



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

Annuario giuridico

DIRITTO E PROCESSO

a cura di ANTONIO PALAZZO

ANNO 2011

DIRITTO E PROCESSO



*Annuario giuridico dell'Università
degli Studi di Perugia*

Rivista annuale
ISSN 1722-1110
Anno 2011

Direttore scientifico e responsabile: Antonio Palazzo

Comitato scientifico:

Mario Álvarez Ledesma – Mario Ascheri – Alessandra Bellelli –
Mauro Bove – Francesco Donato Busnelli – Hedley Christ – Seve-
rino Caprioli – Marco Comporti – Francesco Paolo Luiso – Agu-
stín Luna Serrano – Maurizio Lupoi – Giovanni Marini – Salvatore
Mazzamuto – Antonio Palazzo – Massimo Paradiso – Vito Rizzo
– Umberto Santarelli – Andrea Sassi – Francesco Scaglione – Peter
Stein – Ferdinando Treggiari

Comitato di redazione:

Silvio Pietro Cerri – Roberto Cippitani – Valentina Colcelli – Fran-
cesco Reali – Stefania Stefanelli

Un ringraziamento particolare per il lavoro di referaggio a

Remo Caponi, Carlo Fiorio, Suzanne Gatt, Angel González Morales, Rodolfo
García García

Diritto e Processo n. 6/2010 – Pubblicato a Perugia nell'anno 2011
Registrazione presso il Tribunale di Perugia del 24 luglio 2003, n. 33
Responsabile: Antonio Palazzo

Tutti i diritti di proprietà letteraria sono riservati

In copertina: Baldo degli Ubaldi (miniatura attr. a Pietro da Pavia, anno 1393)

SOMMARIO

KEJI ALEX ADUNMO, <i>The european research area (ERA): science, knowledge, research & innovation</i>	Pag.	5
MAURO BOVE, <i>Controversie relative alla circolazione dei cittadini europei e dei loro familiari (articoli 16 e 17 del d.lgs. n. 150 del 2011)</i>	»	39
ROBERTO CIPPITANI, <i>La jurisprudencia de las Cortes de Latinoamérica como instrumento de integracion regional</i>	»	67
ALEJANDRO CARLOS ESPINOSA, <i>Justicia militar en México</i>	»	101
ALMA DELIA CANSECO GUZMÁN, <i>La condición jurídica de los menores migrantes indocumentados en México</i>	»	121
GIUSEPPE PALAZZOLO, <i>Cancellazione automatica delle ipoteche e tutela dei consumatori</i>	»	155
ANDREA SASSI, <i>Class action and consumers' protection in the italian legal system</i>	»	177
FRANCESCO SCAGLIONE, <i>Right to free enterprise and civil democracy</i>	»	195
LUANA SCARCELLA, <i>Commander responsibility for "omission": to what extent article 28(a) of the Rome statute of the icc has provided a new mens rea standard</i>	»	217
STEFANIA STEFANELLI, <i>Nombre y status de la persona entre derecho interno y derecho comunitario</i>	»	239
<i>Recensioni e Segnalazioni</i>	»	273

KEJI ALEX ADUNMO^(*)

THE EUROPEAN RESEARCH AREA (ERA):
SCIENCE, KNOWLEDGE, RESEARCH & INNOVATION

Towards Europe 2020

SUMMARY: 1. The ERA in the EU legal system. — 2. The roots of the ERA concept. — 3. The role of innovation. — 4. The present concept of ERA. — 5. The evolution of ERA after the Lisbon Strategy. — 6. Criticisms. — 7. Perspectives. — 8. Conclusion.

1. — *The ERA in the EU legal system.*

The European Research Area is defined as «a European ‘internal market’ for research, where researchers, technology and knowledge freely circulate, effective European-level coordination of national and regional research activities occurs, programmes and policies and initiatives are implemented and funded at European level»⁽¹⁾. The creation of this «European Research Area» (hereinafter also «ERA») was launched through the Communication of the European Commission «Towards a European Research Area» in 2000 during the Lisbon European Council⁽²⁾. The ERA became then at that time officially part of the legal and juridical European framework.

^(*) Phd. student at the postgraduate programme “Knowledge society & common market law. Interdisciplinary profiles for the European and international integration process” XXVI course, University of Perugia; National Contact Point “Socio-economic sciences & humanities” and “Space” in the VII framework programme for R&TD of the EU (2007-2013) at APRE – Agenzia per la Promozione della Ricerca Europea.

⁽¹⁾ Commission Green Paper of 4 April 2007 - The European Research Area: New Perspectives (COM (2007)0161).

⁽²⁾ Communication of the European Commission, Towards a European research area, COM (2000) 6 final of 18 January 2000.

The concept of the ERA, takes its roots from 50 years of cooperation in research and technology matters at intra-European level. The initiators of the European Research Area, Ralf Dahrendorf (European Commissioner for Research, Science and Education, 1970-1974), Antonio Ruberti (European Commissioner for Science, Research and development, 1993-1994) and Philippe Busquin (European Commissioner for Research, Innovation and Science, 1999-2004) then contributed to create and shape the institution of the concept itself turning it into a solid reality which nowadays can be testified by the inclusion of the ERA in the legal framework and the empowerment recently given by the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU) in order to reach the targets for which it was created.

After the formalisation of the ERA in 2000, the objective for its creation was endorsed by the EU and the concept of construction of the ERA was then referred to time after time in parallel with the evolution of the political context and policy goals towards the strengthening of the European competitiveness. As a matter of fact, in 2002, the results arising from the Barcelona European Council set a target for EU R&D investment intensity to approach 3% of GDP mentioning specifically that «the Commission's intention is to propose measures [...] to better integrate innovation into a European Knowledge Area, with the aim of improving the use of intellectual property rights across Europe, further developing and strengthening private investment and the use of risk capital in research and increasing networking between business and the science base»⁽³⁾. Subsequently, the Commission proposed an extensive action plan to increase and improve R&D expenditure in Europe and all Member States setting national R&D investment targets linked to the overall 3% objective⁽⁴⁾.

⁽³⁾ Presidency conclusions – Barcelona European Council, 15-16 March 2002, SN 100/1/02 REV 1.

⁽⁴⁾ For a deeper analysis on the assessment of the macro-economic consequences given by investment increase in R&D to 3% of GDP by 2010 see: D. BRÉCARD, A. FOUGEYROLLAS, P. LE MOUËL, L. LEMIALE, P. ZAGAMÉ, *Macro-economic consequences of European research policy: Prospects of the Nemesis model in the year 2030*, in *Research Policy* Vol. 35, Issue 7, September 2006, pp. 910-924.

In 2006, the EU adopted a broad-based innovation strategy aiming to improve the framework conditions for research and innovation. However, in 2007 it was realised, through self-assessment exercises⁽⁵⁾ done by the Commission evaluating its funding actions, that after seven years from its official formalisation, the ERA still suffered from problems due to the fragmentation of activities which remained a prevailing characteristic of the European public research base. A renewed impetus to the construction of ERA was given in 2007 by publishing a Green Paper on ERA⁽⁶⁾ calling to end the fragmentation of the European research landscape. In 2008 the Member States and the Commission launched a new political partnership, called the «Ljubljana Process», to overcome such fragmentation and build a strong ERA thus stating as objective the need «to develop a common vision and effective governance of the European Research Area».

Member States and the Commission defined a shared 2020 vision for ERA⁽⁷⁾ towards which they are now focusing their programmes and policies. The ERA vision for 2020 highlights the necessity to strengthen the science and technology base in Europe functional to the so-called «knowledge triangle»⁽⁸⁾ thus increasing the European potential in international competi-

⁽⁵⁾ Report of the Expert Group, «Evaluation of the Sixth Framework Programmes for Research and Technological Development 2002-2006», February 2009.

⁽⁶⁾ European Commission, «The European Research Area: New Perspective», Green Paper 4 April 2007.

⁽⁷⁾ Council conclusions on the definition of a «2020 Vision for the European Research Area», Competitiveness Council on 1 and 2 December 2008, No. prev. doc. 16012/08 RECH 379 COMPET 502.

⁽⁸⁾ In a «knowledge-based society», research (the production of knowledge) education (the main means of sharing knowledge), innovation (which transforms research and education in development) form the core part of the whole European integration process. The importance of research, education and innovation has been increasing together with the affirmation of their mutual and close relationship. This link has been highlighted since the White Paper on Growth, Competitiveness and Employment. The three components are considered the assets on which the Europe of Knowledge should be built, possessing «assets such as its abundant non-physical capital (education skills, capacity for innovation, traditions) and...the soundness of its social model» (see the preamble to the White Paper). Today, Europe 2020 still points out the three components and their interrelationship, requir-

tiveness and supporting sustainable development⁽⁹⁾. The Council adopted this vision in December 2008.

The importance of the concept itself of European Research Area and its relevance to the European research scenario has been confirmed when the ERA has been legally legitimised through the recent Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (hereinafter «TFEU»), introduced by the Treaty of Lisbon, in 2010, where it is explicitly mentioned that the Union shall aim at achieving a European Research Area where researchers as well as scientific knowledge and technology could freely circulate; industry should also play a relevant role especially when talking about enhancing the competitiveness level of the EU. A coordination⁽¹⁰⁾ and

ing an intelligent (based on knowledge and innovation), sustainable (more efficient in terms of resources, greener and more competitive), and inclusive (with a high rate of employment conducive to social and territorial cohesion) development. The three components have not be considered as standing alone but as the components of the same «knowledge triangle» which reinforces close relationships and enables the development of the European society. About the links between knowledge, education, research under the ERA, see R. CIPPITANI, S. GATT, *Legal Developments and Problems of the Bologna Process within the European Higher Education Area and European Integration*, in *Higher Education in Europe*, 2009, pp. 385 – 397; see also Ruth Keeling, *The Bologna Process and the Lisbon Research Agenda: the European Commission's expanding role in higher education discourse*, *European Journal of Education*, May 2006.

⁽⁹⁾ Council conclusions on the definition of a «2020 Vision for the European Research Area», Competitiveness Council on 1 and 2 December 2008, No. prev. doc. 16012/08 RECH 379 COMPET 502, p. 3-4: «REAFFIRMS the importance of strengthening scientific and technological bases across Europe and developing its competitiveness in pursuit of sustainable development including protection of the environment, and satisfying the needs of its citizens, by achieving a European Research Area (ERA) in which researchers, scientific knowledge and technology circulate freely»; as well as «REAFFIRMS that the ERA constitutes a core element of the Lisbon Strategy for Growth and Jobs and STRESSES the necessity to ensure that the ERA is fully operational and fully contributes to the “knowledge triangle” of research, innovation and education driving the international competitiveness and sustainable development of Europe and underpinning its ambitions to become a leading knowledge-based economy and society».

⁽¹⁰⁾ For a deeper focus on Policy coordination at EU level see: Robert Kaiser and Heiko Prange, *A new concept of deepening European integration? - The European Research Area and the emerging role of policy coordination in a multi-level governance system*, *European Integration online Papers (EIoP)* Vol. 6 (2002) N° 18; <http://eiop.or.at/eiop/texte/2002-018a.htm>. See also: Presidency

cooperation with and between Member States and the Union is considered as a means for fully achieving the ERA along with specific ad hoc measures to be undertaken in consultation with the European Parliament, the Council and consulting the Economic and Social Committee⁽¹¹⁾.

The most recent development in this area is constituted by the endorsement by the Heads of State and Government of Europe 2020's Innovation Union Flagship initiative in the European Council conclusions of 4 February 2011. As a matter of fact, the European Council concluded that: «Europe needs a unified research area to attract talent and investment. Remaining gaps must therefore be addressed rapidly and the European Research Area completed by 2014 to create a genuine single market for knowledge, research and innovation.»⁽¹²⁾

Conclusions (2000) *Lisbon European Council, 23 and 24 March 2000*, and LIESBET HOOGHE, GARY MARKS, *Multi-level governance and European integration*, Rowman and Littlefield, 2001.

⁽¹¹⁾ At TITLE XIX RESEARCH AND TECHNOLOGICAL DEVELOPMENT AND SPACE, Article 179 TFEU (ex Article 163 TEC) sets out «1. The Union shall have the objective of strengthening its scientific and technological bases by achieving a European research area in which researchers, scientific knowledge and technology circulate freely, and encouraging it to become more competitive, including in its industry, while promoting all the research activities deemed necessary by virtue of other Chapters of the Treaties».

According to the Article 181 TFEU (ex Article 165 TEC): «1. The Union and the Member States shall coordinate their research and technological development activities so as to ensure that national policies and Union policy are mutually consistent. 2. In close cooperation with the Member State, the Commission may take any useful initiative to promote the coordination referred to in paragraph 1, in particular initiatives aiming at the establishment of guidelines and indicators, the organisation of exchange of best practice, and the preparation of the necessary elements for periodic monitoring and evaluation. The European Parliament shall be kept fully informed».

In Article 182 (ex Article 166 TEC) paragraph 5 provides that: «5. As a complement to the activities planned in the multiannual framework programme, the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure and after consulting the Economic and Social Committee, shall establish the measures necessary for the implementation of the European research area».

⁽¹²⁾ See European Commission, «ERA Framework Public Consultation: Areas of untapped potential for the development of the European Research Area. Document accompanying the on-line public consultation questionnaire on the ERA framework», available at: http://ec.europa.eu/research/consultations/era/consultation_era.pdf.

The following section highlights the history and development of the ERA as well as its influence on the European research integration process; the endemic problems and criticisms of the ERA will be analysed in the light of its evolutions through implementing instruments which were used during the years. Its future and perspectives will be mentioned in order to outline the foreseen scenarios towards Europe 2020.

2. — *The roots of the ERA concept.*

The idea of building a common Research Area began about 50 years ago. In 1974, European Commissioner Ralf Dahrendorf, who assumed leadership of the Directorate General for Research, Science and Education in 1973, elaborated the idea of an Action Programme. He invited Member States to harmonize national procedures relating to decisions concerning R&D and provide systematic information on their national own research policy initiatives. He proposed the development of a «Single Area for European Science» thus lowering national barriers in scientific research, starting on the assumption that coordination was needed for integrating in a coherent way all multiple forms of European research. This simple approach became the basis on which following concepts were built from one of Dahrendorf's successors, Commissioner Antonio Ruberti to nowadays.

In Dahrendorf's view the «Single Area» stemmed from the cooperation among Member States through diversified actions at different levels: researchers' mobility; coordinated actions and cooperation programmes; identification of laboratories for developing joint research at European level and the common exploitation of existing research infrastructures; the creation of researchers' networks; the cooperation with third countries and the creation of a European Science Foundation⁽¹³⁾.

⁽¹³⁾ See also L. GUZZETTI, *A Brief History of European Union Research Policy*, European Commission, Bruxelles, 1995.

The work programme planned by Dahrendorf constituted the basis of the four Council resolutions announced on the 14th of January 1974 which welcomed the initiative of the European Commission of undertaking projects in the field of science and technology in support of strategic sectoral policies of the Communities which needed or might be needed in the coming future research intervention⁽¹⁴⁾.

Dahrendorf's European Single Area uses the coordination method as a main instrument, thus realising a sophisticated model of intergovernmental cooperation⁽¹⁵⁾. This structure of a first common European Area of the Science was the starting point from where Antonio Ruberti, European Commissioner for Science, Research and Development, 1993-1994, initiated his research policies and enriched with a juridical framework. New community policies were developed and formally recognised through the Single European Act in 1987 and the first implementation experiences were gained through the initial Framework Programmes.

Building the ERA started as well from the assumption that research cooperation should not be exempted from a more general political relevance.

⁽¹⁴⁾ COUNCIL RESOLUTION of 14 January 1974 on an initial outline programme of the European Communities in the field of science and technology:

The Council notes with interest the programme submitted by the Commission, in the initial phase of which it proposes to undertake projects in the field of science and technology in support of those sectoral policies of the Communities for which a need for research has been recognized or may be recognized in the future.

The Council also notes with interest the Commission's intention to submit proposals for projects relating to scientific and technical information, tasks connected with public service, and scientific and technical services.

The Council however emphasises that, with the exception of matters militarily or industrially classified as secret, no sphere of action in the field of science and technology should be excluded a priori.

The Council welcomes with interest the Commission's intention to submit as soon as possible, after consultation of the Scientific and Technical Research Committee, specific proposals for projects, drawn up on the basis of the outline programmes submitted by the Commission and designed to support the sectoral policies of the Communities.

⁽¹⁵⁾ See R. DAHRENDORF, *Europäisches Tagebuch* (der Standard), Göttingen: Steidl, 1995.

Antonio Ruberti ⁽¹⁶⁾, affirmed that in order to satisfactorily comply with the requirements of contemporary science, the European Research Area should be built on a «cultural» dimension through the inclusion of science in the social dimension. Ruberti underlined as well the importance of values and goals on which European cooperation in science was to be built. «Building Europe is an excellent school of tolerance, learning openness towards others and respect of values. Ethics basic principles derive from cohabitation. Science ethics doesn't make an exception to this general rule. From this point of view, Europe can be a particularly interesting laboratory» ⁽¹⁷⁾.

Another founding element of the ERA was the assumption that the European Area for science should also provide, according to Ruberti, the space for free research ⁽¹⁸⁾. Cooperation and convergence are other aspects underlined as equally important with reference to the concept of coordination, which according to Ruberti ⁽¹⁹⁾; was clearly stated through the White Paper «Growth, Competitiveness and Employment» and in subsequent documents as conclusions of European Council's meetings. Coordination, according to Ruberti, cannot be imposed authoritatively but has to stem through a bottom-up approach through increasing cooperation and making it a common practice for scientific activities ⁽²⁰⁾.

There were differences in the understanding of the concept of European Research Area between Dahrendorf and Ruberti with respect to coordination. Dahrendorf argued that the coordination method was to take place through strong inter-governmental collaboration, and was the key factor for

⁽¹⁶⁾ A. RUBERTI, M. ANDRÈ, *Un espace européen de la science*, Parigi 1995; Id., *Uno spazio europeo della scienza*, Firenze 1996.

⁽¹⁷⁾ A. RUBERTI, M. ANDRÈ, *Uno spazio europeo della scienza*, Firenze, 1996, p. 137.

⁽¹⁸⁾ About the concept of «free research» see also A. RUBERTI, *Una politica per la ricerca e l'università*, in *Europa a confronto. Innovazione, tecnologia, società*, a cura di Antonio Ruberti, Roma-Bari, 1990.

⁽¹⁹⁾ A. RUBERTI, M. ANDRÈ, *Issues in Science and Technology*, National Academy of Sciences, 1995.

⁽²⁰⁾ See also A. RUBERTI, *La dimension européenne de la Politique de Recherche - Le Savant et la politique aujourd'hui*, Albin Michel, 1996.

achieving a single or at least an integrated area for research. This concept implicitly excluded the communitarian frame from which it was autonomous and delegated responsibilities to the capabilities of the single countries to coordinate and cooperate in research. On the other hand, Ruberti introduced a more structured view for the accomplishment of the European Research Area, relying on a communitarian government and including the process within an overall political path towards the full creation of an operation European Union, starting from the field of science and research.

3. — *The role of innovation.*

Analysing in dept further ideas launched by Ruberti, it resulted that the European Area needed to be elaborated by taking into account that science had to be redefined as being part of the society and that current society should consider itself strictly linked to science⁽²¹⁾. The European society can qualify itself, according to Ruberti, as an «innovation society». Within this kind of society, scientific and technical innovations are not limited to the scientific community. These innovations become a cultural phenomenon as they spread to the whole social system thus causing changes at economic and juridical level, in the employment sector, in social relationships, in people's mentality, values and forms of artistic expression.

It is interesting to deepen the analysis of Ruberti's vision, in particular with reference to the concept of «innovation» which he mentioned years ago, because the same concept is now again at the heart of the European debate. The intuitions of Ruberti were evidently taken up by the European research scenario at different stages. A strong confirmation of this can be noticed nowadays: the concept of innovation is now central to the Europe 2020 strategy and its first flagship initiative “Innovation Union” (Brussels 6.10.2010, COM (2010) 546 final, «Europe 2020 Flagship Initiative - In-

⁽²¹⁾ A. RUBERTI, *L'innovazione tecnologica*, XI Congresso nazionale degli ingegneri, Maratea, 13-15 settembre 1995.

novation Union» SEC(2010) 1161). As a matter of fact the current Commissioner for Research & Innovation Geoghegan-Quinn made this concept central in her research strategy defining it as «best means of successfully tackling major societal challenges, such as climate change, energy and resource scarcity, health and ageing, which are becoming more urgent by the day»; thus leading to the current goal: «the biggest challenge for the EU and its Member States is to adopt a much more strategic approach to innovation. An approach whereby innovation is the overarching policy objective, where we take a medium- to longer-term perspective, where all policy instruments, measures and funding are designed to contribute to innovation, where EU and national/regional policies are closely aligned and mutually reinforcing, and last but not least, where the highest political level sets a strategic agenda, regularly monitors progress and tackles delays»⁽²²⁾.

This close interlinkage between science, research and society allows further development which is the integration of the concept of «innovation» as largely intended. The European Commission, when talking about research never ignores the connection which innovation has, and also includes «social innovation»⁽²³⁾. The link between innovation and society introduced by Ruberti years ago has been expanded and is now part of an important pillar for the European Research strategy under the concept of «social innovation». This has been recently underlined in the Europe 2020 strategy, within the Flagship initiative «European Platform Against poverty», announcing future actions in the next Common Strategic Framework aiming at «designing and implementing programmes to promote social innovation for the most vulnerable, in particular by providing innovative education, training, and employment opportunities for deprived communities, to fight discrimination

⁽²²⁾ European Commission, COM (2010) 546 final, “Europe 2020 Flagship Initiative - Innovation Union” SEC(2010) 1161, 6 October 2010; See also: European Commission, «European Forward looking activities: building the future of “Innovation Union” and ERA», 2011.

⁽²³⁾ The same name of the Directorate General for Research at the European Commission has been changed into «Research & Innovation» thanks to the current Commissioner for Research & Innovation, Maire Geoghegan-Quinn.

(e.g. disabled), and to develop a new agenda for migrants' integration to enable them to take full advantage of their potential»⁽²⁴⁾ The same Commission defined the concept of Social Innovation as a «new answer to societal issues» and intends to fund research projects on this subject through the Socio-economic Sciences and Humanities Work Programme 2011⁽²⁵⁾.

This approach testifies the enormous evolution which the concept of research has experienced, especially that of European collaborative research, which about 50 years ago, was solely intended for covering activities within the nuclear field. The broad concept of research and innovation has shaped and is still intensively modelling the structure and landscape of the European Research Area which appears to be an extremely complex and faceted dimension⁽²⁶⁾. It is noticeable then, that the European Research Area and its strategies are building on the past steps undertaken towards European Integration but it demonstrates as well that Europe has encountered difficulties in implementing the goals identified in previous decades and it is still trying to renew itself and strengthen its growth while remaining strongly anchored to its past⁽²⁷⁾. It could be argued as well that the intuitions of Ruberti were at that time still visionary in comparison to

⁽²⁴⁾ European Commission, «Europe 2020. - A European strategy for smart, sustainable, inclusive growth», COM (2010) 2020.

⁽²⁵⁾ European Commission, Cooperation, Theme 8, Socio-economic Sciences and Humanities 2012 Work Programme, 19 July 2011: «Social innovation can be defined as a new answer to societal issues through participatory and citizens' empowering systems. Social innovators identify and deliver new services that improve the quality of life of individuals and communities using innovative processes aiming for instance at new labour market integration, social inclusion, finding new ways to address health care, education delivery, resource efficiency and environmental challenges». See also: Vienna Declaration: The most needed social innovations and related research topics, September 2011 at http://www.socialinnovation2011.eu/wp-content/uploads/2011/04/Vienna%20Declaration_version%2001%20for%20discussion.pdf.

⁽²⁶⁾ For a deeper analysis on the concept of Research and Innovation see also: P. LARÉDO, P. MUSTAR, *Research and innovation policies in the new global economy: an international comparative analysis*, Montpellier Parade, Cheltenham, Glos GL50 1 UA, UK, 2001.

⁽²⁷⁾ For a deeper analysis on the politics and evolution of the ERA see also: T. BANCHOFFE, *The politics of the European Research Area*, ACES Working Paper 2002.3, August 2002

the tools Europe had, and only now are the conditions such that they allow a real implementation of these strategies.

