della fornitura di servizi di comunicazione elettronica e ne dichiara la loro invalidità*, in *Ordine Internazionale e diritti umani*, 2014, p. 396 e ss ). E' possibile, pertanto, notare come il ruolo della Corte di Giustizia sia sempre più quello di «controllore del rispetto dei diritti umani» da parte del Legislatore europeo fungendo, alla stessa stregua delle Corti Costituzionali, da garante dei diritti fondamentali.

L'intervento della Corte di Giustizia si pone, infatti, a conclusione di un percorso volto a riequilibrare i valori in gioco: da una parte, le esigenze di sicurezza che hanno determinato negli ultimi anni la realizzazione di uno “Stato di eccezione” e, dall'altra, la tutela dei diritti fondamentali, principio cardine di ogni democrazia. E' possibile, pertanto, ritenere che il riconoscimento del diritto alla vita personale e alla protezione dei dati riconosciuti nella Carta di Nizza avranno effettiva realizzazione solo se inseriti in una strategia globale di protezione dei dati che assicuri l'adeguato contemperamento della tutela dei diritti umani con l'esercizio dei pubblici poteri.



ISSN 2037-6677

2014/3

***Ne bis in idem*: combined penalties according to the  
Strasbourg Court**

***Ne bis in idem*: il concorso di sanzioni secondo  
Strasburgo**

**Daniele Paolanti**

Fair trial - criminal sanction (definition) - administrative sanction



## *Ne bis in idem*: il concorso di sanzioni secondo Strasburgo

di Daniele Paolanti

1. – Oggetto della pronuncia della Corte è la presunta violazione dell'art. 6 § 1 CEDU (diritto ad un equo processo entro un termine ragionevole), nonché dell'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione medesima, ossia il diritto a non essere giudicati e puniti due volte per lo stesso fatto. Il caso portato all'attenzione del giudicante verte sulla responsabilità penale per manipolazione del mercato, causata dalla diffusione al pubblico di una serie di falsi comunicati emessi dal gruppo Exor e Giovanni Agnelli & C. s.a.p.a.

Nell'anno 2002, la società FIAT (di cui Exor era azionista di maggioranza) sottoscrisse un accordo finanziario con otto banche, consistente in un prestito di tre miliardi di euro, con scadenza 20 settembre 2005. L'accordo prevedeva, tra l'altro, che il debito, qualora non fosse stato rimborsato entro la scadenza prevista, sarebbe stato automaticamente convertito in azioni. Le stesse banche avrebbero in questa evenienza acquisito circa il 28% del capitale di Fiat, divenendo azioniste di maggioranza, mentre il gruppo Exor avrebbe subito una decurtazione nella percentuale di partecipazione dal 30% al 22%. Exor e Giovanni Agnelli & C. si rivolsero al sig. Gabetti che, in qualità di Presidente della società Exor S.p.a., per scongiurare la riduzione in minoranza, contattò un avvocato specialista in diritto



societario, Franzo Grande Stevens. Il legale contattato propose una rinegoziazione del debito con una delle banche, Merrill Lynch International Ltd., così da permettere ad Exor di conservare la quota di maggioranza. Grande Stevens, formulando una domanda tecnica circa le disposizioni per la rinegoziazione del contratto, diede contestualmente inizio alla procedura con la banca inglese Merrill Lynch. La CONSOB, ex art. 114, co. 5 del d.lgs. 58/1998, chiese ai gruppo Exor e Giovanni Agnelli di diffondere un comunicato contenente oltre ad altre informazioni indicate in maniera dettagliata, ogni eventuale procedura di rinegoziazione. Il comunicato reso da questi ultimi, tuttavia, non conteneva alcuna indicazione circa operazioni di rinegoziazione con la banca inglese; nel mentre, l'avv. Grande Stevens procedeva con l'operazione.

Nel mese di febbraio 2007 la CONSOB, dopo essere stata precedentemente informata circa i fatti e ritenendo che la condotta tenuta dai ricorrenti costituisse una manipolazione del mercato, impose sanzioni amministrative di tipo pecuniario ed interdittivo. Nel novembre 2008 fu altresì instaurato un processo penale per i medesimi fatti, in relazione alla presunta violazione delle norme di cui al d.lgs. n. 58/1998. Il Tribunale di Torino, con sentenza del 21-12-2010, assolse gli imputati dall'accusa di manipolazione del mercato per insussistenza del fatto. La Corte di Cassazione, tuttavia, accogliendo il ricorso della Procura, annullò in seguito detta sentenza. Il 28-2-2013, la Corte d'Appello di Torino pronunciandosi in sede di rinvio condannava Gabetti e Grande Stevens per il reato loro ascritto. Questi, avverso detta pronuncia, proponevano ricorso in Cassazione sollevando, in detta sede, questione di legittimità costituzionale dell'art. 649 c.p.p. il quale prevede espressamente che l'imputato prosciolto o condannato con sentenza o decreto penale divenuti irrevocabili non può essere di nuovo sottoposto a procedimento penale per il medesimo fatto. Questo procedimento penale non è tuttavia arrivato a conclusione nel merito per intervenuta prescrizione del reato.

Rivoltisi alla Corte di Strasburgo a causa dell'esercizio dell'azione penale, avviata successivamente ad una condanna amministrativa divenuta definitiva (e non più impugnabile), e ritenendo che il procedimento che ha condotto a quest'ultima fosse viziato, ma non più ricorribile attraverso i rimedi interni, i ricorrenti segnalavano la violazione dell'art. 6 § 1 della Convenzione europea nonché dell'art. 4 del Protocollo n. 7.

2. – Con riferimento al procedimento svoltosi davanti alla CONSOB, i ricorrenti invocavano la violazione dell'art. 6 § 1 CEDU, sostenendo che detto procedimento non era stato caratterizzato da sufficiente imparzialità. Non vi sarebbe stata, infatti, un'udienza pubblica nel corso dell'intero procedimento; inoltre i poteri di indagine e di giudizio sarebbero stati affidati ad organi che, sebbene diversi, dipendevano comunque dallo stesso soggetto, e cioè il Presidente della CONSOB. I ricorrenti adducevano ancora la violazione del par. 3 del medesimo articolo, ritenendo di non essere stati adeguatamente informati circa le accuse loro rivolte. Veniva altresì portato alla cognizione della Corte il fatto che i ricorrenti, già sottoposti ad un procedimento di natura amministrativa conclusosi con una sanzione considerevolmente incisiva, venivano ancora assoggettati ad un procedimento penale sui medesimi fatti, in pieno conflitto con il diritto a non essere sottoposti a giudizio due volte per i medesimi fatti, disposto dell'art. 4 del Protocollo n. 7 della Convenzione.

Il Governo, costituitosi regolarmente in giudizio, eccepiva che il ricorso era da respingere, perché le informazioni fornite dai ricorrenti non erano veritiere ed erano formulate in modo tale da indurre la Corte in errore circa i fatti. Il Governo sosteneva che in applicazione dell'articolo 23 della legge n. 689 del 1981, tutte i giudizi di opposizione avverso le sanzioni amministrative sono aperte al pubblico, e che l'ufficio IT della CONSOB aveva allegato alla sua relazione istruttoria tutti i documenti dell'inchiesta, quindi anche le difese presentate dai ricorrenti. La lettera della CONSOB che contestava la violazione dell'articolo 187 ter punto 1 del decreto legislativo n. 58 del 1998 non era firmata dal presidente della CONSOB, bensì dal capo della divisione mercati e consulenza economica e dal direttore generale delle attività istituzionali della CONSOB. Il presidente della CONSOB non aveva svolto alcun ruolo nella fase che aveva preceduto la decisione sull'applicazione delle sanzioni. Il Governo ricordava che era stato concesso un termine di trenta giorni per presentare eventuali osservazioni alla nota complementare dell'ufficio IT del 19 ottobre 2006, e che i ricorrenti si erano in effetti avvalsi di tale facoltà il 24-11-2006, senza lamentare la limitatezza del tempo che avrebbero avuto a disposizione. Il Governo osservava che nemmeno i ricorrenti avevano mai chiesto la convocazione e l'audizione di testimoni davanti alla CONSOB. Infine, l'Avv. Grande Stevens era stato accusato di avere preso parte alla decisione che aveva portato alla redazione dei

comunicati stampa; la menzione della sua qualità di direttore della Exor aveva come unico scopo di indicare che egli faceva parte dell'alta dirigenza della società e che quindi la sua condotta poteva essere attribuita a questa.

3. – La Corte si premura di evidenziare, con riguardo al punto controverso, che la posta in gioco finanziaria era importante. Infatti i ricorrenti sono stati condannati dalla CONSOB e dalla Corte d'Appello di Torino a pagare 3.000.000,00 €. Inoltre i sigg. Gabetti e Grande Stevens, all'esito del successivo procedimento penale, avrebbero potuto essere condannati a pagare sanzioni pecuniarie che andavano da 20.000,00 a 50.000 €, e a subire misure restrittive della libertà personale. Nei loro confronti avrebbe potuto essere altresì applicata una misura particolarmente incisiva, consistente nel divieto di assumere incarichi di amministrazione, controllo e direzione di società quotate in borsa, condizione che avrebbe potuto rivelarsi significativamente lesiva dell'onore e decoro professionale (Eon c. Francia, n. 26118/2010, § 34, 14-3-2013). L'esame del merito della causa dunque, secondo la Corte EDU, si rende necessario per il rispetto dei diritti dell'uomo (Nicoleta Gheorghe c. Romania, n. 23470/05, § 24 ed Eon, cit. 1, § 35). Precisando che si tratta della prima causa di questo tipo che la Corte è chiamata ad esaminare per quanto riguarda l'Italia, i giudici ritengono meritevole una valutazione di equità sia per il procedimento svoltosi davanti alla CONSOB sia circa alla conformità alla CEDU di un procedimento penale che si svolga dopo sanzioni emanate da quest'ultima.