In the following section a description of the current concept of ERA will be described, along with a deeper analysis of the structural elements and weaknesses of the ERA in order to give a complete picture of the current and future dimension of the area itself.

4. — *The present concept of ERA.*

Currently the European Research Area can be identified as a complex picture composed by a set of research and development activities, programmes and policies in Europe involving a transnational perspective. These instruments are aimed at enabling researchers, research institutions and businesses to increasingly circulate, compete and co-operate across borders giving access to a Europe-wide open space for knowledge and technologies in which transnational synergies and complementarities would be fully exploited⁽²⁸⁾.

ERA actions are meant to be operated at all levels: regional, national and European. A number of fully integrated European-level structures and programmes have been designed: the Framework Programmes, related European agencies and undertakings, as well as a number of intergovernmental infrastructures and research organisations. Some have existed for more than 50 years, such as the European Organisation for Nuclear Research (CERN)⁽²⁹⁾

⁽²⁸⁾ This is the definition given on the dedicated website to the European Research Area: http://ec.europa.eu/research/era/index_en.htm.

⁽²⁹⁾ Established in 1954 whose purpose is promoting research in high energy particle physics and «provide for collaboration among European States in nuclear research of a pure scientific and fundamental character» as stated in its Convention. The CERN Convention, established in July 1953, was gradually ratified by the 12 founding Member States: Belgium, Denmark, France, the Federal Republic of Germany, Greece, Italy, the Netherlands, Norway, Sweden, Switzerland, the United Kingdom, and Yugoslavia. On 29 September 1954, following ratification by France and Germany, the European Organization for Nuclear Research officially came into being. The provisional CERN was dissolved but the acronym remained. See <http://public.web.cern.ch/public/en/About/History54-en.html>.

and the research activities of the European Atomic Energy Community (Euratom)⁽³⁰⁾. Many were created in the 1970s and 1980s, such as the European Space Agency (ESA)⁽³¹⁾ and the first Framework Programmes. Further to this, other tools have been created during the years for completing the picture such as the European Research Council⁽³²⁾, the Joint Technology Initiatives⁽³³⁾ and the European Institute for Innovation and Technology⁽³⁴⁾. Notwithstanding this complex landscape⁽³⁵⁾, Europe was, and still is, aiming at achieving the transition towards a knowledge-based economy⁽³⁶⁾. This

⁽³⁰⁾ From the definition in the dedicated website (http://ec.europa.eu/energy/nuclear/euratom/euratom_en.htm): The Euratom Treaty establishing the European Atomic Energy Community (Euratom) was initially created to coordinate the Member States' research programmes for the peaceful use of nuclear energy. The Euratom Treaty today helps to pool knowledge, infrastructure, and funding of nuclear energy. It ensures the security of atomic energy supply within the framework of a centralised monitoring system.

⁽³¹⁾ «Created with the purpose of provide for, and to promote, for exclusively peaceful purposes, cooperation among European States in space research and technology and their space applications, with a view to their being used for scientific purposes and for operational space applications systems» (Excerpt from Article II, Purpose, Convention of establishment of a European Space Agency, SP-1271(E), 2003).

⁽³²⁾ From the definition on the dedicated website (<http://erc.europa.eu/about-erc>): The main goal of the European Research Council (ERC) is to encourage high quality research in Europe through competitive funding. In this section you can find out more about the ERC and the vital role it plays in supporting European leadership in world class research.

⁽³³⁾ See footnote n. 46

⁽³⁴⁾ From the definition in the dedicated website (<http://eit.europa.eu/>): The European Institute of Innovation and Technology (EIT) is an EU body established in March 2008 with the mission is to increase European sustainable growth and competitiveness by reinforcing the innovation capacity and, most importantly, the innovation impact of the EU.

⁽³⁵⁾ For an in-depth examination of the changing research and innovation landscape in the framework of the ERA see also: J. EDLER, S. KUHLMANN, M. BEHRENS, *Changing governance of research and technology policy: the European research area*, Montpellier Parade, Cheltenham, Glos GL50 1UA, UK, 2003.

⁽³⁶⁾ About the role of «knowledge» in the European integration process, see R. CIPPITANI, *L'Europa della conoscenza (la ricerca e l'educazione al centro della costruzione comunitaria)*, in T. Sediari (edited by) *Cultura dell'integrazione europea*, Torino, 2005, pp. 81-167. According to the legal aspects of the integration process see R. CIPPITANI, *Civil Law in the Time of the Knowledge-based Society*, in *JuriPolis*, 2010, p. 125 ss.

transition seems to be mainly linked to a proper investment in research and technological development. The criticisms still mining the completion of this objective were analysed through the Communication «Towards a European Research Area» in 2000, which pointed out the main weaknesses underneath the process of transition; among others, the two main elements of concern are constituted by the 1) lower research efforts and investments of EU GDP (average about 1.8%) in comparison to the United States (2.8%) and Japan (2.9%) and the 2) lower employment rate for researchers among the industrial workforce in the EU in comparison to US and Japan⁽³⁷⁾.

The European potential however has always been considered to be high and still improvable. For this reason the strategy of the European Commission along with the Council and the Parliament were centred, as detectable in the COM 2000 «Towards a European Research Area», on some focused actions. Stimulating a better investment in knowledge in Europe by creating new products, processes and markets research and technology was one of the first elements considered along with the increasing of public research efforts in fields like health, sustainable development or industrial, food and nuclear safety, in order to allow a proper evidence-based policy making.

Another important pillar was based on increasing private investment in research in order to better exploit the potential of high technology and improve the creation of companies commercialising the results of research & development thus unveiling the economic value of investment in knowledge. This process needed to be based on a better organisation of the research system in Europe in order to avoid fragmentation, isolation and compartmentalisation of national research efforts and systems and the disparity of regulatory and administrative systems. The ultimate part of the strategy was to define and share a European Research Policy.

⁽³⁷⁾ See also E. DÉVOUÉ, *La coordination des politiques de recherche-développement: le cas européen*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 463, dicembre 2002, p. 676. For a critical view on the Lisbon Strategy see also P. MAILLET, *Lisbonne: Une noble ambition, mais de curieuses méthodes*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 441, 2000, p. 516; F. WANDAMME, *Lisbonne*, in *Revue du Marché Commun et de l'Union Européenne*, 438, 2000, p. 285.

These strategies were then used as a basis by the European Commission to propose practical actions to be undertaken in the following periods thus shaping the structure of the ERA. The action lines were mainly based on networking of existing centres of excellence in Europe and creating virtual centres through the use of new interactive communication tools. A common approach to the needs and means of financing large research facilities in Europe was intended to be implemented along with a more coherent way for connecting national and European research activities and tightening relations between the various organisations of scientific and technological cooperation in Europe. A better use of instruments and resources to encourage investment in research and innovation, systems of indirect aid (within the Community rules on State aid), patents, risk capital, were also part of the foreseen actions as well as establishing a common system of scientific and technical reference for the implementation of policies.

Mobility of resources was crucial in the strategy envisaged, which included not only a greater mobility of researchers and introduction of a European dimension to scientific careers, but also more prominence to the place and role of women in research as well as increased efforts for stimulating young people's taste for research and careers in science.

Greater European cohesion in research was also a target which was meant to be reached through knowledge transfer at regional and local levels, through an enhanced exchange between scientific communities, companies and researchers of Western and Eastern Europe, through making Europe more attractive for researchers from the rest of the world and, last but not least, through the promotion of common social and ethical values in scientific and technological matters.

Most of these lines of action were not new as the European Commission works towards European Integration in Research & Development. The roots stem from the previous years of work towards the creation of the European Union itself thus confirming the intuitions of the initiators of the ERA. On the other hand, when one considers that most of these lines of action have already been implemented in the years following the COM 2000 «Towards a European Research Area» through the implementation of

the 6° and 7° Framework Programmes (hereinafter, respectively, «FP6» or «FP7») and other ERA initiatives, the extent to which these measures have been successful is still a matter of discussion at European level.

5. — *The evolution of ERA after the Lisbon Strategy.*

The Lisbon strategy initiated in the year 2000 stated that : «Even more so than the century that has just finished the XXIst century we are now entering will be the century of science and technology. More than ever, investing in research and technological development offers the most promise for the future»⁽³⁸⁾. This sentence could be considered as the starting point for planning the future developments of the European Research Area, which shaped the current ongoing FP7.

The scenario has not always been positive for research. Endemic problems of the ERA persist. Despite the low rate of GDP dedicated to Research & Innovation (about 1.8% instead of the targeted 3%), the gap between public and private expenditure in research and low employment and workforce rate for researchers and scientists, research and technology account for 25% to 50% of economic growth and have a strong influence on competitiveness and employment and the quality of life of Europeans.

The ERA suffers also from substantial weaknesses which have been detected through the years by the Commission itself (see the White paper «Growth, competitiveness and employment», 1993; the Green Paper in 1995; the Communication «Towards a European Research Area», 2000). Scarcity of resources and insufficient technological transfer⁽³⁹⁾ are still some of the elements frequently mentioned together with a lack of a real coordi-

⁽³⁸⁾ See «Towards a European research area», COM 2000 6 final, Introductory paragraph situations and objectives, 1. Research in Europe, p. 4.

⁽³⁹⁾ See: G. DOSI, P. LLERENA, M. SYLOS LABINI, *The relationships between science, technologies and their industrial exploitation: An illustration through the myths and realities of the so-called 'European Paradox'*, in *Research Policy*, Vol. 35, 10, 2006, pp. 1450-1464.

nation between Member States, fragmentation, complicated and inflexible procedures as well as total lack of risk-trust balance as emerges from the FP7 Interim Evaluation⁽⁴⁰⁾. Nowadays the ERA is meant to be a dynamic, multicultural and interdisciplinary environment with a strong industrial base. It is one of the assets of the European Union together with several key factors which grants to the EU a vibrant and continuous growth. The service sector is in continuous evolution and the quality of the agricultural sector is considerably high.

Nonetheless the EU has long and outstanding traditions in fields like the single market, the largest in the world, launched in 1990, and the common currency levelled up the competitiveness of the Union especially for the trade sector. Many EU Member States are amongst the most innovative and developed economies in the world. Talking about research, from a self-assessment exercise developed by the Commission services it emerged that with respect to scientific quality: «62% of services state that independent review or other similar evidence indicate that a majority or nearly all research conducted in the frame of the ERA is world-leading in terms of its originality, significance and rigour⁽⁴¹⁾». This confirms once again that the best opportunities of growth and stability for Europe depend on collective actions – acting as a Union.

The main acting instruments used by the ERA are the Framework Programmes. As a matter of fact, most of the actions proposed by the Commission have been achieved (or attempted to achieve) through specific actions designed within the Framework Programmes. Such Programmes currently constitute an effective tool for monitoring and measuring the impact and potential of the ERA as well as its current status of development and its achievements. They can be considered as a mean to integration referring not only to the EU27 Member States. This integration passes as well through a sound balancing and complementarity with established national

⁽⁴⁰⁾ See the «Interim evaluation of the VII Framework Programme: Report of the Expert Group» of 12 November 2010.

⁽⁴¹⁾ Interim evaluation of the VII Framework Programme: Report from the Expert Group, 12th November 2010.

research programmes. The Joint Programming Initiatives⁽⁴²⁾ have in recent years been created to foster and support these efforts of coordinating and complementing research programmes and activities in Europe to strengthen the critical mass and to fight further fragmentation.

Aiming at funding excellence in research, the Framework Programmes are the main link between the European Research Area and the Knowledge-based economy and society. These programmes, to be approved through a co-decision procedure (according to Article 182 of the TFEU⁽⁴³⁾) between the European Parliament and the Council, upon proposal from the European Commission, are complemented in the shaping and strengthening of the ERA by other instruments (further to the JPIs just mentioned above) such as the Joint Technology Initiatives⁽⁴⁴⁾, there are also programmes according

⁽⁴²⁾ For a full information on JPIs visit: http://ec.europa.eu/research/era/areas/programming/joint_programming_en.htm.

The overall aim of Joint Programming is to pool national research efforts in order to make better use of Europe's precious public R&D resources and to tackle common European challenges more effectively in a few key areas.

It will follow a structured strategic process whereby Member States agree common visions and strategic research agendas to address major societal challenges.

⁽⁴³⁾ See the Consolidated version of the Treaty on the Functioning of the European Union (TFEU), Official Journal of the European Union, 30.03.2010 C83/129, Article 182 (ex Article 166 TEC) title xix, research and technological development and space 1. A multiannual framework programme, setting out all the activities of the Union, shall be adopted by the European Parliament and the Council, acting in accordance with the ordinary legislative procedure after consulting the Economic and Social Committee.

⁽⁴⁴⁾ For a full documentation on JTIs visit: http://ec.europa.eu/information_society/tl/research/priv_invest/jti/index_en.htm.

In a limited number of cases, the scope of the RTD objectives and the resources involved justify setting up long-term public-private partnerships in the form of «Joint Technology Initiatives» (JTIs). JTIs aim to achieve greater strategic focus by supporting common ambitious research agendas in areas that are crucial for competitiveness and growth, assembling and coordinating at European level a critical mass of research. They therefore draw on all sources of R&D investment - public or private - and couple research tightly to innovation. JTIs may become operational by setting up a Joint Undertaking under Article 187 TFEU to create a single, Europe-wide and industrially-driven R&D and programme that will help EU industry to achieve world leadership. JTIs will combine, for the first time, a critical mass of national, EU and private resources within one coherent, flexible and efficient legal fra-

to the Article 185 TFEU ⁽⁴⁵⁾, ERA-NET and ERANET-Plus schemes ⁽⁴⁶⁾. Even if balance and complementarity are pursued by the European programmes, in some cases their relevance and field of action is so wide that they influence and give direction to national research activities such as Space Research (influenced by the European Space Agency) and Particles' Physics (driven by CERN) which necessarily need to keep a strong link and cooperation at transnational and international level. The European Programmes then often constitute in several EU Member States the most (or unique)

network; they also ramp up R&D investment in Europe by providing incentives to industry and Member States to increase their R&D expenditure.

Two JTI's were launched in February 2008 in the following ICT domains: ARTEMIS Joint Undertaking has been established to run the JTI in embedded systems; ENIAC Joint Undertaking has been established to run the JTI in nano-electronics.

For more details, please see the Council regulations published in the Official Journal (L30/51) on 4 February 2008.

⁽⁴⁵⁾ http://cordis.europa.eu/fp7/art185/about-185_en.html.

Article 185 TFEU (ex Article 169 TEC) states that: «In implementing the multiannual framework programme, the Union may make provision, in agreement with the Member States concerned, for participation in research and development programmes undertaken by several Member States, including participation in the structures created for the execution of those programmes.» In practical terms, Article 185 TFEU foresees the participation of the EU in the joint implementation of (parts of) research and development national programmes. Implementing Article 185 TFEU in the Seventh Framework Programme implies that the participating EU Member States integrate their research efforts by defining and committing themselves to a joint research programme, in which the EU promotes the voluntary integration of scientific, managerial and financial aspects. The EU provides financial support to the joint implementation of the (parts of the) national research programmes involved, based on a joint programme and the setting-up of a dedicated implementation structure.

⁽⁴⁶⁾ The overall aim of the ERA-NET scheme is to develop and strengthen the coordination of national research activities. The Plus instrument is designed to further enhance trans-national funding of research, building on the classic ERANET instrument. The new dimension brought by the Plus instrument is that the Commission provides an incentive for the organisation of joint calls by «topping up» joint transnational funding with Community funds. Expected benefits from the ERA-NET Plus instrument include reducing the risk of fragmentation and duplication, and helping to achieve critical mass, seen as important elements in the drive towards the goal of the European Research Area. See «ERA-NET Plus Review 2010 Final Report of the Review Panel» ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/fp7/coordination/docs/era-net-plus-review-2010_en.pdf.

opportunity to tackle specific research areas and lines of action because of lack of adequate public funding or resources. There is some evidence that successive Framework Programmes, and the current FP7 in particular, are having a positive «leverage» effect in promoting national research efforts and reinforcing the research and innovative capacity of industry⁽⁴⁷⁾.

One of the added value of these programmes is indeed the variety of the actors directly involved in research, development and exploitation processes: not only academic research environments but also public and private research centres, industries, small and medium sized enterprises, civil society organisations, end-users, associations, NGOs, policy-makers and so on. This wide spectrum is one of the additional elements which makes the ERA so peculiar and competitive with respect to the international environment and allows declaring that Europe produces at the moment one third of the scientific knowledge developed at world level.

The evolution of the ERA through the years has been analysed and assessed by the Commission through targeted reports aiming at evaluating the results and structure of the Framework Programmes as well as the impact on the European Research Area. It is relevant to mention the last two assessment reports published with this purpose, «Evaluation of the Sixth Framework Programme for Research and Technological Development, 2002-2006 - Report of the Expert Group»⁽⁴⁸⁾ published in February 2009 and the «Interim Evaluation of the Seventh Framework Programme - Report of the Expert Group»⁽⁴⁹⁾ published in November 2010. It is worth mentioning that FP6 was the first FP clearly intended to contribute to a wider set of policy initiatives, specifically the ERA and the Lisbon goals. The ERA idea received broad support at the highest political levels but achieving it required a strategy. The planning of FP6 was meant to provide the needed opportunity

⁽⁴⁷⁾ Interim Evaluation of the Seventh Framework Programme – Report of the experts group, 12 November 2010.

⁽⁴⁸⁾ http://ec.europa.eu/research/reports/2009/pdf/fp6_evaluation_final_report_en.pdf.

⁽⁴⁹⁾ http://ec.europa.eu/research/evaluations/pdf/archive/other_reports_studies_and_documents/fp7_interim_evaluation_expert_group_report.pdf.

to translate the ERA vision into Research and Technological Development (RTD) policy. Hence, FP6 was intended to focus and integrate European research so as to «structure» the ERA and strengthen its foundations. To achieve this, FP6 was allocated a budget of €19,235 billion (amounting to annual spending of 3.9% of the EU Budget in 2001) and ran from 2002 to the end of 2006.

It was reported in 2008 by an expert group who assessed the overall FP6 that: «While FP6 has functioned well in strengthening the ERA, it was successful only to a limited extent in bringing new knowledge all the way to the industrial sector». In addition: «The FPs clearly establish network relationships among RTD performers but there is little evidence that FP6 or its new instruments have had permanent effects upon the structure of European RTD capabilities. There has been more success in encouraging states to coordinate RTD funding activities and progress made in respect of research infrastructures has had important structuring effects.[...] This is nonetheless a clear example where the structuring effect of FP investments contributes to critical mass and interconnectedness within the ERA».

Among the recommendations given towards the strengthening of the ERA, there was mentioned for better synchronisation with national research efforts (thus showing that the strategies settled in the COM 2000 Towards a European Research Area were not yet fully achieved; this explains as well the focus on Joint Programming undertaken subsequently in FP7), stronger efforts and budget for International Cooperation. Two years after, the FP7 Interim Evaluation was carried out by a group of selected and diverse European experts that analysed the first steps and the first 3 years of activities of the current programme.

Some improvements can already be detected with respect to the year 2000. The Research Investment in the «EU as a whole amounted to some €89.8 billion, a little below the figure of US reaching €96.8 billion. However, if the FP expenditure (most of it FP7, but some accounted for by the latter stages of FP6) of €6.4 billion is added, the EU total is just short of the US at €96.2 billion. The proportion accounted for by the FP is 6.7% of the total public research effort».

It has also been underlined that the FP7 annual budget exceeds the annual research spending of all but the five largest Member States, thus giving concrete evidence of the wideness of this instrument. Furthermore from the FP7 Interim Evaluation, some conclusions have been reported regarding the current status of the ERA. Excellence seems to have been central in FP7 funded projects but cross-border coordination of research programmes and priorities, even if slightly improved, still faces significant obstacles. Even if the competitiveness of Europe in terms of excellent research and researchers have definitely benefited especially from the Ideas specific programme, the path is not completed yet.

It emerges that there was an overall generally positive impact of FP7 on the ERA but it is still noticeable that big potential still has to be exploited and developed. It is evident then, that among the endemic weaknesses for the development of the ERA, there are still two recurrent issues that are mining the achievement of the final goal. These include: the level of investment and funding for research (even if it increased over the years is still not optimal) and the fragmentation or lack of adequate coordination between the Member States and the EU. The Joint Programming Initiative still has to be reinforced in order to reach the goals set by the ERA. The concept that the relationship between the FP and ERA is crucial to the success of EU research policy is being reaffirmed.

6. — *Criticisms.*

When the ERA was envisaged and its creation was launched, a set of challenging activities and actions were included. Most of these components firstly envisaged by Dahrendorf and Ruberti, have been then later implemented through the Framework Programmes. However, from the self-assessment exercise developed by the European Commission, before and after the Commission's Communication «Towards a European Research Area» of January 2000, it resulted that weaknesses are still present and some objectives still need to be better tackled. Much has currently been delegated

to the next Common Strategic Framework to fill in the remaining gaps and weaknesses of the ERA by 2014.

It is worthy to underline that the European Research Area grew up together with the changing environment and periodical enlargements of the EU itself actively involving not only an increasing number of Member States (from EU-15 to EU 27) but also Associated Countries, neighbouring partner countries, Mediterranean partner countries, International Cooperation Partner Countries⁽⁵⁰⁾, and third industrialised countries. If the concrete borders of the Union are somehow well defined to a geographical area, the virtual borders of the European Research Area are definitely bigger and more inclusive. As a matter of fact it has also been called a «borderless European Research Area»⁽⁵¹⁾.

Innovation is a key asset of the European Research Area. It is indeed the capacity of taking stock of «internal» and «external» resources, capitalising knowledge and stimulating cooperative research and innovation going beyond the borders themselves for the ultimate benefit of European citizens.

One of the underlying objectives of the creation of the ERA was indeed to overcome fragmentation and all related problems as well as fostering the investments on research as addressed by the Lisbon Treaty which stresses once again the existence and the goals related to the ERA in Title XIX of the TFEU (Article 179.1, Article 182.1).

In order to build a veritable European Research Area⁽⁵²⁾, the Union has to encourage the free circulation of researchers and cooperation between undertakings, research centres and universities, removing the obstacles (in particular legal and fiscal ones) to this circulation and cooperation. Furthermore as already highlighted, the EU texts underline the need to increase

⁽⁵⁰⁾ Annex I of the Work Programmes, List of International Cooperation Partner Countries (ICPC) <ftp://ftp.cordis.europa.eu/pub/fp7/docs/icpc-list.pdf>.

⁽⁵¹⁾ See article related to the Competitiveness Council of 2 December 2008 “Ministers outline EU research vision for 2020” at: <http://www.euractiv.com/science/ministers-outline-eu-research-vision-2020/article-177745>.

⁽⁵²⁾ Communication of the Commission, Towards a European Research Area, COM (2000) 6 final, 18 January 2000.

investments at European level, as the main instrument for both economic and social development⁽⁵³⁾.

«Freedom of knowledge» has been defined as the «fifth freedom» granted by the EU Treaties⁽⁵⁴⁾. EU documents in the last two decades complain about Europe's lack of capacity for innovation, especially when compared with that of the United States, Japan and emerging Asian economies⁽⁵⁵⁾. If research is the activity which leads to the production of knowledge, innovation involves converting knowledge into economic and social development⁽⁵⁶⁾. Indeed, innovation could be considered as the implementation of knowledge in a product or process⁽⁵⁷⁾. According to the institutional documents, several problems affect the EU innovation capacity⁽⁵⁸⁾: the inadequacy of the legal and administrative context⁽⁵⁹⁾, as for example the lack of a real EU patent; the weakness of the partnership between universities and research organizations (carrying out research activities) and enterprises (implementing innovation processes)⁽⁶⁰⁾. Some of these weaknesses have

⁽⁵³⁾ See Communication of the Commission to the Spring European Council, Working together for growth and jobs - A new start for the Lisbon Strategy.

⁽⁵⁴⁾ Communication, Better careers and more mobility: a European partnership for researchers, COM(2008) 317 final, 23 May 2008.

⁽⁵⁵⁾ See the Communication, Green Book on Innovation, COM (95) 688, 20 December 1995.

⁽⁵⁶⁾ Communication, Reviewing Community innovation policy in a changing world, COM (2009) 442 final, 2 September 2009.