La Corte, per stabilire se una norma sia di natura penale ai fini dell'art. 6 CEDU, ricorda che, secondo la sua giurisprudenza, occorre valutare la natura della pena e la severità della sanzione, mentre non ha rilievo la qualificazione della pena nel diritto nazionale (Engel et al. C. Paesi Bassi, 8-6-1976, § 82, serie A n. 22). La qualificazione delle sanzioni deve infatti avvenire in base ai parametri di Strasburgo, non della legge nazionale, e quindi alla luce dei criteri ricordati, che hanno carattere alternativo e non cumulativo. Affinché una norma possa dunque essere qualificata come penale ai sensi dell'art. 6, è necessario e sufficiente che la fattispecie sia di natura penale rispetto alla Convenzione o che abbia esposto l'interessato a una sanzione che per natura o livello di gravità possa essere considerata penale. Riconosciuto che i comportamenti ascritti ai ricorrenti sono puniti nell'ordinamento

italiano con sanzione qualificata dall'art. 187 *ter* del d.lgs. n. 58 del 1998 come amministrativa, la Corte sottolinea che ciò non è rilevante ai fini dell'applicazione del profilo penale di cui all'art. 6, assumendo le indicazioni del diritto interno valore puramente "relativo" (Öztürk c. Germania, 21-2-1984, § 52, serie A n. 73, e Menarini Diagnostics S.r.l., § 39). Poiché dunque il carattere penale di un procedimento è subordinato al grado di severità della sanzione, ne emerge che le ammende irrogate erano, considerato il loro ammontare, di innegabile severità, tale da determinare nei confronti dei ricorrenti conseguenze patrimoniali particolarmente incisive. Considerata dunque l'identità dei fatti sottoposti ai due procedimenti, consistenti nella stessa condotta illecita, ossia la dichiarazione al mercato mediante comunicato che Exor non aveva né studiato né intrapreso iniziative relative al prestito che stava per essere convertito, nonostante la conclusione dell'accordo di rinegoziazione, la Corte ritiene violata la norma di cui all'art. 4 protocollo n. 7 CEDU (*ne bis in idem*) e condanna l'Italia a versare a ciascun ricorrente diecimila euro per il danno morale e quarantamila euro per le spese. La Corte indica anche che lo Stato deve altresì interrompere il procedimento penale ancora aperto nel più breve tempo possibile e senza conseguenze pregiudizievoli per i convenuti.

Il Governo aveva provato anche ad eccepire che il diritto dell'Unione europea avrebbe autorizzato il ricorso a una doppia sanzione (amministrativa e penale) nella lotta alle condotte abusive sui mercati finanziari. I giudici di Strasburgo precisano invece che la CGUE ha in un noto precedente sostenuto che in virtù del principio del *ne bis in idem*, uno Stato può imporre una doppia sanzione per gli stessi fatti solo a condizione che la prima sanzione non sia di natura penale (Corte di Giustizia dell'UE (Grande Sezione), sentenza del 26-2-2013, Åklagaren c. Hans Åkerberg Fransson, C-617/10).

La Corte Europea ha aggiunto che il procedimento innanzi alla CONSOB è altresì viziato poiché, sebbene l'illecito sia di natura amministrativa, esso si sostanzia in un'accusa di tipo penale, dovendo di conseguenza osservare le garanzie che l'art. 6 riserva ai processi penali. La Corte conviene che nel procedimento innanzi alla CONSOB vi è stata assenza di contraddittorio, di un'adeguata udienza pubblica, oltre all'irrogazione di sanzioni particolarmente severe. A determinare ulteriore

contrasto con la Convenzione vi sarebbe stato anche il fatto che i poteri di indagine e di giudizio sarebbero stati affidati allo stesso organo, e cioè il Presidente della CONSOB, contravvenendo dunque a quei principi di imparzialità consolidati da un'abbondante giurisprudenza della stessa Corte (Padovani c. Italia, 26-2-1993, § 20, serie A n. 257-B; Thomann c. Svizzera, 10 giugno 1996, § 30, Recueil des arrêts et décisions 1996-III; Ferrantelli e Santangelo c. Italia, 7 agosto 1996, § 58, Recueil 1996-III; Castillo Algar c. Spagna, 28 ottobre 1998, § 45, Recueil 1998-VIII; Wettstein c. Svizzera, n. 33958/96, § 44, CEDU 2000 XII; Morel c. Francia, n. 34130/96, § 42, CEDU 2000-VI; e Cianetti c. Italia, n. 55634/00, § 37, 22-4-2004. Sulla mancanza di imparzialità di un organo giudicante in cui funzioni di indagine e di giudizio siano affidate ad uno stesso organo si veda Piersack c. Belgio, 1-10-1982, §§ 30-32, serie A n. 53, e De Cubber c. Belgio, 26-10-1984, §§ 24-30, serie A n. 86).