⁽⁵⁷⁾ See definition of «innovation» provided under the Communication, Community Framework For State Aid for Research and Development and Innovation (2006/C 323/01) and under the Oslo Manual, Guidelines for Collecting and Interpreting Innovation Data, 3rd edition, OECD, 2005, p. 49.

⁽⁵⁸⁾ Those problems are highlighted by the documents of the last twenty years: by the White Book, Growth, competitiveness, employment; by the Communication, Innovation in a knowledge-driven economy, COM (2000) 567 def., 20 September 2000; by the Communication, Reviewing Community innovation policy in a changing world, etc.

⁽⁵⁹⁾ Communication, Reviewing Community innovation policy in a changing world.

⁽⁶⁰⁾ Among other documents, see the Commission Recommendation of 10 April 2008 on the management of intellectual property in knowledge transfer activities and Code of Practice for universities and other public research organizations (notified under document number C(2008) 1329).

been partially addressed through several initiatives implemented by the EU; most are still considered in a development phase and are mentioned again in the strategy towards Europe 2020.

It is relevant to compare the challenges envisaged with the practical actions implemented through the years; in particular those which took place under FP7 and FP6:

- a) The «networking of existing centres of excellence in Europe and the creation of virtual centres through the use of new interactive communication tools» was partially attempted through new funding tools created in FP6 and transferred partially in FP7, which are the so-called Networks of Excellence (NoE).
- b) A « common approach to the needs and means of financing large research facilities in Europe » is still a critical element of the EU Research strategy. The approach to the funding of existing research infrastructures or the creation of new ones is central to the European debate ⁽⁶¹⁾.
- c) A « more coherent implementation of national and European research activities and closer relations between the various organisations of scientific and technological cooperation in Europe », which was envisaged as well by the Article 181 TFEU, is the basic idea from where the Joint Programming Initiatives ⁽⁶²⁾ were created.

⁽⁶¹⁾ See Green Paper, «From challenges to opportunities: Towards a Common Strategic Framework for EU Research and Innovation funding», European Commission, 9.02.2011, COM (2011) 48, and Communication from the Commission, Europe 2020 - A strategy for smart, sustainable and inclusive growth, 3.03.2010 COM (2010) 2020 final.

⁽⁶²⁾ See: http://ec.europa.eu/research/era/areas/programming/joint_programming_en.htm. The overall aim of Joint Programming is to pool national research efforts in order to make better use of Europe's precious public R&D resources and to tackle common European challenges more effectively in a few key areas. It will follow a structured strategic process whereby Member States agree common visions and strategic research agendas to address major societal challenges. The following Joint Programming Initiatives (JPIs) have been identified to: Neurodegenerative Diseases/Alzheimer's ; Agriculture, food security and climate change; A healthy diet for a healthy life; Cultural heritage & global change; Urban Europe; CliK'EU; More years, better lives; Antimicrobial resistance; Water challenges; Healthy & productive seas and oceans.

- d) A « better use of instruments and resources to encourage investment in research and innovation: systems of indirect aid (within the Community rules on State aid), patents, risk capital » can be related to the initiative called «Risk Sharing Finance-Facility (RSFF) » introduced by FP7 through the joined forces of the European Commission and the European Investment Bank ⁽⁶³⁾.
- e) The « establishment of a common system of scientific and technical reference for the implementation of policies » (Common Strategic Framework for Research and Technology Development in under design by the European Commission towards the period 2014-2020) is currently under development.
- f) The goal of achieving « more abundant and more mobile human resources: greater mobility of researchers and introduction of a European dimension to scientific careers » has been broadly implemented since FP6 and more extensively in FP7 through the People programme aimed at stimulating researchers' career development, favouring mobility, exchanges between academia and enterprises, making Europe a more attractive market for best researchers.
- g) With respect to the increased « prominence to the place and role of women in research and to stimulating young people's taste for research and careers in science » it can be underlined that these actions have been implemented so far through the Capacities programme and specifically through the Science in Society sub-programme in FP7.
- h) «Enhancing European cohesion in research based on the best experi-

⁽⁶³⁾ RSFF is built on the principle of credit risk sharing between the European Community and the EIB and extends therefore the ability of the Bank to provide loans or guarantees for investment with a higher risk and reward profile. The RSFF has a EUR 2bn capital cushion, EUR 1bn from the EIB and the same amount from the Commission's 7th Research Framework Programme (2007-2013), enabling the Bank to lend more than EUR 10bn for this kind of investment. By end 2010, more than 60 loans had been signed for a total of EUR 6.3bn. This definition is available at: <http://www.eib.org/products/loans/special/rsff/>. Consult as well the "Operations evaluation. Evaluation of the activities under the Risk Sharing Finance Facility RSFF" April 2010, available at: http://www.eib.org/attachments/ev/ev_rsff_en.pdf.

ences of knowledge transfer at regional and local levels and on the role of the regions in the European research efforts; bringing together the scientific communities, companies and researchers of Western and Eastern Europe » has been among the objectives of a specific sub-programme within Capacities in FP7, Regions of Knowledge and support for regional research-driven clusters as well as Research potential of convergence regions who were meant to address these challenges.

- i) «Improving the attraction of Europe for researchers from the rest of the world » has been implemented through the People Programme, International Incoming Fellowship initiatives – FP7.
- j) Finally, «the promotion of common social and ethical values in scientific and technological matters » can be detected in the special attention given by the Commission to the evaluation of ethical issues in FP6 and FP7 projects as well as the implementation of ethical reviews from the proposal stage.

Notwithstanding the steps and actions undertaken to reach the above mentioned goals, the results and achievements are still deeply criticized. According to Khulmann's scorecard⁽⁶⁴⁾ on achievement to date of ERA ambitions, several goals are still categorized as «not» achieved, as for example more dynamic private research investment, effective tools to protect intellectual property, removal of obstacles to the mobility of researchers and a European dimension introduced into scientific careers.

Some goals have been categorised as achieved to a «limited extent», such as a greater place for women in research; attractiveness of research and careers in science for young people, attractiveness of Europe for the best brains, so that high quality research talent would be retained; networking of European S&T centres of excellence creation of virtual ones; more impor-

⁽⁶⁴⁾ See PRIME NoE ERA Dynamics - New configurations of knowledge, institutions and policy in Europe?, Stefan Kuhlmann, University of Twente, Discussion with European Commission, DG Research, Brussels, 13 February 2007. See as well *Challenging Europe's Research: Rationales for the European Research Area (ERA). Report of the expert group*, 2008 available at: http://ec.europa.eu/research/era/pdf/eg7-cra-rationales-final-report_en.pdf.

tant role to play for Regions in the European research effort.

Finally, the goal of scientific communities of Western and Eastern Europe to be better integrated is considered as achieved to a «very limited extent» (which seems an interesting paradox when considering the openness and strong emphasis given by the Commission to International Cooperation Actions especially in FP7 research actions while fragmentation is still considered to be an issue within Europe itself as emerging from these considerations).

Given all these factors it is interesting now to understand what the future steps will be in order to bridge the gap between the goals and the achievements of such objectives as well as the further strengthening and improvement of the current instruments and tools in order to complete the creation and full operability of the European Research Area.

The next section will try to give a comprehensive picture of the future actions announced by the European Commission towards the Europe 2020 strategy which fully includes the completion of the ERA.

7. — *Perspectives.*

From the analysis carried out so far, the European Research Area is one of the most productive environments in the world which still suffers from structural obstacles impeding thus the full exploitation of its potential. The main effort is still requested from Member States who have the main responsibility when talking about building a competitive public science environment. The European Union has complemented these responsibilities sponsoring the creation of the ERA. This support is still at the heart of the strategy for the next Common Strategic Framework (CSF) with initial current formulation building on the path indicated by the Europe 2020 Strategy and the Innovation Union flagship initiative.

Most of the actions envisaged in 2000 for the construction of the European Research Area have been undertaken or attempted in the last 10 years: the basement has been built and the European Strategy looking towards

2020 plans to build on these actions strengthening, multiplying, coordinating and maximising the efforts for the achievement of the ultimate goal. «The EU must now take charge of its future»⁽⁶⁵⁾: This statement is the basis of the European strategy looking towards 2020. Smart, sustainable and inclusive economy, high levels of employment, productivity and social cohesion are the grand challenges Europe is facing for the future.

The key components of this strategy towards the ERA to be taken into account and to build on, as mentioned in the Green Paper «From Challenges to Opportunities» highlights elements which were already envisaged during the last decade. A first example is the European Research Council (ERC) which was granted an enhanced step to the funding and increasing of excellence in European science. A further empowerment of the ERC is considered to be crucial both in terms of tools and importance for strengthening the ERA. A second example is made by the modernisation of the research agendas of the Member States for funding public research as well as developing major complementarity with Cohesion policy Funds which will sustain research excellence building.

Training, scientific career development and knowledge transfer have been fostered by the Marie Curie actions which have increased mobility and collaboration all over Europe and beyond. This trend has to be definitely maintained and supported throughout the next Common Strategic Framework.

The European Strategy for Research Infrastructures has given enhanced importance to the planning, construction and exploitation of research infrastructures ensuring access as well. A future development will take into major account the e-Infrastructures in order to facilitate even remote and virtual access to research facilities and scientific information in order to develop and implement high quality research infrastructures. As also underlined by the experts through the FP7 Interim Report, research infrastructures (RIs) are pivotal for the Knowledge Triangle, and as such are pillars for implementing the ERA.

⁽⁶⁵⁾ Europe 2020, a *European strategy for smart, sustainable and inclusive growth*. COM(2010) 2020.

International Cooperation has been and will continue to be crucial for the activities and strategies of the Union in tackling Grand (and Global) Societal Challenges as well as fostering the European competitiveness through mutually beneficial collaboration with third countries.

The European Commission had in 2010 already started to reflect about the future of ERA by structuring the demands and societal needs to which the next Common Strategic Framework should be confronted. A first decisive step is indeed the change in view and approach, from single actions and Programmes (FPs, CIP, European Institute for Technology etc.) to a Common Strategic Framework for Research and Innovation which will include, complement and integrate all these initiatives in a single framework. This huge action has been recently named through public consultation *Horizon 2020*.

The full realisation of the ERA then becomes a growing need both in response to socio-economic needs and concerns, and in support of an efficient European research system thus demonstrating a clear economic impact from research investment in the face of the squeeze on public budgets endangered by the economic crisis.

It should be also underlined that the strong focus on Innovation and the inclusion in one common framework of pure research activities (ERC, Grand Societal Challenges) with more industrially driven and product driven activities (CIP, EIT) will necessarily modify (but is not clear yet to what extent) the orientation and wide cover of the EU funded actions from basic research through demonstration till reaching the market (especially when dealing with the second pillar identified in the CSF «Creating Industrial leadership and competitive frameworks»). It is then questionable how far EU funding could go before really risking influencing the market itself and the European competitiveness in general.

By the end of 2011 the European Commission will publish its proposal to the Council and the Parliament for what has been named *Horizon 2020*: this proposal building on and stemming out also from the results obtained through a public consultation with the European players which ended last 20th of May 2011 regarding the Green Paper «From Challenges to oppor-

tunities». The Commission received over 1300 online contributions from organisations and individuals as well as about 800 position papers from Governments, associations, networks etc. wishing to contribute to shaping the future research funding programme.

At the moment of writing a first basic structure of this programme has already been shared with the Members States and Associated States: Horizon 2020 claims for a budget (still to be approved and discussed by the Parliament and the Council) of 80 billions € for Research and Innovation covering the Framework Programme, the Competitiveness and Innovation Programme and the European Institute for Innovation and Technologies. The strengthening of the ERA will still be a priority as well as the target of 3% of investment from the GDP for Research & Innovation.

Following what was stated in the Lund Declaration (2009), the Europe 2020 strategy, and the Innovation Union up to the recent CSF, Europe must focus on the grand-societal challenges of our time. That is why the First Pillar of Horizon 2020 is completely devoted to «Tackling Societal Challenges» which will include challenges like «Health, demographic change and wellbeing», «Food security and the bio-based economy», «Secure, clean and efficient energy», «Smart, green and integrated transport», «Supply of raw materials», «Resource efficiency and climate action» and «Inclusive, innovative and secure societies».

The European institute for Innovation and Technology and the Joint Research Center will contribute to address these challenges. The Second Pillar then will tackle «Creating Industrial Leadership and Competitive Frameworks» including «Leadership in enabling and industrial technologies», «Access to risk finance» and «Innovation in SMEs».

The Third Pillar will be devoted to «Excellence in the Science Base» covering «Frontier research (ERC)», «Future and Emerging Technologies (FET)», «Skills and career development (Marie Curie)» and «Research infrastructures».

Common Rules and funding schemes are the core objective of the simplification strategy envisaged for the overall programme. International Cooperation, Simplified Access, Coherence with other EU and Member States

actions as well as the strengthening of the European Research Area are underlying elements which will shape the structure, scope and wideness of Horizon 2020.

While the debates and consultations about Horizon 2020 are still ongoing, the European Commission recently published a Decision, last 19th of August 2011, which established the European Research and Innovation Area Board ⁽⁶⁶⁾ with the aim of supporting the Commission to achieve the full creation and operability of the ERA advising, giving recommendations, delivering opinions and report on an annual basis on the developments detected ⁽⁶⁷⁾. The establishment of this Board seems to be a further step towards the monitoring of achievements in relation to the ERA. Moreover, in these days, the European Commission launched a public consultation called “Public consultation on the European Research Area Framework, areas of untapped potential” open from the 13th of September till the 30th of November 2011. The objective of the consultation is to support the Commission analysis and give inputs on the prioritisation of the key issues related to topics ⁽⁶⁸⁾ such as the quality of doctoral training, attractive employment conditions, gender balance in research careers, mobility of researchers across countries and sectors, cross-border operation of research

⁽⁶⁶⁾ Commission Decision of 19 August 2011 establishing the European Research and Innovation Area Board (2011/C 243/07).

⁽⁶⁷⁾ The tasks of the Board have been identified through Article 2 of Commission Decision of 19 August 2011 establishing the European Research and Innovation Area Board (2011/C 243/07): a) to advise the European Commission on European Research Area Issues, to provide recommendations on priorities and actions and in particular on how to increase the innovation impact and to evaluate the relevant part of Innovation Union Flagship initiatives on a continuous basis; b) to deliver opinions on the development and realisation of the European Research Area and the Innovation Union at the request of the Commission, or on the Board’s own initiative; c) to provide the Commission with an annual report on the development of the European Research Area and of the Innovation Union; d) to reflect on new trends in the European Research Area and the Innovation Union.

⁽⁶⁸⁾ See «ERA Framework Public Consultation: Areas of untapped potential for the development of the European Research Area. Document accompanying the on-line public consultation questionnaire on the ERA framework», September 2011, available at: http://ec.europa.eu/research/consultations/era/consultation_era.pdf.

performing organisations, funding agencies and foundations, dissemination, transfer and use of research results, and opening of research infrastructures to the full European user community⁽⁶⁹⁾.

The outcome of the consultation is meant to support the Commission to decide on those issues, which should be addressed as priorities when preparing by 2012 the ERA Framework, which will set out measures to be taken to realize ERA.

8. — *Conclusion.*

Emerging from the information analysed in this article, is the argument that the ERA was born even before a real research international cooperation was accomplished. It took several years and different actions and instruments to turn the ERA into a concrete and legitimate goal and a real (virtual) environment. As demonstrated by the various reports and studies on this subject, the ERA is not completely functional yet. There are some struc-

⁽⁶⁹⁾ From the Consultation text:

quality of doctoral training, attractive employment conditions and gender balance in research careers;

mobility of researchers across countries and sectors, including through open recruitment in public research institutions and comparable research career structures and by facilitating the creation of European supplementary pension funds;

cross-border operation³ of research performing organisations, funding agencies and foundations, including by ensuring simplicity and mutual coherence of funding rules and procedures, building on the work of stakeholders, funding agencies and their representative organisations;

dissemination, transfer and use of research results, including through open access to publications and data from publicly funded research;

opening of Member State and Associated Countries operated research infrastructures to the full European user community;

completion or launch by 2015 of the construction of 60% of the priority European research infrastructures currently identified by the European Strategy Forum for Research Infrastructures (ESFRI), increasing the potential for innovation of these;

consistency of EU and national strategies and actions for international cooperation in science and technology.

tural changes which still have to be made and some weak points, which were transferred from one programme to the other, and still need to be properly tackled. The renewed emphasis on Innovation and the close linkage between research and exploitation which is being proposed through Horizon 2020 could further shape the landscape of the ERA and, in the view of the European Commission, should lead to the realisation «By 2014 of the measures necessary to achieve a unified, European Research Area, in which all actors, both public and private, can operate freely, forge alliances and gather critical mass in order to compete and cooperate on a global scale»⁽⁷⁰⁾.

⁽⁷⁰⁾ See message from the Commissioner Geoghegan-Quinn in Press release «Breaking down barriers to research – consultation on the European Research Area», 13 September, 2011.

MAURO BOVE^(*)

CONTROVERSIE RELATIVE ALLA CIRCOLAZIONE
DEI CITTADINI EUROPEI E DEI LORO FAMILIARI
(ARTICOLI 16 E 17 DEL D.LGS. N. 150 DEL 2011)

SOMMARIO: 1. Premessa. — Il procedimento sommario “corretto”. — 3. Ulteriori approfondimenti sulla “correzione” del rito sommario. — 4. Controversie in materia di mancato riconoscimento del diritto di soggiorno sul territorio nazionale in favore dei cittadini degli altri Stati membri dell’Unione europea o dei loro familiari. — 5. Controversie in materia di allontanamento dei cittadini degli altri Stati membri dell’Unione europea o dei loro familiari.

1. — *Premessa.*

Le controversie relative alla circolazione dei cittadini comunitari e dei loro familiari, in precedenza disciplinate dagli articoli 8 e 22 del d.lgs. n. 30 del 2007, sono ora disciplinate dagli articoli 16 e 17 del d.lgs. n. 150 del 2011⁽¹⁾. Essendo in esse stata riscontrata la prevalenza dei caratteri della semplificazione della trattazione e dell’istruzione della causa, i relativi procedimenti, in ossequio al criterio direttivo della delega (art. 54, 4° comma, n. 2), della legge n. 69 del 2009), sono stati riportati al procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-*bis* ss. c.p.c.

In verità, ognuno dei procedimenti di cui si occupa il Decreto è disciplinato da un intreccio normativo dato dalla sua disciplina speciale più la disciplina del modello di riferimento, che, peraltro, non corrisponde del tutto al modello codicistico, con l’eccezione del modello dato dal rito ordinario.

^(*) Professore ordinario di diritto processuale civile, Università di Perugia.

⁽¹⁾ Da ora indicato semplicemente come Decreto. Per una prima panoramica su questo decreto vedi LUIISO, *Diritto processuale civile*, IV, *I processi speciali*, Milano 2011, 104 ss.; CONSOLO, *Prime osservazioni introduttive sul d.lgs. n. 150/2011 di riordino (e relativa “semplificazione”) dei riti settoriali*, in *Corr. Giur.* 2011, 1485 ss.; SASSANI-TISCINI, *La semplificazione dei riti*, Roma 2011.

In altre parole, i due riti speciali di riferimento, quello del lavoro e quello sommario, sono “corretti” da norme generali contenute nella prima parte del Decreto.

Lasciando da parte il rito lavoro, che non interessa in questa indagine, dobbiamo, prima di analizzare separatamente i procedimenti di cui agli articoli 16 e 17 del Decreto, analizzare le norme generali dettate per il procedimento sommario di cognizione, per vedere in quale misura esso, quale modello di riferimento che qui sovviene, è stato “corretto” rispetto al modello codicistico.

2. — *Il procedimento sommario “corretto”.*

Nella legge-delega sopra citata, nel prevedersi, come è stato già accennato, che i procedimenti, anche se in camera di consiglio, nei quali fossero e siano prevalenti i caratteri della semplificazione della trattazione o dell'istruzione della causa dovessero essere riportati al procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-*bis* ss. c.p.c., si facevano anche due precisazioni.

Una di carattere generale: i procedimenti coinvolti dalla riforma dovevano essere posti al servizio della funzione dichiarativa e già rientranti nell'ambito della giurisdizione del giudice ordinario. Quindi il legislatore delegato, per un verso, non poteva toccare l'area della giurisdizione dei giudici speciali e, per altro verso, non poteva incidere nell'ambito di funzioni diverse da quella dichiarativa. Così, per essere chiari, posto che la delega faceva un cenno ai procedimenti camerali, era inteso che la legge delegata poteva occuparsi solo di quei procedimenti camerali posti già in precedenza al servizio dell'accertamento/tutela di situazioni giuridiche soggettive, lasciando fuori i casi in cui il rito camerale era, e resta, utilizzato per funzioni di giurisdizione volontaria, quindi per la cura di interessi.

Una di carattere particolare: nella delega era specificato che nell'utilizzare il detto procedimento sommario dovesse essere esclusa una sua essenziale peculiarità, ossia la possibilità di “passare” dal rito sommario a quello ordi-

nario nel caso in cui, come recita l'art. 702-ter, 3° comma, c.p.c., il giudice ritiene che le difese svolte dalle parti richiedano un'istruzione non sommaria (c.d. "passerella")⁽²⁾.

Su quest'ultima precisazione bisogna riflettere, anche alla luce della sua attuazione nella legge delegata, con particolare riguardo agli articoli 3 e 4 del Decreto. Ed anzi, direi, bisogna riflettere sulla vera portata del riferimento al modello del rito sommario⁽³⁾.

Ma, prima di svolgere questa riflessione, è bene distinguere l'esclusione della c.d. "passerella", tipica del procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-bis ss. c.p.c., dalla pur possibile "conversione" dal rito sommario ad altro rito.

Il Decreto stabilisce, all'art. 4, le modalità del mutamento di rito per i casi in cui si sia scelto un rito sbagliato nell'ambito dei procedimenti in esso disciplinati⁽⁴⁾. Ciò non è in contraddizione con l'esclusione della sopra citata "passerella" (dal rito sommario al rito ordinario), anch'essa in fondo basata su un errore. Il punto è che il legislatore ha voluto qui escludere che il rito sommario possa funzionare solo se nel caso singolo attore e giudice siano d'accordo nel ritenere che la causa concretamente instaurata abbia caratteri di semplicità istruttoria tali da consentirne la trattazione con un rito deformalizzato, con la possibilità, quindi, per il giudice di convertire il rito sommario in ordinario quando ritenga che quei caratteri di semplicità non

⁽²⁾ Sulle caratteristiche del procedimento di cui agli articoli 702-bis ss. c.p.c. vedi, fra gli altri, OLIVIERI, *Il procedimento sommario di cognizione*, in AULETTA, BOCCAGNA, CALIFANO, DELLA PIETRA, OLIVIERI, RASCIO, *Le norme sul processo civile nella legge per lo sviluppo economico la semplificazione e la competitività*, Napoli 2009, 79 ss.; LUISO, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Giur. It.* 2009, 1568 ss.; MENCHINI, *L'ultima «idea» del legislatore per accelerare i tempi della tutela dichiarativa dei diritti: il processo sommario di cognizione*, in *Corr. Giur.* 2009, 1025 ss.; BALENA, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.* 2009, V, 324 ss.; DITTRICH, *Il nuovo procedimento sommario di cognizione*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1582 ss.; CAPONI, *Un modello ricettivo delle prassi migliori: il procedimento sommario di cognizione*, in *Foro it.* 2009, V, 334 ss. e, se vuoi, BOVE, *Il procedimento sommario di cognizione*, in *Il giusto processo civile* 2010, 431 ss.

⁽³⁾ Sulle disposizioni comuni alle controversie disciplinate dal rito sommario di cognizione nell'ambito del Decreto vedi TISCINI, in SASSANI-TISCINI, *op. cit.*, sub art. 3, 23 ss.