4. – Potrebbe essere di qualche utilità ora, ai fini di una migliore valutazione della portata della sentenza che qui si esamina, un'indagine sul significato che la Corte EDU tende ad attribuire alle locuzioni accusa e sanzione penale, poiché le valutazioni ad opera degli Stati in ordine alla qualificazione di un'accusa o di una sanzione assumono portata relativa.

Come autorevole dottrina non ha mancato di rilevare, alcune delle espressioni contenute nell'art. 6 della Convenzione, tra cui accusa penale, hanno un significato del tutto autonomo rispetto a quello proprio dei singoli Stati membri del Consiglio d'Europa (M. Allena, *L'Art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli stati membri dell'Unione Europea*, in *Rivista Italiana di Diritto Pubblico Comunitario*, 2012, 2, p. 272). La ragione sottesa a detta tendenza risiede nel fatto che la Corte mira ad evitare facili elusioni della norma sull'equo processo e ad assicurare ai soggetti interessati il pieno godimento delle garanzie previste dall'art. 6 CEDU. A partire dalla fine degli anni Settanta del Novecento, la Corte ha così ricondotto al significato di sanzione penale tutte quelle sanzioni, comprese quelle di carattere amministrativo, che presentavano caratteri simili alle sanzioni irrogate dal giudice penale. Detto orientamento si consolida con la ferma posizione della Corte tesa a qualificare come penali anche le norme che, pur non prevedendo privazioni della libertà personale, prevedono incisive afflizioni patrimoniali (Talvolta la Corte ha ricompreso nella categoria norme che prevedono

un ammontare piuttosto modesto in caso di loro violazione: sul punto v. Corte Europea dei diritti dell'uomo, 2 settembre 1998, caso 26138/1995, Lauko Vs. Slovacchia, § 58 ove si precisa che la tenuità della posta in gioco non determina il venir meno del carattere penale della violazione). Non vi è dubbio quindi che oggi, ai fini della Convenzione europea, possono assumere una connotazione penalistica le sanzioni amministrative irrogate ai sensi della legge di depenalizzazione n. 689/1981 (M. Allena, *L'Art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli stati membri dell'Unione Europea*, Op. cit., p. 275). A detta conclusione si è pervenuti a seguito di un'importante pronuncia della Corte nel caso *Menarini c. Italie* (Causa A. Menarini Diagnostic s.r.l. c. Italia - Seconda Sezione – sentenza 29-11-2011, ricorso n. 43509/08). Nel caso di specie la società ricorrente era stata condannata al pagamento di una sanzione pecuniaria di 6 milioni di euro, inflittale dall'Autorità Garante della concorrenza e del mercato all'esito di un'inchiesta per pratiche anticoncorrenziali nel mercato dei test per la diagnosi del diabete. Anche in detta sede si segnalò la presunta violazione dell'art. 6 § 1 CEDU e la Corte ribadì innanzitutto che, sebbene fosse conferito alle autorità amministrative il compito di perseguire e sanzionare gli illeciti, detta funzione non è incompatibile con la Convenzione, poiché il soggetto interessato deve essere in grado di impugnare ogni decisione adottata nei suoi confronti davanti ad un giudice che offra tutte le garanzie di cui all'articolo 6 CEDU (diritto ad un equo processo) con cui si è stabilito che l'art. 6 CEDU era applicabile anche nei casi di sanzione emessa dall'autorità garante della concorrenza e del mercato (a seguito di un'intesa restrittiva della concorrenza). Tuttavia, il precedente che meglio consente di comprendere il carattere penale di una norma è il noto caso *Engel and Others v. The Netherlands* del 1976. In detta sede si arrivò a precisare come tale qualificazione si riferisse ad una norma che presentasse un connotato “intrinsecamente penale”, indipendentemente dalla qualifica che allo stesso è attribuita dall'ordinamento interno. Ulteriore elemento rilevante per la Corte di Strasburgo è che vi sia violazione di una disposizione rivolta ad una generalità di consociati. La sanzione corrispondente a detta infrazione deve avere, sempre secondo la giurisprudenza della Corte Europea, natura deterrente e repressiva. La Corte esclude quindi quelle sanzioni che potrebbero ricondursi, ad es., alle misure disciplinari. Altro elemento utile ai fini della definizione risulta essere proprio il grado di severità della sanzione, poiché non

potrebbero considerarsi penali le sanzioni che, in ragione della loro durata o modalità di esecuzione, non sono sufficientemente incisive (M. Allena, *L'Art. 6 CEDU come parametro di effettività della tutela procedimentale e giudiziale all'interno degli stati membri dell'Unione Europea*, Op. cit., p. 274).

5. – Tratteggiati sinteticamente i caratteri della sanzione penale così come definiti dalla Corte Edu nei suoi precedenti più rappresentativi, resta ora da capire quali siano nell'ordinamento italiano le peculiarità della sanzione amministrativa, per meglio comprendere le ragioni che hanno indotto i giudici di Strasburgo a ritenere la medesima equiparabile ad una sanzione penale, in un certo numero di casi. In primo approccio, la sanzione amministrativa altro non è se non la manifestazione dell'esercizio di un potere amministrativo. La sua irrogazione scaturisce, principalmente, da quelle stesse esigenze generali di prevenzione che si ritrovano nella sanzione di carattere penale (P. Cerbo, *Nuovi problemi in materia di sanzioni amministrative*, in *Diritto&Diritti*, 2002, reperibile al sito [www.diritto.it/articoli/amministrativo/cerbo.html](http://www.diritto.it/articoli/amministrativo/cerbo.html)). Elementi che tuttavia potrebbero consentire di distinguere le due sanzioni, stanti i caratteri rinvenibili nella legge 689/1981, sarebbero l'impossibilità per le sanzioni amministrative di incidere sulla libertà personale; un diverso termine di prescrizione (il termine di prescrizione è di cinque anni ex art. 28 L. 689/1981); oltre alla presunzione di colpevolezza nell'accertamento (Cass. Pen., sez. I, 21-1-2000, n. 664, secondo cui per effetto della presunzione di colpevolezza l'elemento soggettivo dell'illecito si presume sino a quando il destinatario del provvedimento non dimostri l'assenza di colpa; si veda al riguardo anche G. Nacci, *Appunti in tema di violazioni amministrative e prova dell'elemento soggettivo*, nota a Trib. Pordenone, sentenza 23-12-2009 n. 1061/2009 - estensore Clocchiatti, reperibile presso il sito internet [www.forumnaonis.it/files/304/nota%201061.pdf](http://www.forumnaonis.it/files/304/nota%201061.pdf)), rigorosamente esclusa per gli illeciti penali, siano gli stessi delitti o contravvenzioni (Cass. pen., III, 15 -4-1997, n. 4511).

Le sanzioni amministrative irrogate nel caso di specie, trovano la propria fonte nel d.lgs. 58/1998, cioè il *Testo Unico delle disposizioni in materia di mercati finanziari*. Detta normativa è stata inserita nell'ordinamento italiano affinché fossero tutelati interessi di primaria importanza per il corretto funzionamento dei mercati finanziari,

ma anche per l'introduzione di adeguate misure sanzionatorie volte a garantire l'osservanza di una serie di obblighi funzionali (A. Valenti, *D.lgs. 58/1998. Il sistema delle sanzioni penali ed amministrative*, in *Le Società*, 1998 n. 5, p. 566). La condotta censurata dalla CONSOB, e poi oggetto di ulteriore procedimento penale, consiste in un'omissione di comunicazioni ritenute necessarie per l'adeguato funzionamento del mercato. La norma posta a presidio dell'interesse ritenuto leso dal comportamento dei ricorrenti è l'art. 187 *ter* del testo unico citato, il quale espressamente prevede che «Salve le sanzioni penali quando il fatto costituisce reato, è punito con la sanzione amministrativa pecuniaria da euro ventimila a euro cinque milioni chiunque, tramite mezzi di informazione, compreso internet o ogni altro mezzo, diffonde informazioni, voci o notizie false o fuorvianti che forniscano o siano suscettibili di fornire indicazioni false ovvero fuorvianti in merito agli strumenti finanziari». Ne emerge dunque come la sanzione prevista sia particolarmente severa, tale da incidere considerevolmente sulla sfera patrimoniale del soggetto sanzionato. La Corte pertanto ha ritenuto opportuno, alla luce della sua natura e grado di severità, equiparare tale misura ad una sanzione penale.

6. – La dottrina sostiene che, nonostante l'enunciazione nelle carte internazionali e nelle norme costituzionali, è piuttosto difficile ammettere l'effettività del principio del giusto processo (B. Piattoli, *Ne bis in idem europeo*, in *Cassazione Penale*, 2007, n. 6, p. 2642). Tuttavia la Corte Europea con la sua giurisprudenza ha fornito sempre più contenuto concreto a questo diritto, arrivando, in un noto precedente (Stoichkov c. Bulgaria, Prima Sezione, no. 9808/02, 24-3-2005), a sollevare il problema dell'eseguità di una pronuncia considerata non equa. Detta posizione è stata accolta dalla Corte di Cassazione italiana, la quale è arrivata ad ammettere che il giudice dell'esecuzione debba dichiarare l'inefficacia del titolo esecutivo formatosi a seguito di un processo per il quale la Corte europea abbia rinvenuto una violazione dell'art. 6 della Convenzione (B. Piattoli, *Ne bis in idem europeo*, Op. cit., p. 2642).