⁽⁴⁾ Sulla problematica vedi TISCINI, in SASSANI-TISCINI, *op. cit.*, sub art. 4, 44 ss.

ricorrono in concreto. Al contrario, nella logica del Decreto, tutta presente già nella delega, c'è l'idea che quella valutazione di semplicità sia svolta *a priori* dal legislatore, senza che rilevi la valutazione del singolo giudice nel caso specifico. Insomma, è il legislatore che sceglie, a prescindere dai casi concreti, quali siano le controversie "semplici", per poterle riportare al percorso tracciato secondo le linee-guida del rito sommario. In questi casi il rito sommario non è meramente "possibile", come accade nella logica assunta dal codice di procedura civile agli articoli 702-*bis* ss., in cui la stessa tipologia di controversia può essere trattata col rito sommario o col rito ordinario a seconda di come essa si presenta in concreto, ma è "necessario": esso è l'unico rito utilizzabile! La valutazione del legislatore, fatta *a priori* (del caso concreto) ed una volta per tutte, esclude, quindi, ogni valutazione concreta dell'attore e del giudice.

Insomma, è vero che ogni causa, attinente alla tutela di un diritto soggettivo, che voglia essere decisa con forza di giudicato merita lo svolgimento di un giudizio che porti ad un accertamento serio, esaustivo e pieno. Ma, seguendo il percorso argomentativo del legislatore, è giustificabile che la legge allenti le maglie della c.d. cognizione piena quando la causa è semplice nei suoi presupposti fattuali. In ciò non c'è un allentamento di quella serietà ed esaustività, ma solo un allentamento delle forme predefinite dalla legge, affidandosi al giudice nel caso concreto nella scelta delle regole di organizzazione del processo.

Tutto ciò rappresenta l'attuazione di un principio di adeguamento del mezzo allo scopo.

Ma, si ripete, se la valutazione della detta semplicità è stata pensata come un compito da affidare al giudice di caso in caso nell'ambito degli articoli 702-*bis* ss. c.p.c., di essa si è invece fatto carico il legislatore una volta per tutte nell'ambito del Decreto, ritenendo appunto *a priori* che certe cause siano "tipicamente" semplici.

Qui si è trattato di trovare un equilibrio tra due valori costituzionali, entrambi espressi nell'art. 111 Cost.: per un verso, la garanzia del processo regolato dalla legge e, per altro verso, la garanzia della ragionevole durata del processo, che esprime un'esigenza di effettività della tutela giurisdizionale.

La prima garanzia non esprime solo una riserva di legge, come si legge nella Relazione di accompagnamento al Decreto, ma esprime anche un'esigenza di predeterminazione (e quindi di legalità e prevedibilità) dell'esercizio del potere giurisdizionale dello Stato. Ma essa deve fare i conti con la realtà e con altri valori. Essa fa i conti con la realtà nel senso che non è pensabile che la legge disciplini rigidamente ogni minimo anfratto del processo, dovendosi pur lasciare qualcosa allo spazio di scelta del giudice. Ma essa deve anche fare i conti con un'esigenza di equilibrio generale del sistema, che si ancora proprio ad un'esigenza di proporzionalità dei mezzi agli scopi. Ecco, allora, che, anche se con molte cautele, il riportare certe controversie, ritenute normalmente semplici nella loro base fattuale, al rito sommario può essere ritenuto compatibile col complesso quadro che offre l'art. 111 Cost.

Con ciò si spiega e, si spera, si giustifica su un piano di legittimità costituzionale, l'esclusione della c.d. "passerella".

Altro è, però, che l'attore si sbaglia nella scelta del rito, ossia instauri una controversia con un rito diverso da quello che per essa la legge aveva stabilito. Se, ad esempio, si instaura col rito sommario una controversia che il Decreto ha disciplinato col rito ordinario, allora si passa certamente dal rito sommario al rito ordinario. Ma ciò non ha niente a che fare con la sopra citata "passerella". Qui non accade che il giudice in concreto ravvisi elementi di complicazione tali da non consentire il trattamento della causa col rito sommario, pur in astratto possibile. Ma accade che l'attore ha sbagliato nell'individuazione del rito che rigidamente la legge aveva stabilito per quella certa controversia. In tal caso trova applicazione l'art. 4 del Decreto, che disciplina il mutamento del rito, per convertire quello errato, originariamente utilizzato dall'attore, in quello giusto, secondo le rigide previsioni del Decreto.

A tal proposito, inoltre, l'art. 3 del Decreto coerentemente si preoccupa di escludere l'applicabilità del 2° comma dell'art 702-ter c.p.c., nel quale si stabilisce che, se è stato instaurato un procedimento sommario di cognizione al di fuori del suo campo possibile di applicazione (trattavasi di causa di tribunale, ma in composizione collegiale), il giudice, lungi dal poter disporre un mutamento di rito, deve rigettare la domanda con una pronuncia di inam-

missibilità, norma questa abbastanza pesante e non del tutto ragionevole, perché con essa si perdono gli effetti sostanziali della domanda per un errore che in fondo era rimediabile.

Quindi, con particolare riguardo alle ipotesi di cui agli articoli 16 e 17 del Decreto, se queste vanno trattate col rito sommario in oggetto, ove, al contrario, l'interessato abbia instaurato il processo seguendo il rito ordinario o il rito del lavoro (gli altri due riti interessati dal Decreto), il giudice disporrà il mutamento di rito, passando al sommario, purché la questione sia sollevata in prima udienza, dal convenuto o dal giudice stesso. Il provvedimento è assunto con ordinanza previa instaurazione del contraddittorio, anche se la questione è sollevata d'ufficio. Resta la possibilità che la parte scontenta della scelta del giudice possa coltivare la questione in sede di decisione, provocando magari un nuovo mutamento di rito.

Se, poi, il mutamento di rito si accompagna ad una pronuncia d'incompetenza e vi è una *translatio iudicii*, il giudice *ad quem* non sarà mai vincolato alla scelta del rito effettuata dal giudice *a quo*, potendo egli disporre a sua volta un mutamento di rito. In ogni caso, come specifica l'art. 4 del Decreto, si salvano gli effetti sostanziali e processuali della domanda proposta col rito sbagliato ed anche le preclusioni eventualmente maturate nel rito sbagliato. La qual cosa può avere delle ripercussioni proprio negli ambiti di cui agli articoli 16 e 17, posto che, come vedremo qui non vi sono preclusioni. Di conseguenza, se per avventura il ricorrente dovesse, sbagliando, proporre la domanda secondo il rito del lavoro, nel passaggio al rito sommario si sconterebbero le preclusioni maturate nel rito originariamente scelto per errore, posto che, invece, nel rito lavoro le preclusioni vi sono ed anche in termini stringenti.

3. — *Ulteriori approfondimenti sulla "correzione" del rito sommario.*

Alle precisazioni già fatte sul modello di rito sommario di riferimento si devono aggiungere altre riflessioni.

Innanzitutto emerge una domanda. Ci si chiede: siamo sicuri che tutte le norme codicistiche non esplicitamente escluse siano qui applicabili?

Si pensi all'art. 702-ter, 4° comma, c.p.c., secondo cui il giudice deve disporre la separazione della domanda riconvenzionale che non possa essere trattata col rito sommario. La logica del codice di rito è la seguente: il rito sommario non impedisce la domanda riconvenzionale; se, però, la domanda riconvenzionale non è semplice, allora domanda originaria e domanda riconvenzionale seguono strade diverse (a meno che, direi, non vi sia una connessione forte, caso in cui dovranno insieme essere trattate col rito ordinario).

Nell'ambito del Decreto, invece, il detto problema dovrebbe essere affrontato diversamente. Nessun problema se la domanda riconvenzionale rientra tra quelle che, sempre per il Decreto, devono essere trattate anch'esse col rito sommario esclusivo. In caso contrario delle due l'una: trattasi di domanda che comunque può essere trattata col rito sommario secondo la logica codicistica, ed allora resta il simultaneo processo (ma con un distinguo perché, se la riconvenzionale è trattata col rito sommario codicistico e non col rito sommario del Decreto, per essa è sempre possibile l'appello, anche se, per avventura, l'appello per la causa originaria dovesse essere escluso), oppure non è così, ed allora si ha la separazione. Se, però, il simultaneo processo deve rimanere per connessioni forti, allora si applica l'art. 40 c.p.c. In tal caso, se non prevale il rito sommario, bensì quello ordinario, si pone un problema per l'appello, ove per una causa la legge lo escluda se trattata singolarmente col rito sommario. Qui o si porta fino alle estreme conseguenze l'idea dell'unicità del rito, ed allora vi sarà l'appello per tutte le cause, anche per quelle per le quali, se trattate e decise singolarmente, non era previsto l'appello, oppure si ritiene che l'appellabilità sia legata al tipo di causa, per cui il provvedimento finale avrà un capo appellabile ed uno non appellabile. In attesa di lumi da eventuali arresti giurisprudenziali, credo che sia ragionevole sposare la seconda soluzione.

A parte il citato dubbio, si devono far emergere altre disposizioni del Decreto di "correzione" del rito sommario codicistico.

L'art. 3, 2° comma, del Decreto stabilisce che quando la causa è da trattare e decidere in primo grado in composizione collegiale il presidente del collegio designa il giudice relatore. Ciò avviene col decreto con cui si fissa la data dell'udienza ed il termine di costituzione del convenuto, che non può

essere meno di 10 giorni prima dell'udienza. Inoltre, aggiunge la norma, il presidente del collegio può anche delegare ad uno dei suoi membri l'assunzione dei mezzi di prova.

L'art. 3, 3° comma, stabilisce che quando la causa è da trattare in unico grado in corte d'appello il procedimento è regolato secondo il rito sommario.

Questa disposizione è chiara ed ovvia. L'interesse ad una riflessione emerge da ciò che essa implica, come suoi presupposti impliciti.

Innanzitutto, essa parte dal presupposto che le norme del rito sommario non si applicherebbero se in corte d'appello ci si arrivasse attraverso l'appello proposto contro l'ordinanza pronunciata in primo grado dal tribunale. Questa idea a me non sembra condivisibile e su di essa tornerò poi, quando tratteremo dell'art. 16 del Decreto.

In secondo luogo, essa parte dal presupposto che quando, al contrario, la controversia è instaurata in tribunale in primo grado, sia sempre possibile l'appello avverso l'ordinanza conclusiva di questo giudizio. E ciò in effetti dovrebbe essere. Ma vi sono procedimenti nei quali l'appello è escluso da norma specifica: così, ad esempio, negli artt. 14 e 15 del Decreto. Ed anche nell'art. 18 (espulsione di cittadini non comunitari).

A mio avviso, non si possono criticare queste disposizioni affermando che il rito sommario è ammissibile solo se si lascia aperto l'appello, in quanto questo dovrebbe far recuperare la cognizione piena, che per la tutela dei diritti si deve avere almeno in un grado, perché l'appello nel rito sommario non serve, in realtà, a quel recupero! Tuttavia, se nel sistema codicistico sembra che l'interprete possa avere motivi di maggiore tranquillità per il fatto che la semplicità della causa e, quindi, l'idoneità del rito sommario, è valutata in concreto, qui, come già si accennava prima, quella tranquillità sembra venire un po' meno, visto che la detta semplicità è valutata *a priori*, ossia una volta per tutte, dal legislatore.

Io ribadisco quanto sopra accennato: il quadro normativo offerto dal Decreto può essere considerato costituzionalmente legittimo perché esso rappresenta il frutto di un ragionevole bilanciamento tra valori costituzionali che in parte entrano in conflitto. Ciò in applicazione del principio dell'adeguamento dei mezzi allo scopo.

Ma, allora, il vero problema non nasce per il fatto che il legislatore abbia riportato certe controversie al rito sommario, come percorso esclusivo. Il vero problema nasce nel momento in cui, facendo questa scelta, il legislatore non applica uniformemente il modello di riferimento, ma distingue, concedendo in alcuni casi l'appellabilità della pronuncia del tribunale ed escludendola in altri casi.

È ragionevole una simile diversità di trattamento?

L'unico argomento forte che sembra emergere, anche dalla Relazione di accompagnamento, è che si è mantenuta l'inappellabilità là dove già prima era prevista. Con ciò prestando stretto ossequio alla direttiva della delega contenuta nella lett. c) del 4° comma, dell'art. 54 legge 69/2009. Ma francamente è un'argomentazione che lascia perplessi.

Con le dette correzioni il rito sommario che trova qui applicazione è quello disciplinato, in fondo anche con una certa dovizia di particolari, dagli articoli 702-*bis* ss. c.p.c. In queste norme si trova la disciplina delle fasi essenziali di un processo che punta ad un accertamento con efficacia di giudicato, comprendente: la domanda, le attività preliminari del giudice e la costituzione del convenuto, la trattazione-istruzione, la decisione ed, infine, l'appello.

La minuzia di queste disposizioni vedremo ora nell'analisi dei singoli procedimenti interessati, anche perché nella trattazione specifica sarà interessante confrontare le discipline attuali con quelle previgenti, al fine di far emergere in concreto cosa sia realmente cambiato.

4. — *Controversie in materia di mancato riconoscimento del diritto di soggiorno sul territorio nazionale in favore dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari.*

Gli articoli 6 e 7 del d.lgs. n. 30 del 2007, in attuazione della Direttiva 2004/38/CE, disciplinano il diritto di soggiorno dei cittadini comunitari e dei loro familiari non comunitari.

L'art. 6, riprendendo l'art. 6 della citata Direttiva, riconosce il diritto di soggiorno fino a tre mesi in virtù del solo possesso, rispettivamente, per il

cittadino comunitario di un documento d'identità valido per l'espatrio secondo la legislazione dello Stato di provenienza e per i suoi familiari di un passaporto in corso di validità.

L'art. 7, riprendendo l'art. 7 della citata Direttiva, riconosce il diritto di soggiorno per un periodo superiore a tre mesi al cittadino comunitario che si trovi in una delle condizioni in esso elencate (ad esempio per ragioni di lavoro o di studio).

Quindi l'art. 9, sempre del d.lgs. n. 30 del 2007, ispirandosi all'art. 8 della citata Direttiva, dispone che il cittadino comunitario che vuole soggiornare in Italia oltre i tre mesi deve chiedere l'iscrizione anagrafica, secondo modalità disciplinate nella stessa norma. Ed, inoltre, l'art. 10, ispirandosi agli articoli 9, 10 e 11 della citata Direttiva, stabilisce che i familiari del cittadino comunitario devono, per soggiornare oltre i tre mesi, chiedere la Carta di soggiorno, secondo modalità e con validità disciplinate nella stessa norma.

A corredo ed attuazione di questa normativa l'art. 8 del d.lgs. n. 30 del 2007 prevedeva che avverso il provvedimento di rifiuto e revoca del diritto di soggiorno fosse ammesso ricorso al tribunale in composizione monocratica del luogo ove dimora il richiedente, il quale provvedeva, sentito l'interessato, secondo il rito camerale di cui agli articoli 737 ss. c.p.c.

Oggi l'art. 16 del Decreto⁽⁵⁾ dispone che queste controversie non saranno più trattate secondo il rito camerale, bensì secondo le disposizioni del procedimento sommario di cognizione di cui agli articoli 702-*bis* ss. c.p.c., così come "corretto" dall'art. 3 del medesimo Decreto, sul quale abbiamo già detto sopra.

A corredo di questa disposizione, poi, l'art. 34 del Decreto modifica l'art. 8 del d.lgs. n. 30/2004, il quale oggi, lungi dall'essere abrogato, invece così recita: «Avverso il provvedimento di rifiuto e revoca del diritto di cui agli articoli 6 e 7, è ammesso ricorso all'autorità giudiziaria ordinaria. Le controversie previste dal presente articolo sono disciplinate dall'art. 16 del decreto legislativo 1° settembre 2011, n. 150».

⁽⁵⁾ Sul quale vedi per un primo commento FANELLI, in SASSANI-TISCINI, *op. cit.*, *sub* art. 16, 155 ss.

Alla luce di questo intreccio normativo, la domanda concreta è: cosa è cambiato rispetto alla disciplina previgente?

Nulla è cambiato per quanto riguarda la competenza. Verticalmente (per materia) resta competente il tribunale. Orizzontalmente (per territorio) resta il riferimento al luogo ove dimora il ricorrente, concetto che (utilizzato, fra l'altro, in via residuale anche dall'art. 18 c.p.c.), alla luce dell'art. 43 c.c., non richiama l'idea di un'abitazione abituale. Del resto, nella delega era imposto al delegato di non toccare i criteri di competenza.

Ma direi che nulla è cambiato neanche nella composizione dell'organo decidente, il quale continua ad essere il tribunale in composizione monocratica. È vero che l'art. 16 del Decreto non ripete quanto era previsto nell'art. 8 del d.lgs. n. 30/2007, che esplicitamente parlava di «ricorso al tribunale in composizione monocratica». Ma, è anche vero che la detta precisazione in fondo era inutile, come rileva chiaramente la Relazione di accompagnamento nella quale si legge: «Non è stata ribadita la precisazione, presente nel testo previgente, della composizione monocratica dell'organo giudicante, dal momento che tale composizione deriva naturalmente dall'applicazione degli ordinari criteri dettati dagli articoli 50-*bis* e 50-*ter* del codice di procedura civile».

Vediamo, ora, del dettaglio la disciplina delle varie fasi del processo.

La domanda, come in precedenza, si propone con ricorso. Ma, mentre prima, dovendosi applicare l'art. 737 c.p.c., il ricorso doveva avere il contenuto generico dell'art. 125 c.p.c., ora, dovendosi applicare l'art. 702-*bis* c.p.c., il ricorso deve avere un contenuto più dettagliato, posto che in questo vi devono essere in buona sostanza le stesse indicazioni dell'atto di citazione, salva l'indicazione dell'udienza, che nei processi che iniziano con la tecnica del ricorso sta al giudice fissare e non all'attore.

In particolare, nel ricorso introduttivo devono essere contenute le indicazioni di cui ai numeri 1, 2, 3, 4, 5 e 6 dell'art. 163 c.p.c., nonché l'avvertimento di cui al n. 7) del medesimo articolo. Quindi, rispetto alla disciplina previgente il ricorrente deve aggiungere «l'indicazione specifica dei mezzi di prova dei quali l'attore intende valersi e in particolare dei documenti che offre in comunicazione» (n. 5 dell'art. 163 c.p.c.), nonché l'avvertimento al

convenuto che, se non si costituirà nei termini dovuti, incorrerà nelle decadenze previste dalla legge (n. 7 dell'art. 163 c.p.c.).

Poi su questo avvertimento bisogna specificare che non si può riprendere alla lettera quanto scritto nell'art. 163 c.p.c., dovendolo adattare al rito sommario, nel quale non vale la regola contenuta nell'art. 166 c.p.c., bensì quella contenuta nell'art. 702-*bis*, 3° e 4° comma, c.p.c. Insomma, qui non è previsto che il convenuto debba costituirsi ad un certo giorno prima dell'udienza, ma sta al giudice stabilire il termine di costituzione del convenuto, limitandosi la legge a dire che il giudice non può prevedere un termine che sia inferiore a 10 giorni prima dell'udienza. Poi si aggiunge che nella comparsa di risposta tempestivamente depositata il convenuto deve fare certe attività a pena di decadenza, tra cui il rilievo di eccezioni di rito e di merito che non siano rilevabili d'ufficio.

Quindi, in sintesi: l'attore deve avvertire il convenuto che se non si costituirà nel termine che sarà il giudice a stabilire, incorrerà nelle decadenze di cui al 4° comma dell'art. 702-*bis* c.p.c. Tra queste decadenze c'è anche l'eccezione d'incompetenza per territorio.

A valle della proposizione della domanda l'art. 702-*bis* c.p.c., a differenza delle norme sul rito camerale, disciplina in modo minuzioso l'attività preliminare del giudice e la costituzione del convenuto.

Depositato il ricorso il cancelliere forma il fascicolo d'ufficio e lo presenta senza ritardo al presidente del tribunale, il quale designa il magistrato a cui è affidata la trattazione del procedimento. A questo punto il giudice designato provvede all'instaurazione del contraddittorio col convenuto secondo regole che prima non c'erano, perché, se nel rito camerale nulla è previsto a tal proposito, nel previgente art. 8 del d.lgs. n. 30/2007 era semplicemente previsto che si dovesse sentire l'interessato. Ma, per un verso, nulla era disposto in ordine alle modalità dell'attuazione del contraddittorio con l'interessato e, per altro verso, l'interessato era ed è il ricorrente stesso, più che la controparte, per cui nulla era disposto in realtà per attuare un vero e proprio processo bilaterale.

La minuziosa disciplina attuale prevede che il giudice fissi con decreto l'udienza di comparizione delle parti, assegnando il termine per la costituzione del convenuto, che deve avvenire non oltre 10 giorni prima dell'udienza.

Ricorso e decreto di fissazione dell'udienza sono notificati al convenuto almeno 30 giorni prima della data fissata per la sua costituzione. Non è specificato se la detta notificazione debba avvenire a cura dell'attore o dell'ufficio, ma sembra preferibile la prima soluzione (a cura dell'attore)⁽⁶⁾, in analogia all'art. 415, 4° comma, c.p.c., che nell'ambito del rito lavoro (altro procedimento che inizia con la tecnica del ricorso) prevede un meccanismo analogo.

Entra in gioco, a questo punto, il convenuto, che deve costituirsi mediante deposito in cancelleria della comparsa di risposta, nella quale egli deve proporre le sue difese e prendere posizione sui fatti posti dal ricorrente a fondamento della domanda. In particolare, dovendo applicare la regola generale contenuta nell'art. 115 c.p.c., il convenuto deve contestare specificamente i fatti affermati dall'attore, se vuole evitare che questi sia assolto dall'onere di provarli. Inoltre, il convenuto deve proporre nella comparsa di risposta, a pena di decadenza, domande riconvenzionali ed eccezioni processuali e di merito che non siano rilevabili d'ufficio.

Giunti all'udienza, innanzitutto il giudice può dichiararsi incompetente con ordinanza, che è impugnabile col regolamento di competenza. Ovviamente il vizio è sanabile secondo le regole generali del codice di procedura civile. Per cui, se, ad esempio, è stato adito il tribunale incompetente per territorio, il processo potrà continuare previa riassunzione di fronte al giudice indicato come competente, senza, peraltro, che questi possa sollevare conflitto ai sensi dell'art. 45 c.p.c., posto che qui non siamo di fronte ad un criterio di competenza inderogabile.

L'art. 702-ter c.p.c. non dice nulla sul regime dell'eccezione d'incompetenza, né l'art. 16 del Decreto fa qualche accenno al problema. Direi, allora, che devono essere applicate le norme generali del codice di rito. Il che significa che: l'eccezione d'incompetenza verticale è rilevabile anche dal giudice, ma solo nella prima udienza; l'eccezione d'incompetenza per territorio, posto che la legge non qualifica il criterio come inderogabile (l'art. 28 c.p.c. dispone che la competenza per territorio è derogabile a meno che la legge non disponga esplicitamente la sua inderogabilità), è rilevabile solo

⁽⁶⁾ Analogamente OLIVIERI, *op. cit.*, 87.

dal convenuto nella comparsa di risposta tempestivamente depositata, ossia nel dovuto termine prima della prima udienza. Di conseguenza, all'udienza l'incompetenza per territorio non è più rilevabile: né dal giudice (che non la può proprio rilevare) né dal convenuto (che ha perso il termine).

Inoltre, il giudice può decidere di non decidere nel merito per la carenza di qualche altro presupposto processuale insanabile (precedente giudicato) o sanabile (vizio di capacità, difetto di rappresentanza tecnica, nullità del ricorso introduttivo).

In particolare, per quanto riguarda i vizi dell'atto introduttivo si applica la disciplina delle nullità e della sanatoria di cui all'art. 164 c.p.c., con la dovuta distinzione tra vizi attinenti alla *editio actionis* e vizi attinenti alla *vocatio in ius*. Tutti sono sanabili, ma i primi sono sanabili con effetti *ex nunc* e soprattutto non si sanano con la semplice costituzione del convenuto, mentre i secondi sono sanabili con effetti *ex tunc* e la sanatoria avviene (anche) con la costituzione del convenuto. Da questo secondo punto di vista si tenga, però, presente che, se il vizio consiste nel mancato rispetto dei termini minimi a difesa (30 giorni) ovvero nel mancato avvertimento di cui al n. 7 dell'art. 163 c.p.c., il convenuto, costituendosi, sana sì il vizio, ma ha diritto alla fissazione di una nuova prima udienza, quindi a recuperare lo spazio di una nuova comparsa di risposta, nella quale svolgere tutte le attività che a pena di decadenza si devono compiere in questo atto alla luce del citato 4° comma dell'art. 702-*bis* c.p.c.

Se non vi sono problemi di rito ⁽⁷⁾, il giudice svolge la trattazione-istruzione, ove necessario, prima di decidere nel merito. In particolare, come recita l'art. 702-*ter*, 5° comma, c.p.c., «il giudice, sentite le parti, omessa ogni formalità non essenziale al contraddittorio, procede nel modo che ritiene più opportuno agli atti di istruzione rilevanti in relazione all'oggetto del provvedimento richiesto e provvede con ordinanza all'accoglimento o al rigetto

⁽⁷⁾ Stiamo immaginando un processo, avente ad oggetto una delle controversie a cui si riferisce l'art. 16 del Decreto, instaurato secondo il rito sommario. Quindi non si pongono problemi di errori sulla scelta del rito. Ove, invece, una simile controversia sia stata instaurata col rito ordinario o col rito del lavoro, allora il giudice, sollevata la questione, dovrà disporre il mutamento di rito ai sensi dell'art. 4 del Decreto.

delle domande». In ciò sta il cuore del concetto stesso di processo sommario: il giudice si svincola dalle formalità predefinite dalla legge di un tipico processo c.d. a cognizione piena e stabilisce egli stesso la regola del procedere. Sempre in ossequio, comunque, al principio del contraddittorio, stando però a lui stabilire le modalità della sua attuazione. Peraltro, il giudice potrà anche assumere prove atipiche o assumere prove tipiche in modo atipico.

Insomma, si dà uno spazio di valutazione al giudice nella ricerca della regola che presiede al percorso. Sui limiti di questa discrezionalità si discute, non solo in generale, ma in concreto, quando ci si chiede ad esempio se certi strumenti certamente previsti per il rito ordinario siano utilizzabili anche nel rito sommario. Così ad esempio ci si è chiesti: è applicabile anche nel rito sommario il calendario del processo previsto dall'art. 81-*bis* disp. Att. c.p.c.?

Il tribunale di Mondovì ha dato risposta positiva. Il tribunale di Varese, invece, ha dato risposta negativa, rilevando: «La funzione della calendarizzazione delle udienze, infatti, risponde all'esigenza di "programmare", con le parti, la durata del processo civile, con indicazione dei singoli arresti procedurali che si andranno a seguire nel tempo e tanto al fine di garantire un tempo ragionevole di definizione del giudizio. Se, allora, questa è la *ratio* essa non si rileva sintonica con il giudizio sommario ove (...) il rito è già per sua natura celere e snello. Ma vi è di più: l'introduzione del calendario andrebbe a vulnerare la stessa natura ontologica del rito sommario. Si andrebbe, infatti, ad introdurre un elemento di rigidità nell'istruttoria deformalizzata del procedimento semplificato (...). Non va sottaciuto, poi, che l'art. 81-*bis* cit. segue l'art. 81 il quale è chiaramente modellato sul processo ordinario di cognizione atteso che regola la fissazione delle singole udienze di istruzione».

A me sembra che questa argomentazione sia un po' rigida. Il rito sommario è deformalizzato nel senso che il giudice non è vincolato ad una preeterminazione legale del suo agire, ma non si vede perché non potrebbe egli organizzare il suo lavoro offrendo alle parti un minimo di prevedibilità di ciò che accadrà⁽⁸⁾, in particolare dei tempi del giudizio, fino anche alla precisa-

⁽⁸⁾ Su questo aspetto dell'istituto in parola vedi PICOZZA, *Il calendario del processo*, in *Riv. dir. proc.* 2009, 1650 ss. Ammette l'utilizzabilità del calendario del processo nell'ambito del procedimento sommario di cognizione OLIVIERI, *op. cit.*, 91.

zione delle conclusioni, posto che una legge recente (di conversione del d.l. 138 del 2011) ha novellato il citato art. 81-*bis* inserendovi anche il riferimento all'udienza di cui all'art. 189 c.p.c. Ed anche se, a seguito di detta novella, nella norma è stato inserito il riferimento al «rispetto del principio della ragionevole durata», resta il fatto che il calendario del processo è espressione del generale potere di direzione del processo già attribuito al giudice dall'art. 175 c.p.c., per cui non si vede perché lo strumento dovrebbe essere escluso sia pure nell'ambito di un rito che in sé dovrebbe già essere celere. Anche in questo rito, in fondo, resta l'esigenza di una prevedibilità di tempi, a cui il calendario del processo risponde.

Quindi, anche nel rito sommario la fissazione del calendario del processo è una possibilità, ancorché non un dovere del giudice. Ed, anzi, che qui non emerga un dovere mi sembra confermato dal comma aggiunto all'art. 81-*bis* disp. Att. c.p.c. dalla citata novella secondo la quale «Il mancato rispetto dei termini fissati nel calendario di cui al comma precedente da parte del giudice, del difensore o del consulente tecnico d'ufficio può costituire violazione disciplinare, nonché può essere considerato ai fini della valutazione di professionalità e della nomina o conferma agli uffici direttivi o semidirettivi». In ultima analisi, una sanzione è prevista solo ove sia stato fissato il calendario, senza che, quindi, vi sia un dovere di fissazione. Ed, inoltre, ma la cosa è abbastanza ovvia, la violazione dei termini del calendario, una volta che sia stata fatta la scelta di utilizzarlo, non si ripercuote sulla qualificabilità degli atti processuali (in ipotesi da qualificare come nulli), ma solo su un piano disciplinare.

Ma, la domanda più spinosa è la seguente: vi è un momento anteriore alla precisazione delle conclusioni in cui cadono delle preclusioni?

La legge nulla dice in riferimento all'attore, mentre per il convenuto il già citato art. 702-*bis*, 4° comma, c.p.c. dice solo che nella comparsa di risposta a pena di decadenza si devono proporre domande riconvenzionali ed eccezioni in senso stretto. Si deve, allora, ritenere che non vi siano termini di preclusione per allegare nuovi fatti e rilevare nuove eccezioni in senso lato?

Nel rito sommario codicistico (tutto dettato dagli articoli 702-*bis* ss. c.p.c.) mi sono sentito di sostenere la sussistenza di una preclusione implicita da collocare alla prima udienza prima che il giudice faccia la scelta tra il man-

tenimento del rito sommario e il passaggio al rito ordinario, perché in caso contrario si correrebbe il rischio di ripensamenti sulla scelta del rito⁽⁹⁾. Ma non credo che questa affermazione sia riportabile al rito sommario “corretto”, di cui al Decreto in commento, per il semplice fatto che qui quel rischio, paventato nell’ambito del rito sommario codicistico, non esiste, in quanto non è ammessa la c.d. “passerella” dal rito sommario a quello ordinario. Ed, allora, nel rito sommario “corretto” deve valere il principio, tipico di ogni processo sommario, secondo cui le parti possono in tutto il corso del giudizio e fino a che la causa sia trattenuta in decisione svolgere nuove attività (allegazione di fatti, rilievo di eccezioni in senso lato, istanze istruttorie produzioni documentali).

Svolta la trattazione e l’istruzione, la causa viene decisa con ordinanza. Qui la sommarietà del processo non porta ad una soluzione provvisoria della lite, ma ad una decisione definitiva, che punta alla formazione della cosa giudicata. Ciò è possibile senza un processo a cognizione piena (ossia con forme predefinite dalla legge) perché la lite presenta caratteri semplificati essenzialmente nella sua base fattuale.

Formalmente, se prima, seguendosi il rito camerale, la decisione era assunta con decreto, oggi, invece, la decisione è assunta con ordinanza, che, ai sensi del 6° comma, dell’art. 702-ter c.p.c. è provvisoriamente esecutiva e costituisce titolo per l’iscrizione di ipoteca giudiziale e per la trascrizione. Inoltre, il giudice provvede sulle spese ai sensi degli articoli 91 ss.

Modificato è, poi, il regime dei rimedi avverso la decisione del tribunale. Se in precedenza si aveva qui la possibilità del reclamo ai sensi dell’art. 739 c.p.c. (nel termine di 10 giorni dalla comunicazione del decreto, se dato nei confronti di una parte, o dalla notificazione se dato nei confronti di più parti), oggi si ha l’appello di cui all’art. 702-quater c.p.c.

Innanzitutto, ciò comporta un innalzamento del termine per utilizzare il rimedio, che oggi è di 30 giorni dalla comunicazione o notificazione dell’ordinanza. Peraltro, anche se può essere improbabile, ove in concreto non si abbia né comunicazione né notificazione dell’ordinanza, il rimedio sarà

⁽⁹⁾ BOVE, *op. cit.*, 447. In senso contrario MENCHINI, *op. cit.*, 1031 e BALENA, *op. cit.*, 326.

spendibile entro 6 mesi dalla pronuncia dell'ordinanza ⁽¹⁰⁾. A questa conclusione si deve giungere, a me sembra, per due motivi. Il primo: perché in caso contrario, non iniziando a decorrere alcun termine, si dovrebbe ritenere che l'ordinanza non passi mai in giudicato, eventualità irragionevole. Il secondo: perché anche qui, evidentemente, devono applicarsi, in quanto compatibili, le norme generali sulle impugnazioni e le norme peculiari dell'appello, sempre che la disciplina specifica non preveda altro. Così, si deve ricorrere alla disciplina generale sul termine lungo per l'appello. Così, anche, si dovrà ammettere l'impugnabilità dell'ordinanza in questione anche con la revocazione e l'opposizione di terzo.

Ma molte sono le questioni controverse in ordine all'appello di cui all'art. 702-*quater* c.p.c., questioni che si ripropongono, quindi, anche nell'ambito delle controversie sul diritto di soggiorno.

Io non posso fare altro che ribadire la scelta di fondo già in altra sede effettuata ⁽¹¹⁾, scelta che, peraltro, mi sembra trovi una conferma nell'impianto del Decreto e così nella Relazione di accompagnamento. Vale a dire: il rito che abbiamo di fronte è sommario solo perché semplificato ed il giudice accerta i fatti rilevanti in modo pieno, godendo di maggior spazio di movimento solo perché la causa è semplice nei suoi presupposti fattuali. Ed, allora, il giudizio di appello non è una sorta di opposizione al provvedimento sommario, per mezzo del quale attuare il proprio diritto alla cognizione piena prima di subire un provvedimento che abbia efficacia di giudicato. Esso è, piuttosto, un'impugnazione in senso proprio, una revisione del giudizio di primo grado, che ha le stesse caratteristiche del giudizio di primo grado.

Ciò implica che l'art. 359 c.p.c., secondo il quale tendenzialmente il giudizio di appello ha la stessa disciplina del giudizio di primo grado, deve valere anche in questo contesto. Dal che derivano due conseguenze importanti.

⁽¹⁰⁾ In senso conforme vedi BALENA, *op. cit.*, 332 e OLIVIERI, *op. cit.*, 97. In senso contrario vedi MENCHINI, *op. cit.*, 1032.

⁽¹¹⁾ Cfr. BOVE, *op. cit.*, 450. Diversamente MENCHINI, *op. cit.*, 1032-1033 e LUISO, *op. cit.*, 1569.

La prima: che l'atto d'appello deve avere la forma del ricorso e non dell'atto di citazione, come altri pensano ⁽¹²⁾.

La seconda: che la trattazione e la decisione in appello debbano seguire quello stesso rito semplificato che è stato seguito in primo grado. Conclusione questa che non può essere smentita semplicemente dall'ultimo comma dell'art. 3 del Decreto, che, nel prevedere l'utilizzabilità del rito sommario quando la controversia da trattare con questo rito è attribuita in unico grado alla Corte d'appello, sembra voler dire, *a contrario*, che allora, ove, invece, siano previsti due gradi di merito, le norme del rito sommario debbano propriamente essere seguite solo in primo grado. Anche questa disposizione non riesce a superare la disputa precedente e soprattutto non mi sembra che possa riuscire a mettere fuori gioco il principio di fondo ricavabile dall'art. 359 c.p.c.

Accogliendo la prospettiva qui proposta, si deve anche avvicinare la formulazione dell'art. 702-*quater* c.p.c. in riferimento ai mezzi di prova a quanto solo formalmente dispone in senso diverso l'art. 345 c.p.c., per cui nuovi mezzi di prova sono ammessi in appello solo se indispensabili e non meramente rilevanti, a meno che l'interessato dimostri di non averli potuti spendere in primo grado per causa a lui non imputabile ⁽¹³⁾.

Se così non si facesse si appesantirebbe oltre misura l'appello, smentendo in secondo grado la logica del legislatore, che ha qui previsto il rito sommario per la semplicità della causa, che, se è tale, resta tale sia in primo grado sia in secondo grado.

Ed, inoltre, più in generale, se si leggesse alla lettera l'art. 702-*quater* c.p.c., si dovrebbe arrivare ad ammettere in appello l'assunzione di mezzi di prova irrilevanti quando la parte dimostra di non averli potuti proporre in primo grado, eventualità del tutto assurda!

⁽¹²⁾ Come, ad esempio, BALENA, *op. cit.*, 332; OLIVIERI, *op. cit.*, 97; G.F. RICCI, *La riforma del processo civile*, Torino 2009, 115.

⁽¹³⁾ Assumono, invece, una prospettiva più aperta alle attività istruttorie in appello MENCHINI, *op. cit.*, 1032-1033; LUISO, *op. cit.*, 1569; OLIVIERI, *op. cit.*, 90, 98; G.F. RICCI, *op. cit.*, 115.

5. — *Controversie in materia di allontanamento dei cittadini degli altri Stati membri dell'Unione europea o dei loro familiari.*

I cittadini dell'Unione europea ed i loro familiari possono essere allontanati solo per motivi di sicurezza o per il venir meno delle condizioni che determinano il diritto di soggiorno.

Dal primo punto di vista, ispirandosi all'art. 27 della Direttiva 2004/38/CE, l'art. 20 del d.lgs. n. 30 del 2007, così come modificato prima dal d.lgs. n. 32 del 2008 e poi dal d.l. n. 89 del 2011 (convertito in l. n. 129 del 2011), disciplina il caso che l'allontanamento avvenga per: 1) motivi di sicurezza dello Stato, 2) motivi imperativi di pubblica sicurezza, 3) altri motivi di ordine pubblico o 4) altri motivi di pubblica sicurezza. La disciplina è molto complessa e non sta a noi approfondirla. Qui basti rilevare che in certe fattispecie il provvedimento di allontanamento è dato dal Ministro dell'interno, mentre in altre è dato dal Prefetto del luogo di residenza o dimora dell'interessato.

Dal secondo punto di vista (venir meno delle condizioni del diritto di soggiorno), l'art. 21 del d.lgs. n. 30 del 2007, così come modificato dal d.lgs. n. 32 del 2008 e quindi dal d.l. n. 89 del 2011 (convertito in l. n. 129 del 2011), stabilisce che il provvedimento di allontanamento è dato dal prefetto del luogo di residenza o dimora dell'interessato.

In entrambi i gruppi di ipotesi si devono valorizzare alcune garanzie, in modo da attuare le previsioni dell'art. 30 della citata Direttiva, secondo le quali, per un verso, il provvedimento di allontanamento deve essere notificato per iscritto all'interessato secondo modalità che consentano a questi di comprenderne il contenuto e le conseguenze e, per altro verso, la notifica deve riportare l'indicazione dell'organo giurisdizionale o dell'autorità amministrativa dinanzi al quale l'interessato può opporre ricorso e il termine entro il quale deve agire, posto che, come prevede il successivo art. 31 della medesima Direttiva, lo Stato ospitante deve porre a disposizione un rimedio per mezzo del quale l'interessato può chiedere l'annullamento del provvedimento.

Dei rimedi si occupava in precedenza l'art. 22 del d.lgs. n. 30 del 2007. Il quadro dei rimedi era, però, cambiato già col d.lgs. n. 32 del 2008.

Nella formulazione originaria (del 2007) degli articoli 20, 21 e 22 il quadro era più semplice. L'art. 20 si occupava dei provvedimenti di allontanamento per motivi di ordine pubblico e di pubblica sicurezza, che erano sempre adottati dal Ministro dell'interno, mentre l'art. 21 disciplinava i provvedimenti di allontanamento per sopravvenuta mancanza delle condizioni del diritto di soggiorno adottati dal prefetto territorialmente competente. Poi l'art. 22 si limitava a fissare la regola per cui i provvedimenti del Ministro dell'interno (art. 20) erano impugnabili con ricorso al TAR Lazio, mentre i provvedimenti prefettizi (art. 21) erano impugnabili di fronte al giudice ordinario.

Il quadro cambia, e si complica, col d.lgs. n. 32 del 2008, perché, se il dettato dell'art. 21 resta riferito all'allontanamento per sopravvenuta carenza delle condizioni del diritto di soggiorno di competenza prefettizia, si complica, invece il dettato degli articoli 20 e 22. L'art. 20, come abbiamo già visto, disciplina l'allontanamento per svariati motivi, tutti legati a ragioni di sicurezza, e distingue a seconda del motivo di allontanamento tra la competenza ministeriale e quella prefettizia⁽¹⁴⁾. L'art. 22, occupandosi dei rimedi, conferma la previsione del ricorso al giudice ordinario per l'allontanamento disposto in base all'art. 21, ma distingue, in riferimento all'applicazione dell'art. 20, a seconda dei motivi. Così, in esso, al 1° comma, si dispone che avverso «il provvedimento di allontanamento per motivi di sicurezza dello Stato di cui all'articolo 20, commi 1 e 2, e per motivi di ordine pubblico può essere presentato ricorso al Tribunale amministrativo regionale del Lazio, sede di Roma». Invece, se il provvedimento di allontanamento è adottato per motivi di pubblica sicurezza o per motivi imperativi di pubblica sicurezza il ricorso va presentato al giudice ordinario.

Oggi il Decreto salva quel primo comma dell'art. 22 del d.lgs. n. 30 del 2007 e successive modifiche, e riscrive invece la disciplina del ricorso al giudice ordinario, modificando a tal fine il 2° comma del citato art. 22 ed

⁽¹⁴⁾ Peraltro, sia sulla definizione dei diversi motivi di sicurezza sia sul riparto tra la competenza ministeriale e quella prefettizia interviene successivamente a parziale modifica dell'art. 20 in questione il successivo d.l. n. 89 del 2011, convertito con legge n. 129 del 2011. Non sta a noi qui approfondire questi aspetti.

abrogando, di conseguenza il suo 5° comma. Così, oggi l'art. 22 del d.lgs. n. 30/2007 si salva, ma esso è riferibile solo al ricorso al TAR Lazio (salvo il 6° comma, che, come vedremo tra breve, resta riferito sia al ricorso al giudice ordinario sia al ricorso al giudice amministrativo).

Insomma, il Decreto non cambia, né avrebbe potuto visto il tenore della delega che si riferiva alla semplificazione dei riti solo nell'ambito della giurisdizione ordinaria, il riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, riproducendo ciò che già prima era previsto. Quindi in sintesi, distinguendo a seconda del motivo dell'allontanamento, possiamo dire:

- 1) il provvedimento fondato su motivi di sicurezza dello Stato di cui all'art. 20, 1° e 2° comma, o su motivi di ordine pubblico, è impugnabile di fronte al TAR Lazio; si segue ovviamente la disciplina del codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2010), nonché alcune previsioni speciali dettate nell'art. 22 del d.lgs. n. 30 del 2007, così come modificato dal d.lgs. n. 32 del 2008 (precisamente quelle contenute nei commi 3, 4, 6 e 7, che sono sopravvissute, ma solo in riferimento al ricorso al giudice amministrativo);
- 2) il provvedimento di allontanamento fondato su motivi di pubblica sicurezza, motivi imperativi di pubblica sicurezza (art. 20 del d.lgs. n. 30 del 2007 e successive modifiche) nonché sul venir meno delle condizioni del diritto di soggiorno di cui all'art. 21, sempre dello stesso d.lgs. n. 30/2007, è impugnabile di fronte al giudice ordinario, in base ad una disciplina che oggi è contenuta nell'art. 17 del Decreto qui in commento.

In un quadro così complesso è possibile commettere errori nell'individuazione del giudice a cui rivolgersi. Se ciò dovesse accadere, sovviene l'art. 11 del codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2010), che disciplina sia il caso in cui la domanda sia stata proposta al giudice amministrativo quando, invece, essa doveva essere proposta al giudice ordinario sia il caso inverso, ossia della domanda che doveva essere proposta al giudice amministrativo ed, invece, è stata proposta al giudice ordinario. Non potendo qui approfondire l'analisi di questa disposizione, basti solo

rilevare come l'errore non faccia perdere gli effetti sostanziali e processuali della domanda, ove, rilevato il vizio, il giudice adito declini la propria giurisdizione e l'interessato riproponga la domanda al giudice "giusto" entro tre mesi dal passaggio in giudicato di quella declinatoria. Così, per fare un esempio significativo, posto che, come vedremo, il ricorso va depositato entro 30 giorni dalla notificazione del provvedimento di allontanamento, ciò che conta è che questo termine sia rispettato, se così possiamo dire, "la prima volta", anche se per avventura l'interessato si rivolgerà al giudice "sbagliato". In tal caso egli subirà una pronuncia di difetto di giurisdizione, con la conseguenza di dover riproporre la causa di fronte al giudice "giusto". Ma, egli non vedrà vanificato il suo ricorso originario, avendo evitato la decadenza, e quindi la pronuncia di inammissibilità, appunto col deposito di quel ricorso originario, anche se fatto presso il giudice privo di giurisdizione.

Sta ora a noi analizzare quest'ultima disciplina, anche per verificare in dettaglio cosa è cambiato rispetto alla disciplina previgente.

Se nulla è cambiato nel riparto di giurisdizione tra giudice amministrativo e giudice ordinario, poi, nell'ambito della giurisdizione ordinaria, nulla è cambiato in riferimento alla competenza, ancora una volta in ossequio alla delega, che imponeva appunto al delegato di non modificare i criteri di competenza. Così, in senso verticale resta la competenza del tribunale ed in senso orizzontale (per territorio) resta la competenza del tribunale del luogo in cui ha sede l'autorità che ha adottato il provvedimento impugnato. Né cambia, ancora in ossequio alla delega, la composizione dell'organo giudicante, dovendo il tribunale decidere in composizione monocratica.

Cambia, invece, come abbiamo già visto accadere in riferimento alle liti di cui all'art. 16 del Decreto, il modello di riferimento: se in precedenza il tribunale procedeva secondo il rito camerale di cui agli articoli 737 ss. c.p.c., oggi si deve seguire il rito sommario di cui agli articoli 702-*bis* ss. c.p.c., così come corretto dallo stesso Decreto. Salve alcune disposizioni specifiche contenute nel suo art. 17.

Sulla portata concreta del passaggio dal rito camerale al rito sommario abbiamo già detto nel commento dell'art. 16, che qui va semplicemente ri-

chiamato. Interessante è ora analizzare le norme speciali dell'art. 17⁽¹⁵⁾, per vedere le peculiarità di questo giudizio e fare così anche un confronto con la normativa previgente.

Cambia il termine per la proposizione della domanda. Se prima il ricorso andava depositato entro 20 giorni dalla notifica del provvedimento di allontanamento, a pena di inammissibilità, oggi, fermo restando il *dies a quo* e sempre con la minaccia della stessa sanzione, il ricorso va però depositato in un termine più lungo: 30 giorni ovvero 60 giorni se il ricorrente risiede all'estero.

Per la presentazione del ricorso, poi, vi sono disposizioni che riproducono discipline previgenti e disposizioni nuove. Tra le prime, innanzitutto la previsione per cui il ricorrente può stare in giudizio personalmente, ossia senza un difensore. Inoltre, la previsione per cui il ricorso può essere depositato anche tramite una rappresentanza diplomatica o consolare italiana, ipotesi nella quale l'autenticazione della sottoscrizione e l'inoltro all'autorità giudiziaria italiana sono effettuati dai funzionari della rappresentanza, le comunicazioni relative al procedimento sono effettuate presso la medesima rappresentanza e la procura speciale al difensore è rilasciata dinanzi all'autorità consolare. Nuova, invece, è la previsione per cui il ricorso può essere depositato anche a mezzo del servizio postale⁽¹⁶⁾, ipotesi nella quale, ai fini della tempestività del ricorso, conta la data di spedizione del plico e non quella di arrivo in cancelleria.