Posto l'impegno dello Stato di assicurare adeguata applicazione alle norme della CEDU, rimane ora da valutare la controversa questione circa l'esistenza di due procedimenti per i medesimi fatti dai quali scaturiscono, o avrebbero potuto scaturire, sanzioni qualificate dalla Corte entrambe come penali. Nella sua costante



giurisprudenza al riguardo, come si è già notato, la Corte di Strasburgo ha qualificato una sanzione come penale in presenza di uno dei tre caratteri ricordati. Nel caso che qui si commenta, la Corte ha ritenuto che vista la severità delle sanzioni della Consob e la ripercussione delle medesime nella sfera di interessi dei ricorrenti, le stesse potessero qualificarsi come penali. Ne emerge pertanto come, sussistendo due sanzioni della medesima natura ed entrambe particolarmente afflittive, irrogate per i medesimi fatti, la norma convenzionale che vieta di essere sottoposti due volte a giudizio e condannati per i medesimi fatti risulta violata. Come la dottrina ha notato, è evidente che il sistema normativo in materia di abusi di mercato e manipolazione sia improntato su un doppio binario, disponendo l'art. 187 *terdecies* t.u.f. l'applicazione della pena pecuniaria e della sanzione amministrativa per il medesimo fatto. Sembra però possibile valorizzare il disposto dell'art. 187 *ter* T.u.f., laddove lo stesso mira ad escludere in concreto il cumulo sanzionatorio sullo stesso fatto manipolativo attraverso l'individuazione della linea che delimita il confine tra illecito amministrativo ed illecito penale (A.F. Tripodi, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, reperibile al sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)).

Non va dimenticato, infine, che il Governo italiano ha presentato una riserva in ordine all'art. 4, protocollo n. 7 CEDU, al fine di circoscrivere l'applicabilità della norma stessa alle sole ipotesi che la legge italiana qualifica come reati. Nella sentenza *Grande Stevens*, la Corte si esprime anche in merito a detta riserva, osservando che essa non contiene alcun riferimento riguardo a disposizioni dell'ordinamento nazionale che indichino quali siano le violazioni ed i procedimenti sottratti all'applicazione del *ne bis in idem*, condizione imposta dall'art. 57 CEDU. La sentenza in questione sembra pertanto idonea a confermare, da un lato, una costante prassi della giurisprudenza di Strasburgo, dall'altro, ad innovare, nel panorama italiano, la concezione del divieto di essere condannati due volte per i medesimi fatti. Rimane ora da chiedersi quale futuro possa essere riservato all'applicabilità di norme di diritto interno che consentono l'esercizio dell'azione penale a seguito di una condanna amministrativa, come nelle ipotesi di false comunicazioni di mercato. La Corte, infatti, nelle pronunce successive, ha perseverato nell'ammettere la non conformità alle disposizioni della Convenzione di un procedimento penale avviato a

seguito di un altro che si è concluso con una condanna particolarmente incisiva della sfera patrimoniale del soggetto. Ad esempio, nel caso Nykanen c. Finland la Corte, confermando l'orientamento seguito nella pronuncia Grande Stevens et al. C. Italia, ha ammesso che per qualificare una sanzione, o stabilire se essa abbia o meno natura penale, è necessario utilizzare i parametri tracciati da Strasburgo nella sentenza Engel. Nel caso di specie, infatti, la Corte riteneva che una sanzione qualificata come tributaria sul piano interno avesse invece natura penale, in ragione della previsione di una punizione funzionale avente anche carattere deterrente. Pertanto, in situazioni in cui i casi portati all'attenzione di differenti giudici siano uguali, ed entrambi suscettibili di condurre ad una sentenza di condanna, la Corte tende a precisare che è preclusa la possibilità di sottoporre un individuo a un doppio processo, anche se innanzi a giudici diversi. Ration per cui appare ragionevole dubitare della stessa conformità alla Convenzione dell'applicazione sul piano interno di norme, come l'art. 187 *ter* del d.lgs. n. 58 del 1998 (con il quale viene disposta, nel diritto interno, la condanna dei ricorrenti nel caso Grande Stevens c. Italia per false comunicazioni) che consentono l'esperibilità di un giudizio ulteriore rispetto ad uno, sui medesimi fatti, già conclusosi con una condanna qualificabile in base ai parametri di Strasburgo come penale. Pertanto, ogni volta che il giudice dovesse ritrovarsi nella situazione di valutare la meritevolezza dell'esercizio di un'azione penale, per fatti già conosciuti in altro processo e puniti con una sanzione altrettanto severa, la soluzione non può che essere presente nell'art. 649 c.p.p. (divieto di un secondo giudizio). Il giudice interno dovrebbe, infatti, riconoscere la presenza di una preclusione in ordine al nuovo procedimento avviato sulla scia del precedente, risultando ormai consolidato l'orientamento della Corte di non considerare come conformi alla Convenzione quelle condotte consistenti nell'azionare un processo ulteriore per medesimi fatti sebbene innanzi a giudici diversi. Parte della dottrina non ha comunque mancato di rilevare come in alcune norme (come il già citato art. 187 *ter* del d.lgs. n. 58 del 1998), siano presenti clausole c.d. di salvezza, in cui i giudizi amministrativi dovrebbero essere circoscritti ai soli casi non regolati dalle corrispondenti fattispecie penali (A.F. Tripodi, *Uno più uno (a Strasburgo) fa due. L'Italia condannata per violazione del ne bis in idem in tema di manipolazione del mercato*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, reperibile al sito [www.penalecontemporaneo.it](http://www.penalecontemporaneo.it)).