Per il resto, la domanda, l'attività preliminare del giudice, la costituzione del convenuto, la trattazione-istruzione, la decisione e le impugnazioni sono disciplinate nello stesso modo che abbiamo già descritto nell'analisi dell'art. 16 del Decreto. Salvo la previsione speciale, oggi contenuta nell'ultimo comma dell'art. 17 del Decreto e ieri nell'ultimo comma dell'art. 22 del d.lgs. n. 30/2007, così come modificato dal d.lgs. n. 32/2008, per cui: «Quando il

⁽¹⁵⁾ Per un primo commento dell'art. 17 del Decreto vedi FANELLI, in SASSANI-TISCINI, *op. cit.*, *sub* art. 17, 159 ss.

⁽¹⁶⁾ Qui, come rileva la Relazione di accompagnamento, si è attuato un principio che la Corte costituzionale (con sentenza n. 278 del 2008) aveva fissato in riferimento ai ricorsi avverso le espulsioni di cittadini extracomunitari.

ricorso è rigettato, il ricorrente deve lasciare immediatamente il territorio nazionale».

Qui, piuttosto, merita un approfondimento la questione della sospensione del provvedimento impugnato, che trova una sua disciplina nell'intreccio dato da disposizioni speciali più disposizioni di carattere generale.

Sulle disposizioni speciali, peraltro influenzate dall'art. 31, 2° comma, della Direttiva 2004/38/CE, in realtà nulla è cambiato rispetto al regime previgente. Invero l'art. 17, 5° comma, del Decreto riproduce in buona sostanza quanto prima era previsto nell'art. 22, 4° e 5° comma, del d.lgs. n. 30/2007, così come modificato dal d.lgs. n. 32/2008.

In particolare, viene ribadito il principio per cui fino all'esito dell'istanza di sospensione l'efficacia del provvedimento impugnato resta sospesa, salvo che il provvedimento sia fondato su una precedente decisione giudiziale o su motivi imperativi di pubblica sicurezza. Nell'attuale formulazione legislativa non sono richiamati, tra le eccezioni, anche i motivi di sicurezza dello Stato. Ma ciò non perché si voglia escludere oggi questa eccezione, ma per il semplice fatto che un provvedimento di allontanamento fondato su quei motivi è ricorribile di fronte al giudice amministrativo, ipotesi questa di cui evidentemente non si occupa l'art. 17 del Decreto.

Inoltre, resta il principio per cui il giudice deve decidere sull'istanza sospensiva prima della scadenza del termine entro il quale il ricorrente deve lasciare il territorio nazionale.

Le differenze emergono nel momento in cui oggi il citato art. 17 prevede che la detta sospensione può essere concessa secondo quanto dispone l'art. 5 del medesimo Decreto, norma questa generale, dettata dal Decreto per tutte le ipotesi in cui in esso si disciplinano procedimenti impugnatori di provvedimenti⁽¹⁷⁾.

La prima questione da affrontare attiene alla domanda cautelare. Il previgente art. 22 del d.lgs. n. 30/2007, così come modificato dal d.lgs. n. 32/2008, diceva che l'istanza cautelare dovesse essere proposta a processo

⁽¹⁷⁾ Per un primo commento di questa norma vedi PANZAROLA, in SASSANI-TISCINI, *op. cit.*, *sub* art. 5, 52 ss.

pendente, escludendo, così un'istanza *ante causam*. Oggi questa previsione non è riprodotta e, nulla dicendo a tal proposito l'art. 5 del Decreto, si devono applicare evidentemente le norme sul procedimento cautelare uniforme, tra le quali emerge qui quella che consente la proposizione di una domanda cautelare anche *ante causam*⁽¹⁸⁾.

Per quanto riguarda il *periculum in mora*, se in precedenza nulla era previsto di specifico, oggi l'art. 5 del Decreto prevede che l'istanza di sospensione è da accogliere ove emergano gravi e circostanziate ragioni esplicitamente indicate nella motivazione, con ciò imponendo ai giudici comunque una certa cautela anche nella motivazione della sospensiva concessa, dovendosi appunto specificare le ragioni che la sorreggono, senza potersela cavare con formule di stile o generiche. Inoltre, si specificano i contorni del *periculum in mora* che può sorreggere la concessione della sospensiva con decreto pronunciato fuori udienza *inaudita altera parte*, salvo poi conferma con ordinanza a seguito dell'instaurazione del contraddittorio, alla prima udienza, a pena di inefficacia del decreto. Invero, se in precedenza, dovendosi applicare l'art. 669-*sexies* c.p.c., un simile decreto si giustificava semplicemente per il fatto che la convocazione della controparte potesse pregiudicare l'attuazione del provvedimento, oggi, alla luce del citato art. 5, detto decreto è pronunciabile in caso di pericolo imminente di un danno grave e irreparabile.

Sul piano procedurale, a parte l'ipotesi, possibile, ma forse meno probabile, dell'istanza cautelare proposta *ante causam*, la vicenda dovrebbe svilupparsi nel modo che segue.

Il ricorrente presenta istanza di sospensiva nel ricorso. Il giudice del merito può provvedere immediatamente con decreto motivato (sull'obbligo della motivazione, nulla dicendo il citato art. 5, dovrà intervenire a colmare

⁽¹⁸⁾ Detta possibilità dovrebbe aversi oggi anche nell'ambito della giurisdizione del giudice amministrativo. È vero che la disposizione dell'art. 22 del d.lgs. n. 30/2007, così come modificata dal d.lgs. n. 32/2008, è rimasta invariata per quanto riguarda il suo riferimento al ricorso al TAR Lazio. Ma, è anche vero che questa previsione dovrebbe essere considerata superata dall'art. 61 del nuovo codice del processo amministrativo (d.lgs. n. 104 del 2010), in cui è stata prevista in linea generale la tutela cautelare *ante causam* nell'ambito della giustizia amministrativa.

la lacuna l'art. 669-*sexies*, 2° comma, c.p.c.), salvo successiva conferma con ordinanza in udienza, ovvero fissa un'udienza per attivare il contraddittorio e quindi pronunciarsi con ordinanza. L'udienza fissata per confermare il decreto concesso in via di urgenza ovvero per decidere per la prima volta sull'istanza cautelare può essere la stessa udienza fissata per il merito oppure un'udienza fissata appositamente per l'incidente cautelare. Se il merito è fissato a breve, la coincidenza è ragionevole. In caso contrario il giudice deve fissare un'udienza *ad hoc* per il cautelare. Inoltre, qui va applicato il disposto per cui il giudice deve decidere sull'istanza cautelare di sospensione prima della scadenza del termine entro il quale il ricorrente deve lasciare il territorio nazionale. Per cui è difficile che l'udienza del cautelare possa coincidere con l'udienza fissata per il merito, dovendosi, probabilmente, il più delle volte anticipare quella rispetto a questa.

Dubbi emergono sulla stabilità dell'ordinanza che decide in merito all'istanza cautelare, sia essa di accoglimento della domanda cautelare sia essa di rigetto. L'art. 5 del Decreto la qualifica esplicitamente come "non impugnabile". Quindi una cosa è certa: qui non è ammesso il reclamo cautelare, scelta questa veramente poco ragionevole e in contro-tendenza. Così, se prima, applicandosi le norme sul procedimento cautelare uniforme del codice di procedura civile, si poteva ritenere applicabile la disciplina del reclamo, oggi essa è certamente esclusa.

Ma, ci si chiede, questa esplicita non impugnabilità dell'ordinanza che decide sulla domanda cautelare implica anche la sua non modificabilità e irrevocabilità ai sensi dell'art. 177 c.p.c.?

A mio parere, trattandosi qui di tutela cautelare, si devono applicare le norme del codice di procedura civile sul procedimento cautelare uniforme, nella misura in cui esse non siano esplicitamente escluse o incompatibili. Ed, allora, se non si può applicare la disciplina del reclamo, si possono però applicare le disposizioni contenute negli articoli 669-*septies* e 669-*decies* c.p.c.: quello per la riproposizione della domanda cautelare rigettata e questo per l'istanza di modifica e revoca di un provvedimento cautelare concesso.

Ove, poi, la sospensiva sia negata, resta qui applicabile la previsione dell'art. 22, 6° comma, d.lgs. n. 30/2007, così come modificato dal d.lgs. n.

32/2008, disposizione che non è stata minimamente toccata dal Decreto in commento (art. 34). Quindi, colui che ha subito una simile negazione potrà sempre, a domanda, rientrare in Italia e soggiornarvi «per partecipare al procedimento di ricorso, salvo che la sua presenza possa procurare gravi turbative o grave pericolo all'ordine pubblico o alla sicurezza pubblica». Una simile previsione, indispensabile per garantire il diritto al contraddittorio e, per questa ragione, indicata come necessaria dall'art. 31, 4° comma, della Direttiva 2004/38CE, è concretamente attuata per mezzo di un'autorizzazione rilasciata dal questore, anche per il tramite di una rappresentanza diplomatica o consolare su documentata richiesta dell'interessato.

ROBERTO CIPPITANI*

LA JURISPRUDENCIA DE LAS CORTES DE LATINOAMÉRICA COMO INSTRUMENTO DE INTEGRACION REGIONAL ⁽¹⁾ ⁽²⁾

SUMARIO: 1. La integración europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de la Corte EDH. — 2. Los instrumentos interpretativos «usuales» en la jurisprudencia de las Cortes regionales. — 3. La interpretación teleológica como herramienta principal de las Cortes regionales. — 4. Los corolarios de la interpretación teleológica: efecto útil y sentido autónomo. — 5. La elaboración de los conceptos jurídicos por los jueces regionales. — 6. La construcción de un ordenamiento jurídico regional. — 7. Los jueces regionales y el «Derecho de la integración». — 8. Derecho de la integración y teoría de la interpretación jurídica.

1. — *La integración europea en la jurisprudencia del Tribunal de Justicia y de la Corte EDH.*

El proceso de integración jurídica de la Unión Europea se basa en un conjunto de fuentes legales (Tratados constitucionales y derecho derivado) y de jurisprudencia emitida por el Tribunal de Justicia (en adelante «TJUE»)

* Cátedra Jean Monnet – Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ El presente artículo sintetiza el contenido de los cursos que el autor dio en el Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus de México en el mes de noviembre de 2011. El artículo forma parte de las actividades de la Cátedra Jean Monnet de la Universidad de Perugia (proyecto TeKla, *The European Knowledge Legal Area*, financiado por la Unión Europea, EACEA, *Lifelong Learning Programme*).

⁽²⁾ Revisión de la traducción bajo la dirección de la Mtra. Russy G. Vázquez Fregoso - Departamento de Lenguas Modernas - Universidad de Guadalajara

con el ejercicio de sus atribuciones⁽³⁾: el control de la legitimidad sobre los actos de las otras Instituciones (art. 263 Tratado sobre el Funcionamiento de la Unión Europea, (en adelante «Tratado FUE»); las decisiones acerca de la responsabilidad contractual (art. 272 Tratado FUE) y extracontractual (artículos 268 y 340 Tratado FUE) de la Unión; las competencias para resolver los litigios entre la Unión y sus agentes (art. 270 Tratado FUE) y otras competencias contenciosas (art. 271 ss. Tratado FUE). Sobre todo el TJUE tiene el poder de la interpretación prejudicial del derecho de la Unión (art. 267 Tratado FUE), que puede ser solicitada al Tribunal por los jueces nacionales, y cuanto a esos tienen que tomar una decisión sobre la validez e interpretación de una norma comunitaria.

Este proceso se desarrolla en un contexto político-legislativo de integración regional, cual es el de la Unión Europea, donde los Estados de la misma región pierden progresivamente su atribuciones de soberanía a favor de la construcción política supranacional⁽⁴⁾.

A nivel continental hay otro juez que contribuye a la elaboración del derecho aplicable en Europa, a pesar que no pertenece a un sistema de integración regional como se ha definido arriba.

Este juez es, la Corte Europea de los Derechos Humanos (en lo siguiente «Corte EDH») que asegura el respeto de la Convención Europea y de los otros textos del Consejo de Europa en tema de derechos del ser humano. De esta manera la Corte EDH establece el sentido jurídico de los derechos humanos que, sin embargo, penetra en el ordenamiento de la Unión Europea en base a la jurisprudencia del TJUE y ahora del artículo 6 del Tratado sobre la Unión Europea. Además, los conceptos jurídicos establecidos por la Corte EDH afectan los sistemas jurídicos de los derechos de los Estados

⁽³⁾ R. CIPPITANI, *El «ordenamiento jurídico de género nuevo»: metáforas y estrategias en la jurisprudencia comunitaria*, en *El Juez Constitucional en el Siglo XXI*, edición de E. Ferrer Mac-Gregor, C. de J. Molina Suárez, Ciudad de México, 2009, Tomo II, p. 21 y siguientes; Id., *Tribunal de Justicia de la Unión Europea (Interpretación y construcción del ordenamiento jurídico)*, en *Diccionario Histórico Judicial de México: ideas e instituciones*, Suprema Corte de Justicia de la Nación de México, Ciudad de México, 2010, Tomo III.

⁽⁴⁾ E. HAAS, *The study of regional integration: reflections on the joy and anguish of pre-theorizing*, en *International Organization*, Vol. 24, 1970, p. 610.

Europeos, ya sean los que forman parte de la Unión Europea, o los que sólo firmaron la Convención Europea de los Derechos Humanos ⁽⁵⁾.

Sin embargo este fenómeno de integración jurídica por el medio de la jurisprudencia no pertenece sólo al continente europeo, sino también a Latinoamérica, que lo hace interesante por su enlace histórico y cultural con Europa.

En el ámbito de organizaciones regionales de naturaleza y objetivos diferentes operan Tribunales que, desde hace unas décadas, han ido desarrollando una importante actividad interpretativa y consultiva, que pueden generar propuestas interesantes para investigaciones futuras tanto americanas como europeas. Por esa razón, aquí se pretende investigar cómo los Tribunales de las organizaciones regionales iberoamericanas (la Corte Interamericana de Derechos Humanos ⁽⁶⁾, el Tribunal Permanente de Revisión del Mercosur y Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina) elaboran conceptos jurídicos y además se tratará de responder a la pregunta de cuál sería el impacto de esos conceptos en el derecho de la región. Asimismo este análisis comparará los métodos utilizados por los Tribunales supranacionales europeos.

La tesis que se sostiene es que hay un método general, con el cual los jueces regionales fomentan la integración jurídica regional. Este ocurre independientemente del nivel de integración política del sistema al que pertenecen.

2. — *Los instrumentos interpretativos «usuales» en la jurisprudencia de las Cortes regionales.*

Los Tribunales regionales afirman utilizar los instrumentos interpretativos usuales ⁽⁷⁾.

⁽⁵⁾ Los Estados que participan a la Convención son 47 mas unos «observadores» como el México y los Estados Unidos.

⁽⁶⁾ O. HUERTAS DÍAZ, *Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *Diccionario Histórico Judicial de México: ideas e instituciones*, cit., Tomo I.

⁽⁷⁾ Por ejemplo v. TJUE sent. del 5 de marzo de 1996, *Brasserie du pêcheur / Bundesrepublik*

Según la Corte Interamericana de los Derechos Humanos (en lo siguiente «Corte IDH») los criterios de interpretación son los establecidos por el artículo 31.1 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁽⁸⁾. La Convención de Viena, en particular, establece que los tratados deben interpretarse de buena fe, conforme al sentido corriente que haya que atribuirse a los términos, en el contexto de esos y teniendo en cuenta objeto y fin de las fuentes internacionales⁽⁹⁾.

Empero es interesante destacar la interpretación de las Cortes regionales con sus particularidades, ya sea desde una perspectiva del derecho internacional o con referencia al derecho nacional.

De la primera perspectiva, dichas Cortes no interpretan sólo tratados o textos jurídicos internacionales, como previsto en la Convención de Viena. De hecho esa Convención sólo toma en consideración el derecho internacional de los tratados y el derecho consuetudinario, que representan el texto y el contexto de la actividad interpretativa (véase el artículo 31, párrafos 2 y 3). Las Cortes regionales tienen que ocuparse también de la interpretación de disposiciones de derecho interno en los ordenamientos nacionales. Como afirma la misma Corte IDH: «las normas deben ser interpretadas como parte de un todo cuyo significado y alcance deben fijarse en función del sistema jurídico al cual pertenecen»⁽¹⁰⁾.

Desde la perspectiva del derecho nacional, las Cortes supranacionales tienen un acercamiento interpretativos de hecho diferente a lo que hacen los jueces internos. Según la tradición jurídica de los países de *Civil Law*, los jueces deben exclusivamente derivar las normas de un sistema jurídico cerrado y completo, establecido por el legislador nacional. Las disposicio-

Deutschland et The Queen / Secretary of State for Transport, ex parte Factortame y otr., C-46/93 y C-48/93, Rec. 1996 p. I-1029.

⁽⁸⁾ Corte IDH sent. del 21 de junio de 2002, *Hilaire, Constantine, Benjamin y otros/Trinidad y Tobago*, Serie C No. 94.

⁽⁹⁾ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-1/82, 24 de septiembre de 1982, Otros tratados objeto de la función consultiva de la Corte.

⁽¹⁰⁾ Corte IDH, sent. del 16 de noviembre de 2009, *González y otr. («Campo Algodonero») / México*, Serie C No. 205.

nes de los códigos civiles (véase, por ejemplo, el artículo 19 del Código civil del Distrito Federal y el artículo 12 de las disposiciones preliminar al *Codice civile* italiano) representan la interpretación como recurrido linear y casi algorítmico, que tiene como dimensión principal la interpretación literal del texto⁽¹¹⁾. Los conceptos generales, las normas abiertas, son utilizados de manera muy limitada. El juez puede tomar en consideración argumentos ulteriores (como la finalidad de la ley) sólo si la interpretación literal no es suficiente para reglar un caso.

Los jueces regionales normalmente muestran deferencia a esa tradición, como cuando el Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina (en adelante «Tribunal CA») declara que «La primera labor del juzgador es la de acudir a la interpretación gramatical del texto legislado, para extraer de éste, sin mayor esfuerzo, el sentido que de sus propias palabras se pone en evidencia, según la conexión de ellas entre sí y la intención del legislador». Sólo en defecto de la claridad gramatical del texto habría que «desarrollar la labor interpretativa con base en un criterio teleológico»⁽¹²⁾ y los demás de los criterios interpretativos más «modernos» (como los llama el Tribunal CA en contraposición con el método literal)⁽¹³⁾, que son los métodos funcionales que hace referencia a la finalidad y a los principios generales⁽¹⁴⁾.

3. — *La interpretación teleológica como herramienta principal de las Cortes regionales.*

En realidad las Cortes supranacionales alteran la jerarquía hermenéutica tradicional, poniendo en la base de su actividad la interpretación teleológica.

En la jurisprudencia de las Cortes regionales la interpretación se desarro-

⁽¹¹⁾ R. SACCO *Introduzione al diritto comparato*, Torino, 1980, p. 224 ; G. ANGELASCO, *La technique législative en matière de codification Civil. Etude de droit comparé*, Paris, 1930.

⁽¹²⁾ Tribunal CA, proc. 0002-AI-1996.

⁽¹³⁾ Tribunal CA proc. 0004-AN-1992.

⁽¹⁴⁾ Tribunal CA proc. 0002-AI-1996.

lla siempre para alcanzar una finalidad⁽¹⁵⁾. El uso del método teleológico depende del hecho que «No hay “neutralidad” en el Derecho; todo Derecho es finalista, y los destinatarios últimos de las normas jurídicas tanto nacionales como internacionales son los seres humanos». La interpretación finalizada es particularmente importante en el tema de los derechos humanos: «Todo el nuevo *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos ha sido construido sobre la base de los imperativos de protección y los intereses superiores del ser humano, independientemente de su vínculo de nacionalidad o de su estatuto político, o cualquiera otra situación o circunstancia»⁽¹⁶⁾.

La interpretación tiene que ser llegada a cabo, tomando en consideración la perspectiva teleológica, con la cual «se analiza el propósito de las normas involucradas, para lo cual es pertinente analizar el objeto y fin del tratado mismo y, de ser pertinente, analizar los propósitos del sistema regional de protección»⁽¹⁷⁾.

Sin una verdadera interpretación finalizada, las Cortes no podrían desempeñar su papel como el de tutelar los derechos humanos en el sistema de la Convención Americana⁽¹⁸⁾.

Al contrario de lo que pasa en los códigos civiles, la interpretación teleológica no es un momento posible, sino necesario, en el proceso de atribución del sentido jurídico. La finalidad es el punto de salida del proceso interpretativo y afecta toda la comprensión de los textos jurídicos⁽¹⁹⁾.

De hecho, como reconoce el Tribunal CA, después la declaración de respecto de la tradición formalista, la interpretación gramatical tiene que

(15) TJUE (Trib. Prim. Instancia), sent. del 11 de diciembre de 2003, *Conserve Italia / Comisión*, T-305/00, Rec. II-5663.

(16) Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño (Voto concorrente del juez A.A. Cançado Trindade).

(17) Corte IDH, *González y otr. («Campo Algodonero») / México*, párr. 59.

(18) Corte IDH, *Hilaire, Constantine, Benjamin y otr. / Trinidad y Tobago*, cit., párr. 19.

(19) Sobre la importancia de la perspectiva teleológica de la interpretación del TJUE, v., por ejemplo, C. JOUSSEN, *L'interpretazione teleologica del diritto comunitario*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2001, p. 499 y siguientes.

realizarse con «sentido finalista»⁽²⁰⁾. Además el Tribunal acuerda que los principios generales no son una elaboración eventual, sino ellos son los que sustentan el ordenamiento jurídico « hasta el punto de que doctrina autorizada los coloca como primera fuente de interpretación en el sentido de que ni siquiera la propia ley puede contrariarlos porque forman parte de la conciencia jurídica colectiva de cada país »⁽²¹⁾.

Entonces, como claramente afirma el Tribunal Permanente del Mercosur (en adelante «TPR Mercosur»), los jueces de las organizaciones internacionales tienen que tomar en consideración los principios de derechos internacionales o los principios generales del Derecho, a pesar que dichos principios no forman parte del Derecho de la específica organización regional⁽²²⁾.

4. — *Los corolarios de la interpretación teleológica: efecto útil y sentido autónomo.*

De la interpretación teleológica los jueces regional deriven otros importantes instrumentos interpretativos.

La interpretación finalizada a la implementación del derecho regional lleva siempre a la búsqueda de un «efecto útil», o mejor, lleva a la mayor aplicación posible de dicho ordenamiento. Como argumenta el TJUE, el principio del efecto útil sirve para alcanzar los objetivos de los Tratados comunitarios y, por lo tanto, para asegurar el funcionamiento de la Unión⁽²³⁾.

Toda la jurisprudencia de la Corte Interamericana interpreta los derechos reconocidos por la Convención buscando su efecto útil, con el objeto de proteger el individuo frente al Estado⁽²⁴⁾. Lo mismo que sucede en la juris-

⁽²⁰⁾ Tribunal CA proc. 0002-AI-1996

⁽²¹⁾ Tribunal CA proc. 0002-AI-1996.

⁽²²⁾ TPR Mercosur, laudo n. 01/2005, en el cual se cita a F. JIMÉNEZ GARCÍA, *Los comportamientos recíprocos en Derecho Internacional*, Diles, Madrid, 2002, p. 236.

⁽²³⁾ V. por ejemplo TJUE sent. del 4 de octubre de 2001, *Italia/ Commission*, C-403/99, Rec. 2001, p. I-6883; id. sent. del 13 de febrero de 1969, *Walt Wilhelm y otr./ Bundeskartellamt*, 14/68, Rec. 1969, p. 1.

⁽²⁴⁾ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-1/82, del 24 de septiembre de 1982, «Otros

prudencia de la Corte EDH⁽²⁵⁾.

Corolario al principio del efecto útil es el empleo de la norma más favorable para la tutela de los derechos protegidos por la Convención, es decir, si a una situación son aplicables dos normas distintas « debe prevalecer la norma más favorable a la persona humana »⁽²⁶⁾.

Como se ha comentado con referencia al caso de la Unión Europea, pero que se puede extender a todos los Tribunales regionales, el TJUE ha superado los criterios de los jueces internacionales (según la Convención de Viena), poniendo el método teleológico, junto con el principio del efecto útil, en la base de la «infraestructura del método hermenéutico comunitario»⁽²⁷⁾.

Se ha dicho anteriormente que, la Corte IDH, cuando refiere a la Convención de Viena, afirma que la interpretación tiene que ser desarrollada desde el sentido común de las palabras. El TJUE también dice que el significado de las fuentes comunitarias se establece « *conformément à leur sens habituel en langage courant* »⁽²⁸⁾.

En realidad los jueces regionales establecen el sentido de las palabras utilizadas en los textos que interpretan de manera coherente con los objetivos del derecho regional⁽²⁹⁾. Sin embargo el mismo artículo 31 de la Conven-

tratados» objeto de la función consultiva de la Corte. V. también la J. CARDONA LLORENS, *Memoria del Seminario «El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI*», Tomo I, San José, Costa Rica, 23 y 24 de noviembre de 1999, 2a edición, p. 321, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/Semin1.pdf>.

⁽²⁵⁾ Por lo que se refiere a el método con el cual la Corte EDH aplica la Convención Europea, véase V. COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema CEDU*, ISEG, Roma-Perugia, 2010.

⁽²⁶⁾ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03, 17 de septiembre de 2003, párr. 21, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados; Id., sent. del 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), *Ricardo Canese / Paraguay*, Serie C No. 111,

⁽²⁷⁾ J.P. PAMPILLO BALIÑO, *Historia general del derecho*, Oxford University Press, Oxford-Ciudad de Mexico, 2008, p. 353.

⁽²⁸⁾ TJUE (Trib. Prim. Instancia), sent. del 30 de junio de 2005, *Olesen/Commissione*, T-190/03, Rec. p. II-805.

⁽²⁹⁾ V., por ejemplo, TJUE sent. del 30 de enero de 1997, *De Jaeck / Staatssecretaris van Financiën*, C-340/94, Rec. p. I-461 (párrafos 21-25, 28, 34), en la cual se afirma que la palabra «reglamento» debe interpretarse de manera sistemática.

ción de Viena establece que el sentido corriente depende del contexto y del objeto y del fin de los textos jurídicos. Asimismo, como acuerdan algunas sentencias de la Corte IDH, la interpretación, que tiene en consideración los objetivos de la Convención Americana, respecta el principio de la buena fe del mismo artículo 31 de la Convención de Viena⁽³⁰⁾.

Los Tribunales establecen no el sentido usual, sino un sentido técnico-jurídico, que es autónomo de los de los ordenamientos de los Estados integrados en una organización regional.

Este significado autónomo es necesario para asegurar la supervivencia del derecho comunitario, que en caso contrario, sería aplicado en maneras muy diferentes en cada Estado miembro, y en aplicación del principios como la igualdad de trato de lo sujetos jurídicos independientemente de sus orígenes nacionales⁽³¹⁾.

La Corte Interamericana establece el sentido autónomo, por ejemplo, cuando tiene que individuar el significado de la palabra «ley» en un tratado internacional, la cual no puede determinarse con la acepción en el derecho interno de un Estado Parte. El sentido de la palabra debe establecerse en el contexto de un régimen de protección de los derechos humanos y que

⁽³⁰⁾ Por ejemplo el principio de buena fe, con el fin del alcanzar los objetivos de la Convención Americana, se utiliza para interpretar la palabra «recomendaciones» (Corte IDH, sent. 1 8 de diciembre de 1995, *Caballero Delgado y Santana*, Serie C. No. 22; Id. sent. 29 de enero de 1997, *Genie Lacayo*, Serie C. No. 30) y el adverbio la «exclusivamente» (Corte IDH, sent. del 6 de agosto de 2008, *Castañeda Gutman/Estados Unidos Mexicanos*). Véase C. M. AYALA CORAO, *Recepción de la jurisprudencia internacional sobre derechos humanos por la jurisprudencia constitucional*, en *Revista del Foro Constitucional Iberoamericano*, p. 58, <http://www.idpc.es/archivo/1212662975carlosayala.pdf>.

⁽³¹⁾ TJUE, sent. del 9 de noviembre de 2000, *The Queen / Secretary of State for the Home Department, ex parte Nana Yaa Konadu Yiadom*, C-357/98, Rec. 2000, p. 9256, párr. 26; Id. sent. del 19 de septiembre de 2000, *Lussemburgo/Linster*, C-287/98, Rec. 2000, p. 6917, párr. 43; Id. sent. 4 de julio de 2000, *Comisión/Grecia*, C-387/97, Rec. 2000, p. 5047; Id. 18 de enero de 1984, *Ekro/Produktschap voor Vee en Vlees*, 327/82, Rec. 1984, p. I-107, párr. 11. La regla de la aplicación uniforme se refiere también al derecho privado: v. TJUE, sent. del 23 de enero de 2000, *Dionisios Diamantis/ Elliniko Dimosio, Organismos Ikonomikis Anasinkrotisis Epikhiriseon AE (OAE)*, C-373/97, Rec. 2000, p. I-1705, párr. 34; Id. sent. del 12 de marzo de 1996, *Pafitis e altri/TKE y otr.*, C-441/93, Rec. 1996, p. I-1347, párr. 68-70.

no puede desvincularse de la naturaleza y del origen de tal régimen. Entonces «No es posible interpretar la expresión leyes, utilizada en el artículo 30, como sinónimo de cualquier norma jurídica, pues ello equivaldría a admitir que los derechos fundamentales pueden ser restringidos por la sola determinación del poder público, sin otra limitación formal que la de consagrar tales restricciones en disposiciones de carácter general (...) La Corte concluye que la expresión leyes, utilizada por el artículo 30, no puede tener otro sentido que el de ley formal, es decir, norma jurídica adoptada por el órgano legislativo y promulgada por el Poder Ejecutivo, según el procedimiento requerido por el derecho interno de cada Estado»⁽³²⁾.

Otro ejemplo que se pueden encontrar en la jurisprudencia de la Corte IDH en los cuales el sentido se establece en coherencia con los objetivos de la Convención Americana de Derechos Humanos es la palabra “víctima”. Como se comentó « en varias decisiones en los últimos años, la Comisión Europea consistente e invariablemente advirtió que el concepto de “víctima” utilizado en el artículo 25 de la Convención debe ser interpretado de forma autónoma e independientemente de conceptos de derecho interno tales como los de interés o calidad para interponer una acción judicial o participar en un proceso legal »⁽³³⁾.

5. — *La elaboración de los conceptos jurídicos por los jueces regionales.*

La aplicación de la técnica interpretativa de las Cortes supranacionales llega a la elaboración de conceptos jurídicos específicos, tal vez llamados principios⁽³⁴⁾.

⁽³²⁾ Corte IDH, Opinión Consultiva C-6/86, 9 de mayo de 1986, La expresión «leyes» en el artículo 30 de la Convención americana sobre derechos humanos.

⁽³³⁾ A. A. CANÇADO TRINDADE, M. E. VENTURA ROBLES, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos: camino hacia un Tribunal Permanente*, en *El futuro de la corte interamericana de derechos humanos*, San José, Costa Rica, 2003, p. 150 s., en <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/Futuro.pdf>.

⁽³⁴⁾ Con referencia al derecho de la Unión Europea v. J.P. PAMPILLO BALIÑO, *Historia gene-*

Esos conceptos son los previstos en los Tratados internacionales regionales. Entonces la Corte IDH, cuando juzga, establece el contenido de los derechos reconocidos por la Convención Americana, como la libertad de expresión (art. 13), de religión (art. 12), de movimiento (art. 22)⁽³⁵⁾, el derecho a la salud⁽³⁶⁾, el derecho de asociación (art. 16), los derechos políticos (art. 23 y siguientes)⁽³⁷⁾, etc.

Para aplicar las fuentes de su competencia, en base a lo mencionado previamente, las Cortes elaboran el sentido autónomo de las palabras utilizadas por las fuentes jurídicas, de la perspectiva teleológica de alcanzar los objetivos previstos por la organizaciones regionales.

Un ejemplo interesante a referir es el recurrido lógico utilizado por la Corte IDH para establecer el sentido de la palabra «propiedad» contenida en artículo 21 de la Convención Americana de Derechos Humanos.

El caso Comunidad Indígena Yakye Axa contra Paraguay⁽³⁸⁾ es emblemático porque la primera lamentaba que no había podido realizar sus ceremonias tradicionales, ni practicar sus actividades tradicionales de subsistencia, por la falta de tierra comunitaria.

La Corte ha declarado culpable a Paraguay por no haber garantizado la protección efectiva de la comunidad indígena, tomando en cuenta «sus particularidades propias, sus características económicas y sociales, así como

ral del derecho, Oxford University Press, Oxford-Ciudad de Mexico, 2008, p. 346 y siguientes; R. CIPPITANI, *El Tribunal de Justicia y la construcción del derecho privado en la Unión Europea*, en *Jurípolis, Revista de Derecho y Política del Departamento de Derecho*, Tecnológico de Monterrey, Campus, Ciudad de México 2007, p. 85 y siguientes.

⁽³⁵⁾ Corte IDH, *Ricardo Canese/Paraguay*, cit., que hace referencia a la O.N.U., Comité de Derechos Humanos, Comentario general no. 27, nota 135, párr. 8.

⁽³⁶⁾ Corte IDH, sent. del 4 de julio de 2006, *Ximenes Lopes/Brasil*, Serie C No 149.

⁽³⁷⁾ Por ejemplo, Corte IDH, sent. del 6 de agosto de 2008, *Castañeda Gutman/Estados Unidos Mexicanos*, Serie C No. 184.

⁽³⁸⁾ Corte IDH, sent. del 17 de junio de 2005, *Comunidad indígena Yakye Axa/Paraguay*, Serie C No. 25 Véase el comentario de L. CASSETTI, *Il diritto di «vivere con dignità» nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani*, en www.federalismi.it, 15 de diciembre de 2010, en particular la p. 7.

su situación de especial vulnerabilidad, su derecho consuetudinario, valores, usos y costumbres»⁽³⁹⁾.

En base a aquellos argumentos la Corte establece que por propiedad, en el caso específico, se tiene que interpretar el derecho a la propiedad de los pueblos indígenas sobre sus territorios «ancestrales», que es medio para la protección de los derechos humanos de la colectividad en el que basan su desarrollo económico, social y cultural en la relación con la tierra.

Como reconoce la Corte, este es « un derecho de propiedad de la tierra distinto del concepto general del derecho de propiedad privada»⁽⁴⁰⁾, como derecho sobre una unidad económica. Sin embargo esta distinción « en razón del conjunto de derechos que, en la situación específica de la Comunidad Yakye Axa, están vinculados estrechamente a la garantía de este derecho: el derecho a la vida, el derecho a la identidad étnica, el derecho a la cultura y a la recreación de la misma, el derecho a la integridad y supervivencia como comunidad indígena»⁽⁴¹⁾.

Es muy interesante la idea que tiene la Corte de la propiedad como un conjunto de aspectos de carácter material y también de componentes inmateriales, de carácter político, simbólico, cultural. Un corolario de esta definición es la que se refiere a bienes, que, en base al artículo 21 tienen que ser considerados como « aquellas cosas materiales apropiables, así como todo derecho que pueda formar parte del patrimonio de una persona; dicho concepto comprende todos los muebles e inmuebles, los elementos corporales e incorporales y cualquier otro objeto inmaterial susceptible de tener un valor»⁽⁴²⁾.

Para llegar a una protección efectiva de ese derecho de propiedad el Estado debe delimitar, demarcar y titular el territorio de las respectivas comunidades, así como « protegerlos de terceros que pretenden turbar la posesión o realizar actos contra su integridad, sobre la existencia, valor, uso o el goce

⁽³⁹⁾ Corte IDH, *Comunidad indígena Yakye Axa/Paraguay*, cit., párr. 8.

⁽⁴⁰⁾ Corte IDH, *Comunidad indígena Yakye Axa/Paraguay*, cit., párr. 121.

⁽⁴¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁴²⁾ Corte IDH, *Comunidad indígena Yakye Axa/Paraguay*, cit., párr. 137. V. Corte IDH, sent. del 31 agosto de 2001, *Comunidad Mayagna (Sumo) Awas Tingni*, Serie C No. 79, párr. 144.

de los bienes ubicados en las zonas geográficas donde habitan y realizan sus actividades los miembros de la Comunidad». Asimismo ese derecho prevalece sobre la propiedad general otorgada en la base de otros títulos.

La Corte EDH también utiliza un concepto más extendido de propiedad respecto a las nociones de *Civil law* e incluye por ejemplo los derechos de créditos. Ese concepto sirve para tutelar intereses personales, así como intereses no patrimoniales⁽⁴³⁾.

Las Cortes supranacionales no limitan su interpretación a las palabras de los textos fundamentales de las organizaciones regionales, sino también ellas mismas tienen que elaborar conceptos instrumentales para alcanzar los objetivos de dichas organizaciones.

En particular para lograr el efecto útil de las fuentes supranacionales es fundamental fijar el concepto de responsabilidad del Estado miembro y desarrollar el campo semántico conectado a dicha responsabilidad.

El TJUE, en base a sus atribuciones ha elaborado refinadas reglas sobre la responsabilidad contractual y extracontractual de los Estados y nociones necesarias para aplicar dichas responsabilidades⁽⁴⁴⁾. La Corte EDH desarrolla su jurisprudencia en el tema de la responsabilidad del Estado en la aplicación de los artículos 41 y siguientes de la Convención Europea de los Derechos Humanos.

⁽⁴³⁾ V. las sentencias de la Corte EDH n. 11810/03, *Maurice/ Francia*, y n. 1513/03, *Draon/ Francia*, ambas del 6 de octubre de 2005, que se refieren a la ley francesa n. 2002-2003 del 4 de marzo de 2002, que limitaba la indemnización de los médicos en consecuencia de un error en la diagnóstica prenatal.

⁽⁴⁴⁾ El TJUE, por ejemplo, ha elaborado muchas nociones en materia de obligaciones: la noción misma de obligación, construida a partir de las nociones de responsabilidad extracontractual (p.e. TJUE sent. del 4 marzo de 1980, *Pool/ Consejo*, 49/79, Rec. 1980, p. 569) y contractual (TJUE sent. del 20 de febrero de 1997, *IDE/ Comisión*, C-114/94, Rec. 1997 p. I-803) de la Comunidad. A partir de dichas nociones han sido elaboradas otras como las relativas a diferentes clases de relaciones obligatorias; la «repetición del pago indebido» (TJUE sent. del 9 diciembre de 2003, *Comision/Repubblica italiana*, C-129/00, Rec. 2003 p. I-14637); del enriquecimiento ilícito (TJUE sent. del 11 de julio de 1968, *Damvin/Comision*, 26/67, Rec. 1968, p. 463); de la responsabilidad precontractual (TJUE sent. del 17 de diciembre de 1998, *Embassy Limousines & Services/Parlamento Europeo*, T-203/96, Rec. 1998 p. II-4239).

En Latinoamérica la Corte IDH, por ejemplo, destaca el « principio básico del derecho de la responsabilidad internacional del Estado, recogido por el Derecho Internacional de los Derechos Humanos, que todo Estado es internacionalmente responsable por cualquier acto u omisión de cualesquiera de sus poderes u órganos en violación de los derechos internacionalmente consagrados»⁽⁴⁵⁾. Para evitar su responsabilidad, el Estado no puede invocar disposiciones o dificultades de derecho constitucional o interno (v. artículo 27 de las dos Convenciones de Viena sobre Derecho de los Tratados (de 1969 y 1986))⁽⁴⁶⁾.

La responsabilidad, que surge del incumplimiento de las obligaciones, sirve para garantizar la aplicación de las reglas supranacionales, como las que reconocen los derechos humanos⁽⁴⁷⁾.

Para lograr sus objetivos la Corte tiene que establecer lo que se entiende como daño a las consecuencias sancionatorias. Así el daño puede ser de naturaleza material e inmaterial. El daño inmaterial « puede comprender tanto los sufrimientos y las aflicciones causados a las víctimas directas y a sus allegados, como el menoscabo de valores muy significativos para las personas, así como las alteraciones, de carácter no pecuniario, en las condiciones de existencia»⁽⁴⁸⁾.

En la jurisprudencia del TPR Mercosur se tematiza dos tipos de daños, el primero es el daño económico, en el cual uno de sus componentes es el daño comercial, siendo los otros los propios de las cuestiones tales como

⁽⁴⁵⁾ Corte IDH, sent. del 19 de noviembre de 1999, *Los «Niños de la Calle»/Guatemala*, Serie C No. 63, párr. 220.

⁽⁴⁶⁾ A. A. CAÑADO TRINDADE, M. E. VENTURA ROBLES, *El futuro de la corte interamericana de derechos humanos*, cit., p. 84 y s.

⁽⁴⁷⁾ Corte IDH, sent. del 1 de marzo de 2005, *Las Hermanas Serrano Cruz/El Salvador*, Serie C No. 120, párr. 135.

⁽⁴⁸⁾ En Corte IDH, *Los «Niños de la Calle»/Guatemala*, cit., párr. 176, la Corte IDH, con referencia a la jurisprudencia de la Corte EDH, considera *daño* «los tratamientos inhumanos y degradantes de una madre como resultado de la detención y desaparición de su hijo a manos de las autoridades» (con referencia al artículo 5 de la Convención Americana, correspondiente a el artículo 3 de la Convención Europea). Se considera daño lo que fue provocado a los familiares (Corte IDH, *Las Hermanas Serrano Cruz/El Salvador*, cit.).

lás pertinentes escalas de economía, capacidad ociosa perdida, desempleo, costos hundidos, inversiones perdidas, y el segundo es el daño institucional⁽⁴⁹⁾.

La reparación de los daños requiere normalmente « la plena restitución (*restitutio in integrum*) lo que consiste en el restablecimiento de la situación anterior, y la reparación de las consecuencias que la infracción produjo, así como el pago de una indemnización como compensación por los daños ocasionados»⁽⁵⁰⁾. En caso de no ser posible la plena restitución se puede reconocer una indemnización como medio para reparar el daño causado, sea material o inmaterial. La indemnización permite compensar con un bien universalmente apreciado (el dinero) la pérdida o el menoscabo de otros bienes. Un ejemplo muy importante es la reparación por la pérdida injusta de la vida con una indemnización pecuniaria.

La Corte IDH establece otras reglas en el tema de la responsabilidad civil: las presunciones y los sujetos que tienen la obligación de la prueba⁽⁵¹⁾; la naturaleza de la indemnización⁽⁵²⁾; la modalidad de determinar la compensación⁽⁵³⁾;

⁽⁴⁹⁾ TPR del Mercosur, laudo n. 01/2007, p. 8 y siguientes

⁽⁵⁰⁾ Corte IDH, sent. de 26 de mayo de 2001, *Los «Niños de la Calle» (Villagrán Morales y otros) / Guatemala*, (Reparaciones y Costas), serie C No. 77, párr. 60.

⁽⁵¹⁾ El daño inmaterial, en el sentido de sufrimiento de los familiares de las víctimas, se presume, por lo cual no es necesario demostrarlo (Corte IDH, *Las Hermanas Serrano Cruz/ El Salvador*, cit.).

⁽⁵²⁾ Según la jurisprudencia de la Corte IDH la indemnización tiene naturaleza compensatoria, así que están excluidos los llamados *punitive damages*, v. Corte IDH, sent. del 2 de julio de 2004, *Herrera Ulloa/ Costa Rica*, Serie C 107, párr. 194; Id., sent. del 31 de agosto de 2004 (Fondo, Reparaciones y Costas), *Ricardo Canese/ Paraguay*, Serie C No. 111, párr. 194; v. S. GARCÍA RAMÍNEZ, *La jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos en materia de reparaciones*, en *La Corte interamericana de derechos humanos: un cuarto de siglo- 1979-2004*, San José de Costa Rica, 2005, p. 45, en <http://www.corteidh.or.cr/docs/libros/cuarto%20de%20siglo.pdf>

⁽⁵³⁾ En la jurisprudencia de la Corte IDH la determinación de las indemnizaciones no está vinculada por fórmulas estáticas y rígidas, mas puede utilizar la *equitas singularis* es decir «la equidad conforme a las circunstancias del caso en particular» (Corte IDH, sent. del 26 de noviembre de 2003 (Interpretación de la Sentencia de Excepción Preliminar, Fondo y Reparaciones), *Juan Humberto Sánchez/ Honduras*, Serie C No. 102, párr. 56.

la medidas alternativas a la indemnización ⁽⁵⁴⁾.

Sin embargo, a pesar que los instrumentos de derecho internacional se ocupan de relaciones entre Estados y particulares, los conceptos jurídicos elaborados por la Cortes supranacionales, no impactan solamente en el derecho público o penal ⁽⁵⁵⁾, sino también en el derecho civil.

Además del tema de la responsabilidad, las Cortes regionales se ocupan de definir también otras nociones como personalidad jurídica ⁽⁵⁶⁾ o identi-

⁽⁵⁴⁾ La Corte IDH considera otras consecuencias de la responsabilidad, diferentes a la indemnización, la publicación de declaraciones de reprobación por las violaciones y el reconocimiento de la dignidad de las víctimas (Corte IDH, sent. del 25 de noviembre de 2004, *Lori Berenson Mejía/Perú*, Serie C No. 119) o «el tratamiento médico y psicológico requerido por los familiares de las víctimas» (Corte IDH, *Las Hermanas Serrano Cruz / El Salvador*, cit.). Estas medidas no sólo «benefician a los familiares de las víctimas sino también a la sociedad como un todo, de manera que al conocer la verdad en cuanto a los hechos alegados tenga la capacidad de prevenirlos en el futuro»

⁽⁵⁵⁾ Véase el caso de las limitaciones a la pena de muerte: «la Corte ha establecido que quedan (...) definidos tres grupos de limitaciones para la pena de muerte en los países que no han resuelto su abolición. En primer lugar, la imposición o aplicación de dicha pena está sujeta al cumplimiento de reglas procesales cuyo respeto debe vigilarse y exigirse de modo estricto. En segundo lugar, su ámbito de aplicación debe reducirse al de los más graves delitos comunes y no conexos con delitos políticos. Por último, es preciso atender a ciertas consideraciones propias de la persona del reo, las cuales pueden excluir la imposición o aplicación de la pena capital» (Corte IDH, Opinión Consultiva OC-3/83, Restricciones a la pena de muerte (artículos 4.2 y 4.4 Convención Americana sobre Derechos Humanos))

⁽⁵⁶⁾ La Corte IDH « considera que el otorgamiento de personería jurídica sirve para hacer operativos los derechos ya existentes de las comunidades indígenas, que los vienen ejerciendo históricamente y no a partir de su nacimiento como personas jurídicas. Sus sistemas de organización política, social, económica, cultural y religiosa, y los derechos que ello apareja, como la designación de sus propios líderes y el derecho a reclamar sus tierras tradicionales, son reconocidos no a la persona jurídica que debe inscribirse para cumplir con un formalismo legal, sino a la comunidad en sí misma que la propia Constitución paraguaya reconoce como preexistente al Estado. En consecuencia, la Corte concluye que la personería jurídica, bajo el derecho interno paraguayo, es otro derecho garantizado a la Comunidad indígena, como sujeto de derechos, y por tanto, es irrelevante la fecha en que ésta fue otorgada, a efectos del establecimiento del inicio de contabilización del plazo de duración del procedimiento administrativo de reivindicación de tierras» (Corte IDH, *Comunidad indígena Yakye Axa/ Paraguay*, cit., párr. 84).

dad personal (que se conectan el derecho a tener un nombre)⁽⁵⁷⁾; el concepto de niño y la potestad parental como cura de los intereses superiores del niño⁽⁵⁸⁾; de capacidad jurídica⁽⁵⁹⁾; la noción substancial y no sólo formal de familia⁽⁶⁰⁾, etc.

Sin embargo este complejo y continuo trabajo de elaboración de nociones jurídicas interesa y penetra todas las ramas del derecho. Sin una acción

⁽⁵⁷⁾ El derecho a la identidad personal, dice la Corte IDH « está íntimamente asociado al derecho al reconocimiento de la personalidad jurídica, al derecho a tener un nombre, una nacionalidad, una familia y a mantener relaciones familiares. » Es fuente de responsabilidad del Estado la supresión o modificación total o parcial del derecho de la persona a preservar su identidad y los elementos que lo integran y que compromete la responsabilidad del Estado, como en el caso de desaparición de los niños; en particular, hace parte del derecho a la identidad personal el derecho al nombre, que para la Corte tiene dos dimensiones: «La primera de ellas es el derecho de todo niño a poseer un nombre y a ser debidamente inscrito. El no respeto de este derecho provocaría que el niño permaneciera desconocido por el Estado y la sociedad, facilitando que sea objeto de comercio, rapto u otros tratos incompatibles con el disfrute de sus derechos. La segunda dimensión, es el derecho a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley, sin injerencias ilícitas». (Corte IDH, *Las Hermanas Serrano Cruz / El Salvador*, cit., párr. 120).