## **Paraguay. Approvata legge per la restituzione delle terre ancestrali alle popolazioni indigene Sawhoyamaxa**

di Laura Alessandra Nocera

L'11 giugno 2014 è stata promulgata dal Presidente del Paraguay Horacio Cortés una legge che restituisce il possesso delle proprie terre "ancestrali" alla popolazione indigena dei Sawhoyamaxa, dopo ben venti anni di contese.

Si tratta di una giornata storica per i Sawhoyamaxa e di un passo importante per tutte le popolazioni indigene sudamericane, che continuano a vedere le proprie terre violate ed alienate da politiche statali volte a favorire latifondi e multinazionali.

La legge è stata approvata da Senato e Camera dei Rappresentanti nel maggio del 2014 ed autorizza lo Stato paraguay ad espropriare (dietro indennizzo) ben 14.000 ettari di terreno per restituirlo alla comunità indigena Sawhoyamaxa: si tratta di una delle più grosse compensazioni degli ultimi anni, con un reinserimento nelle proprie terre di ben 160 nuclei familiari.

La lotta della comunità Sawhoyamaxa è iniziata già nei primi anni '90, cioè al termine del periodo dittatoriale di Stroessner e con l'apertura democratica del Paese, e si è mossa sulle basi dei principi contenuti nella Convenzione OIL n.169 (firmata dal Paraguay ed in vigore con legge 234/1993) e dei principi internazionali contenuti nelle Dichiarazioni ONU in merito ai diritti delle popolazioni indigene (ci si riferisce, in particolare, alla Dichiarazione ONU sui Diritti dei Popoli Indigeni del

2007, ma anche alla Dichiarazione Universale dei Diritti dell'Uomo del 1948, al Patto Internazionale dei Diritti Civili e Politici ed al Patto Internazionale dei Diritti Economici, Sociali e Culturali del 1966; un accenno a tali questioni è presente anche nella Convenzione UNESCO sulla Protezione e la Promozione della Diversità delle Espressioni Culturali del 2009).

Nello specifico, i Sawhoyamaxa hanno sempre vantato un legame identificabile nei caratteri dell' "ancestralità" con dette terre, da essi già occupate prima di essere ingiustamente spossessati.

Un primo riconoscimento, seppur poco chiaro e confuso, del legame tra popolazioni indigene e terra era già avvenuto con la legge 904/1981 che, in pieno regime dittatoriale, aveva creato l'Instituto Nacional del Indigena (INDI).

La vera apertura ad uno Stato "multiculturale" è effettivamente databile, però, solo con la nuova Costituzione del 1992, ove, l'articolo 62 definisce le popolazioni indigene come «grupos de cultura anteriores a la formación y organización del Estado paraguay», di cui è garantita la proprietà collettiva e comunitaria (secondo il diritto consuetudinario indigeno) delle terre loro appartenenti, fornite gratuitamente dallo Stato, il quale si deve astenere dall'esigerne tributi o dall'alienarle ed espropriarle (articolo 64: «Las pueblos indígenas tienen derecho a la propiedad comunitaria de la tierra, en extensión y calidad suficientes para la conservación y el desarrollo de sus formas peculiares de vida»).

Di fatto, nonostante tali ampie garanzie siano riconosciute a livello costituzionale e malgrado la firma e ratifica della Convenzione OIL citata, a causa di logiche di mercato e di preservazione del latifondo (diffuso, in particolare, nella regione del Chaco, dove la comunità Sawhoyamaxa vive), nulla è accaduto in tanti anni per salvaguardare i diritti indigeni alla terra. Inoltre, anche se la legge 1863/2002 (*Statuto Agrario*) ha riconosciuto legalmente l'esistenza delle "terre indigene", tramite un procedimento consistente nell'intestare la terra ad una comunità avente riconoscimento giuridico, finora, sono sempre state poche le comunità indigene che potevano dimostrare tale titolarità, di contro alle proprietà private venutesi, nel frattempo, a creare sui medesimi territori (sull'assetto giuridico del Paraguay e la questione indigena: Aída Torres De Romero, *Cultura y educación indígena su marco jurídico en Paraguay*, in Antonio Luigi Palmisano e Pietro Pustorino

(cur.), *Identità dei popoli indigeni: aspetti giuridici, antropologici e linguistici. Atti del Convegno Internazionale*, Istituto Italo-Latinoamericano, Quaderni IILA, Roma 2008; Esther Prieto, *La repubblica del Paraguay e i diritti dei popoli indigeni*, in Sabrina Lanni (cur.), *I diritti dei popoli indigeni in America Latina*, Edizioni Scientifiche Italiane, Napoli 2011; Esther Prieto, *Derechos humanos de los pueblos indígenas y tribales en Países independientes*, Edición de Iniciativa Amotocodie 2006-2009, in [www.iniciativa-amotocodie.org/pagina-principal/portal/publicaciones/](http://www.iniciativa-amotocodie.org/pagina-principal/portal/publicaciones/); Oscar Ayala e Maria Julia Cabello, *Entre la realidad y los avances de la justicia internacional*, in CODEHUPY – Coordinadora de Derechos Humanos del Paraguay - Report 2006; Alvaro Bedoya Silva-Santistebán e Eduardo Bedoya Garland, *Servidumbre por dueñas y marginación en el Chaco de Paraguay*, Rapporto OIL 2005; rapporti sul Paraguay dal sito [www.iwgia.org](http://www.iwgia.org)).

La comunità Sawhoyamaxa, dunque, nel 2001, tramite l'ONG Tierra Viva, ha tentato le vie internazionali, ricorrendo alla Corte Interamericana dei Diritti dell'Uomo di San José. Nel 2006, viene vinta la prima storica battaglia, con una sentenza (29 marzo 2006, serie C, sentenza n. 146) destinata a fare scuola, come chiave di svolta per simili percorsi di restituzione alle popolazioni indigene delle proprie terre. Il Paraguay, infatti, è stato ritenuto colpevole dalla Corte di violazione dei diritti alla vita (art. 4), all'integrità personale (art. 5), alla proprietà privata (art. 21), alle garanzie giudiziarie (art. 8) ed alla protezione giudiziaria (art. 25) e condannato ad adottare misure legislative, amministrative e di altro genere per reintegrare la popolazione indigena nelle terre ad essa sottratte, oltre al pagamento di un risarcimento pecuniario per il danno immateriale cagionato e per i costi subiti e alla creazione di un apposito Fondo de Desarrollo Comunitario.

La Corte ha, pertanto, rilevato l'obbligo generale per gli Stati di garantire una protezione effettiva delle popolazioni indigene, proprio in base al diritto internazionale dei diritti umani, ed a considerare le caratteristiche e le peculiarità che differenziano una comunità indigena dal resto della popolazione; per cui, concetti classici come "possesso" e "proprietà" possono avere significati completamente diversi. Inoltre, il non-possesso effettivo della terra, peraltro dovuto a motivi coattivi esterni, non comporta il venir meno della "proprietà", legata ad una relazione speciale intercorrente tra la terra e le popolazioni indigene che la occupavano

antecedentemente (sul caso della comunità Sawhoyamaxa: Enzamaria Tramontana, *La dimensione collettiva dei diritti dei popoli indigeni nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani: il caso Comunidad Indígena Sawhoyamaxa c./ Paraguay*, nella rivista "Diritti umani e diritto internazionale", Franco Angeli Editore, 2007/III).

Dopo un'attesa di diversi anni (nella realtà, la Corte Interamericana aveva posto un limite di tre anni per procedere con i provvedimenti legislativi ed amministrativi in merito) e dopo il sostegno di diverse organizzazioni non governative, i Sawhoyamaxa hanno avuto una prima graduale restituzione ed indennizzo nel 2012 e un effettivo riconoscimento legislativo quest'anno.

Una giornata storica paragonabile, secondo le parole del leader della comunità Sawhoyamaxa, Carlos Marecos, alla liberazione dalla prigionia e da una condizione di schiavitù (*Indigenous people only cry when they achieve their freedom. And today feels as if we have just been liberated from prison. For this reason, so many of us began to cry of emotion*: video dell'intervista reperibile all'indirizzo [www.amnesty.org/en/region/paraguay/](http://www.amnesty.org/en/region/paraguay/)).

Si tratta di una vera svolta, che fa ben sperare anche per altre due comunità indigene della regione paraguagia del Chaco, gli Ayoreo e gli Yakye Axa: entrambe le comunità, sono in cerca di una restituzione delle proprie terre e stanno seguendo un percorso simile a quello che ha visto la vittoria dei Sawhoyamaxa. Nel 2012, sono state avviate delle trattative tra lo Stato e gli attuali proprietari privati delle terre sottratte agli indigeni della comunità Yakye Axa per una prima restituzione. L'esempio di questa legge potrebbe essere la vera svolta per la successiva politica del Paraguay.