⁽⁵⁸⁾ V. Corte IDH, Opinión Consultiva OC-17/2002, 28 de agosto de 2002, Condición jurídica y derechos humanos del niño.

⁽⁵⁹⁾ Para la citada Opinión Consultiva sobre la Condición jurídica y derechos humanos del niño, como consecuencia de los Tratados internacionales que se ocupan de menores «Los Estados se comprometen a transformar su relación con la infancia, abandonando la concepción del niño como incapaz y logrando el respeto de todos sus derechos, así como el reconocimiento de una protección adicional. Además, se enfatiza la protección a la familia por ser el lugar por excelencia donde deben efectivizarse en primer lugar los derechos de los niños, las niñas y los adolescentes cuyas opiniones deben ser priorizadas para la toma de decisiones familiares»

⁽⁶⁰⁾ La Corte Interamericana se refiere a la Corte Europea para definir la noción de familia, que no tiene que reducirse exclusivamente al matrimonio pero a otros lazos familiares de hecho (Corte IDH, Opinión Consultiva, Condición Jurídica y Derechos Humanos del Niño). Además «La Corte Interamericana ha abordado el punto desde la perspectiva de los familiares de la víctima de violación de derechos. A este respecto, el Tribunal estima que el término “familiares” debe entenderse en sentido amplio, que abarque a todas las personas vinculadas por un parentesco cercano» (Corte IDH, Opinión Consultiva, Condición jurídica y derechos humanos del niño).

tan global no sería posible realizar el efecto útil de los Tratados en los cuales se basa la competencia de las Cortes regionales. Como se ha visto, sin la elaboración de conceptos de derecho civil no se podría aplicar los derechos humanos y los otros conceptos fundamentales.

6. — *La construcción de un ordenamiento jurídico regional.*

El resultado de la actividad interpretativa de las Cortes de las organizaciones regionales es algo de imprevisto del punto de vista del derecho internacional.

De hecho los jueces supranacionales llegan hasta a delimitar un verdadero ordenamiento jurídico diferente de los de los Estados que forman parte de una organización regional. En Europa la expresión más clara de este proceso se encuentra en la jurisprudencia del TJUE Van Gen en Loos en la cual se afirmó que «la Comunidad constituye un ordenamiento jurídico de género nuevo en el ámbito del Derecho internacional, y en su favor los estados renunciaron (...) a sus poderes soberanos». También en la base del sistema de la Convención Europea de los derechos humanos se encuentra una idea de ordenamiento jurídico. De hecho, la Corte EDH considera a sí misma como el «garante constitucional del orden público europeo»⁽⁶¹⁾.

Los jueces regionales ven un ordenamiento jurídico independientemente de la fase de integración institucional. Sin embargo, es la misma actividad de interpretación funcional que dirige hacia la individuación de un ordenamiento jurídico que constituye el objeto de dicha interpretación.

El Tribunal CA utiliza normalmente las expresiones «el ordenamiento jurídico andino» o «Derecho andino». El TPR Mercosur habla de «base jurídica de Mercosur» o «Derecho de la Integración», cuya expresión está llena de consecuencias, como se va a ver.

⁽⁶¹⁾ Corte EDH, sent. del 23 de marzo de 1995, *Loizidou/Turchia*, in *Riv. int. dir. um.*, 1995, p. 483.

Además la Corte IDH argumenta que los instrumentos que protegen los derechos humanos forman un orden legal⁽⁶²⁾.

El reconocimiento de un sistema jurídico de los derechos humanos introduce una importante característica de los ordenamientos regionales. Dicho tipo de orden jurídico no es el tradicional sistema de relaciones internacionales « concluidos en función de un intercambio recíproco de derechos, para el beneficio mutuo de los Estados contratantes»⁽⁶³⁾. Como se ha visto arriba los métodos interpretativas de los jueces regionales no llegan a aplicar los tratados contemperando los intereses de los Estados en la base del respecto de la soberanía. Al contrario, los Tribunales regionales se mueven desde el principio que el ordenamiento regional tiene que ser aplicado con la mayor amplitud posible, así limitando los poderes soberanos de los Estados.

El ordenamiento así creado, como los internos, se aplica directamente a los particulares, creando derechos subjetivos que pueden protegerse en frente a las Cortes regionales y nacionales⁽⁶⁴⁾. De hecho el «modelo regional» de protección de derechos humanos es el más desarrollado en cuanto a lo «universal», por el rol que tiene la víctima individual ya sea en una fase de impulso al procedimiento, o en una fase de aplicación de los efectos de las sentencias⁽⁶⁵⁾.

Como destaca el TPR Mercosur, citando el abogado general del TJUE Paolo Mengozzi, la interpretación de las Cortes regionales ha contribuido a concretizar la «caracterización de los individuos y de las empresas como sujetos del ordenamiento comunitario»⁽⁶⁶⁾.

⁽⁶²⁾ Corte IDH, sent. del 16 de noviembre de 2009, *González y otr. («Campo Algodonero») / Estados Unidos Mexicanos*, Serie C No. 205, párr. 62.

⁽⁶³⁾ Corte IDH Opinión Consultiva OC- 2/82,24 de septiembre de 1982, El efecto de las Reservas sobre la entrada en vigencia de la Convención Americana sobre Derechos Humanos, párr. 29.

⁽⁶⁴⁾ Corte IDH, *González y otr. («Campo Algodonero») / Estados Unidos de México*, cit., párr.

⁽⁶⁵⁾ A. MARCHESI, *Derechos humanos (protección internacional)*, en *Diccionario Histórico Judicial de México: ideas e instituciones*, cit., Tomo I.

⁽⁶⁶⁾ TPR Mercosur , Opinión Consultiva n. 01/2007, del 3 de abril de 2007.

En el ordenamiento de la Unión Europea, el reconocimiento de la aplicación directa de los Tratados comunitarios a los sujetos fue el instrumento principal para actuar y reforzar la *primauté* del derecho supranacional⁽⁶⁷⁾. Esta estrategia del TJUE convirtió los individuos en los «principales guardianes del respeto de los derechos comunitarios»⁽⁶⁸⁾.

El ordenamiento regional, así individuado por la jurisprudencia, tiene una estructura muy particular respecto a los ordenamientos jurídico internos de cada país.

En primer lugar porque está compuesto por materiales jurídicos de naturaleza y origen diferentes: tratados internacionales, reglas establecidas por los órganos de las organizaciones, normas de derecho nacional. Este fenómeno aparece sobre todo en tema de los derechos humanos. Como afirma la Corte IDH: «El *corpus juris* del Derecho Internacional de los Derechos Humanos está formado por un conjunto de instrumentos internacionales de contenido y efectos jurídicos variados (tratados, convenios, resoluciones y declaraciones)»⁽⁶⁹⁾.

De cualquier manera el carácter complejo de las fuentes se puede observar en todos los asuntos a los cuales se refieren los Tribunales regionales.

En segundo lugar se trata de ordenamientos abiertos y no cerrados como los derechos nacionales. Las sentencias de la Corte IDH afirman que «las reglas de un tratado o convención deben interpretarse en relación con las disposiciones que aparezcan en otros tratados que versen sobre la misma materia»⁽⁷⁰⁾. La misma jurisprudencia hace referencia, para inter-

⁽⁶⁷⁾ M. RUFFERT, *Rights and remedies in European community law: a comparative view*, en *Comm. market law rev.*, 1997, 308, afirma que «*Without exaggeration, it can be said that rights and remedies are a fundamental topic in the ongoing development of Community Law*».

⁽⁶⁸⁾ J. H. H. WEILER, *The Constitution of Europe: «Do the New Clothes Have an Emperor?» and Other Essays on European Integration*, Cambridge University Press, Cambridge, 1999.

⁽⁶⁹⁾ Corte IDH, Opinión Consultiva OC-18/03 del 17 de Septiembre de 2003, Condición Jurídica y Derechos de los Migrantes Indocumentados; Corte IDH, sent. del 17 de junio de 2005, *Comunidad indígena Yakye Axa/Paraguay*, cit., párr. 128

⁽⁷⁰⁾ Corte IDH, Opinión Consultiva, OC-5/85 del 13 de noviembre de 1985, La colegiación obligatoria de periodistas.

pretar las normas de un tratado regional, a «la doctrina y a las disposiciones de los instrumentos de carácter universal (...) para poner de relieve aspectos particulares de la regulación de un determinado derecho»⁽⁷¹⁾. Los instrumentos de derecho internacional que se consideran, son también los que involucran países que no pertenecen a la Convención Americana⁽⁷²⁾. Además, es muy importante la referencia a otros jueces supranacionales que se ocupan de derechos humanos, en particular la Corte europea de los derechos humanos⁽⁷³⁾. Desde el inicio hubo un enlace muy fuerte entre las dos Cortes⁽⁷⁴⁾.

De hecho se opina que «los tratados de derechos humanos son instrumentos vivos, cuya interpretación tiene que acompañar la evolución de los tiempos y las condiciones de vida actuales»⁽⁷⁵⁾.

⁽⁷¹⁾ *Ibidem*.

⁽⁷²⁾ J. CARDONA LLORENS, *Memoria del Seminario «El sistema interamericano de protección de los derechos humanos en el umbral del siglo XXI»*, cit., p. 164.

⁽⁷³⁾ V. Corte IDH Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, p. 67, que se refiere a la Corte EDH, en los casos *Tyrer / Reino Unido* (1978), *Marckx / Bélgica* (1979), *Loizidou / Turquía* (1995).

⁽⁷⁴⁾ Como destaca MANUEL E. VENTURA ROBLES, *La Corte Interamericana de Derechos Humanos*, en *XIX Curso Interdisciplinario en Derechos Humanos IIDH del 19 al 28 de junio de 2001*, p. 9 «El primer Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos se basó fundamentalmente en el Reglamento de la Corte Europea de Derechos Humanos, que a su vez había tomado como ejemplo el procedimiento de la Corte Internacional de Justicia, el cual es un procedimiento para contenciosos interestatales» (<http://www.iidh.ed.cr/documentos/herrped/PedagogicasEspecializado/21.pdf>).

⁽⁷⁵⁾ Corte Interamericana de Derechos Humanos Opinión Consultiva OC-16/99 del 1 de octubre de 1999, El derecho a la información sobre la asistencia consular en el marco de las garantías del debido proceso legal, pag. 67/68; v. también Corte Interamericana de Derechos Humanos, Opinión Consultiva sobre la Interpretación de la Declaración Americana de los Derechos y Deberes del Hombre. 6. Sobre el carácter vivo de la Convención europea, véase: Corte EDH, sent. del 30 de Junio de 1993, *Sigurður Sigurjónsson / Island*, in Rec., 1993, p. 264; Id., sent. del 25 de abril de 1978, *Tyrer / Reino Unido*; Id. sent. del 6 de mayo de 1981, *Comisión europea de los derechos humanos / Alemania*, en *Foro it.*, 1981, IV, cc. 273 y siguientes «política penale negli Stati europei»; Id. sent. del 18 de febrero de 1999, *Matthews / Reino Unido*, en *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1999, pp. 1089.

El TPR Mercosur toma en consideración la jurisprudencia del TJUE, por ejemplo, cuando tiene que establecer el sentido de la no discriminación. En el laudo n. 1/2005 el TPR Mercosur se refiere a la jurisprudencia europea para establecer si una medida sea discriminatoria, directamente o indirectamente y así afirma que «Hay discriminación indirecta cuando la medida se aplica igual a nacionales y extranjeros, pero sus efectos afectan más a extranjeros que a nacionales». Y además «El principio define las circunstancias en las cuales un legislador, ya sea nacional, comunitario o internacional puede adoptar medidas para proteger a los consumidores contra los riesgos para la salud, qua habida cuenta de la incertidumbre reinante en la investigación científica, cabe asociar a un determinado producto o servicio»⁽⁷⁶⁾.

Muy interesante es el reenvío a las jurisprudencias a las Cortes de la misma región. Como ejemplo se puede considerar la Opinión Consultiva n. 01/2007 del TPR Mercosur en la cual se afirma que «En materia de sistema de interpretación prejudiciales (...) a nuestro entender el sistema vigente en la Comunidad Andina es el más apropiado, no solo para nuestra realidad mercosureña sino para nuestra realidad latinoamericana en general. Primero, porque dada nuestra realidad coadyuva mejor a la concientización de los órganos judiciales nacionales sobre la importancia de la interpretación prejudicial en el marco del Derecho Comunitario (o Derecho de Integración) y segundo, porque si bien, a riesgo de ser innesariamente repetitivo, proporciona sin embargo al tribunal comunitario la oportunidad de evolucionar y modificar sus propios criterios anteriores. El derecho es y debe ser siempre evolutivo».

No obstante, el ordenamiento que consideran los jueces regionales, sea particular, es un ordenamiento jurídico verdadero, que pone en problemas de relación a los ordenamientos nacionales. La cuestión no se puede enfrentar sólo con los instrumentos de derecho internacional, sino elaborando herramientas específicas.

Entonces, en Europa, el TJUE además afirmó la teoría «monística» según la cual el ordenamiento comunitario está integrado con los sistemas jurídi-

⁽⁷⁶⁾ TPR Mercosur, laudo N° 01/2005.

cas nacionales. En la jurisprudencia del TJUE se estableció que las normas del ordenamiento comunitarios son prevalentes con respecto a las nacionales (véase por ejemplo la sentencia en el caso Costa contra Enel). Cabe mencionar que este acercamiento fue inicialmente rechazado por las Cortes constitucionales nacionales, que apoyaban un modelo diferente: el «dualístico», basado en los dos ordenamientos (el comunitario y el nacional) y éstos tenían que ser considerados distintos y autónomos⁽⁷⁷⁾. Al final la teoría monista del Tribunal tuvo éxito y prevaleció sobre el acercamiento de las Cortes Constitucionales nacionales⁽⁷⁸⁾.

En Latinoamérica el tema de la eficacia del ordenamiento regional está reglado, sobre todo, con referencia al sistema de los derechos humanos. El efecto en el derecho interno se realiza por vía interpretativa como en la Constitución de Colombia, en la cual su artículo 96 establece que: «los deberes y derechos consagrados en esta carta, se interpretarán de conformidad con los tratados internacionales sobre derechos ratificados por Colombia». En otros países (como Guatemala, Chile, Ecuador, Nicaragua y Brasil) se utiliza la técnica declarativa en base a la cual se establece expreso los derechos humanos contenidos en los instrumentos internacionales⁽⁷⁹⁾. En cuanto a México, la reciente reforma del 10 de junio de 2011 a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos ha modificado muchas disposiciones constitucionales añadiendo, en particular, la referencia a las normas internacionales en materia de derechos humanos⁽⁸⁰⁾. Emblemático

⁽⁷⁷⁾ V. por ejemplo las sentencias de la *Corte Costituzionale* n. 170/1984, n. 113/1985, n. 186/1991 en www.cortecostituzionale.it. Sobre el tema v. Cfr. G. TESAURO, *Diritto comunitario*, Cedam, Padova, 1995, p. 120; Cfr. E. PICOZZA, *Diritto amministrativo e diritto comunitario*, Giappichelli, Torino, 1997, p. 12.

⁽⁷⁸⁾ Para la Corte constitucional italiana el punto de vuelta fue la sentencia en el caso *Granital/ Amministrazione delle Finanze* (n. 170 de 1984), en la cual la Corte Constitucional aceptó el modelo monista.

⁽⁷⁹⁾ D. RUEDA AGUILAR, *El fortalecimiento del sistema regional de Protección de los Derechos Humanos en Latino América*, p. 11-12, http://www.scjn.gob.mx/transparencia/Documents/Becarios/Becarios_045.pdf.

⁽⁸⁰⁾ Para la disciplina y el contexto histórico filosófico de los derechos humanos en la Constitución mexicana, M.I. ALVAREZ LEDESMA, *Sobre el Artículo 1º de las Constituciones de 1857*

es el nuevo artículo 1 que establece « En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así como de las garantías para su protección» y en el segundo apartado donde menciona que «Las normas relativas a los derechos humanos se interpretarán de conformidad con esta Constitución y con los tratados internacionales de la materia favoreciendo en todo tiempo a las personas la protección más amplia», haciendo referencia implícitamente al contenido y al método teleológico de la interpretación de la Corte IDH. Sin embargo, antes de la reforma, ya la Suprema Corte de Justicia de la Nación de México y otros jueces utilizaban la Convención Americana de Derechos Humanos y la interpretación de la Corte IDH en su sentencias⁽⁸¹⁾.

La prevalencia del derecho supranacional no se limita a los derechos humanos, sino incluye todos los instrumentos de derecho regional, como afirma toda la jurisprudencia del TJUE, y sobre todo, como afirma el TPR Mercosur «El derecho de integración por su concepto, naturaleza y finalidad debe ser siempre prevalente sobre los derechos nacionales respectivos por su misma esencia». La anterioridad o posterioridad de la norma nacional deviene absolutamente irrelevante.

Ya que, en caso contrario, se desnaturalizaría el concepto, la naturaleza y sobre todo la finalidad del proceso de integración en si mismo. Acorde a la interpretación del TPR Mercosur de las palabras del TJUE dice que en caso contrario se pondría «en tela de juicio la base jurídica misma del Mercosur»⁽⁸²⁾.

y 1917, en *Jurípolis, Revista de Derecho y Política del Departamento de Derecho*, Tecnológico de Monterrey, Campus, Ciudad de México, 2007, pp. 113-152. Mas en general, M.I. ALVAREZ LEDESMA, *Acerca del concepto «derechos humanos»*, McGraw-Hill, México, 1995.

⁽⁸¹⁾ J.L. CABALLERO OCHOA, *Retratos hablados. Los derechos fundamentales y su interpretación en sede constitucional e internacional*, en *El Juez Constitucional en el Siglo XXI*, cit., Tomo I, p. 609 y siguientes

⁽⁸²⁾ TPR Mercosur, Opinión Consultiva, n. 01/2007, del 3 de abril de 2007.

7. — *Los jueces regionales y el «Derecho de la integración».*

Las Cortes regionales, como se ha señalado anteriormente, desempeñan un rol fundamental para el derecho: ellas individualizan el orden jurídico; lo llenan de conceptos; aseguran la coherencia del derecho regional con el derecho nacional y internacional; reconocen los derechos subjetivos y garantizan el goce de dichos derechos directamente por los particulares.

La cuestión aquí sería cuál es la función desempeñada por las Cortes regionales. En Europa probablemente la función del TJUE ha sido equivocada. Según unos autores la jurisprudencia comunitaria, integrando y completando las «lagunas»⁽⁸³⁾ de un ordenamiento incompleto y poco profundo, desarrollaría una función «pretoria», colocándose en el cruce entre la interpretación y la creación del derecho⁽⁸⁴⁾. Por lo tanto, se habla de un *law-making power* del juez comunitario⁽⁸⁵⁾, que sustituye a aquel de las Instituciones legislativas⁽⁸⁶⁾. Esa doctrina jurídica profesa que el acercamiento al TJUE es, si no *contra legem*, cerca los límites de la legalidad. Similares opiniones se expresan con referencia a la Corte EDH⁽⁸⁷⁾, no obstante que en el sistema institucional de la Convención Europea de los Derechos Humanos no hay un verdadero poder legislativo que contraste con el poder judicial.

⁽⁸³⁾ Véase, P. MENGOZZI, *Istituzioni di Diritto comunitario e dell'Unione europea*, Padova, 2003, p. 248; A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, en *Riv. it. dir. pubbl. comunit.*, 1994, 531.

⁽⁸⁴⁾ F. CAPOTORTI, *Il diritto comunitario non scritto*, en *Dir. com. scambi int.*, 1983, 409; A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, cit.; M. AKEHURST, *The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, en *Brit. Year Book Int. Law*, 1981, 41.

⁽⁸⁵⁾ M. BETTATI, *Le «law-making power» de la Cour*, en *Pouvoir*, 1989, p. 57 y siguientes.

⁽⁸⁶⁾ Las opiniones contrarias al respecto son aisladas. Cfr. U. EVERLING, *The Court of Justice as a Decisionmaking Authority*, en *Michigan Law Review*, 1983-1984, p. 1294 y en las siguientes, recuerda que el poder de elaborar principios se encuentra dentro de la competencia judicial.

⁽⁸⁷⁾ V. entre los demás, P. MAHONEY, *Marvellous richness of diversity or invidious cultural relativism?*, in *Hum. rights. law jour.*, 194, 1998, p. 6 y ss; G. LETSAS, *The truth in autonomous concepts: how to interpret the ECHR*, in *Eur. jour. int. Law*, 15, 2, pp. 279-280.

En realidad, como emerge de la misma doctrina, el presunto *law-making power* del juez no está explícitamente previsto en el ordenamiento jurídico comunitario. El poder legislativo solamente corresponde a las instituciones investidas de la facultad de elaborar las fuentes jurídicas comunitarias (en particular el Parlamento Europeo y el Consejo de Ministros). Tampoco el Tribunal de la Unión Europea afirma o parece comportarse como si tuviera una «función normativa».

Por lo cierto, el TJUE puede efectivamente incidir en el ordenamiento jurídico comunitario y su poder se caracteriza por una discrecionalidad particularmente amplia, siendo un juez constitucional y de legitimidad de último grado. Sin embargo él sólo ejercita un poder jurisdiccional⁽⁸⁸⁾, es decir, interpreta y aplica en sus sentencias el derecho. Sin embargo, la diferencia de este con el juez nacional no está en un poder diferente o en la presencia de muchas lagunas en el derecho regional. Como argumentó Bobbio el problema de la lagunas es de naturaleza ideológica: siempre el lenguaje de las fuentes jurídicas está «incompleto», en cuanto que «el legislador no extrae de las proposiciones normativas expresas todas las consecuencias normativas que de estas pueden obtenerse»⁽⁸⁹⁾ y siempre el intérprete (en particular el juez) tiene que «completar» el lenguaje legislativo⁽⁹⁰⁾.

De cualquier manera ésta es una característica de la jurisdicción moderna ya que cuenta con mayor espacio discrecional de los jueces necesario

⁽⁸⁸⁾ Ésta es la opinión, entre otros, de U. EVERLING, *The Court of Justice as a Decisionmaking Authority*, cit., p. 1309 y siguientes. Al respecto de la diferencia entre «creatividad» de los jueces y funciones legislativas cfr. M. CAPPELLETTI, *Riflessioni sulla creatività della giurisprudenza nel tempo presente*, en *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1982, p. 774 y siguientes.

⁽⁸⁹⁾ N. BOBBIO, *Scienza del diritto e analisi del linguaggio*, en *Riv.trim.dir.proc.civ.*, 1950, p. 360 y siguientes.

⁽⁹⁰⁾ Véase, entre los demás, E. BETTI, *Sui principi generali del nuovo ordine giuridico*, in *Riv. dir. comm.*, 1940, I, p. 212. Véase también René David, quien habla de una especie de «colaboración» entre intérprete y legislador. Este último, a través de los principios generales, demanda a los intérpretes integrar la legislación (R. DAVID, C. JAUFFRET-SPINOSI, *I grandi sistemi giuridici contemporanei*, Cedam, Padova, 1995, p. 125 y siguientes.).

para atribuir coherencia a un ordenamiento jurídico siempre más complejo y multinivel⁽⁹¹⁾.

La particularidad de los jueces supranacionales es que ejercitan un poder judicial específico que tiene la finalidad de interpretar y aplicar un Derecho regional.

Este proceso es mucho más claro en la jurisprudencia regional de Latinoamérica, en donde la función judicial de las Cortes correctamente se considera dirigida al desarrollo de un «derecho de la integración regional». Como correctamente opina el Tribunal Permanente del Mercosur dicho derecho de la integración «tiene y debe tener suficiente autonomía de las otras ramas del Derecho»⁽⁹²⁾. De igual manera como afirma el Tribunal del Mercosur que el Derecho de la integración contribuye al desarrollo de la institucionalidad y de la normativa de la organización regional.

La contribución de las Cortes a la integración jurídica de una región, por supuesto va más allá, sin duda, de la fundamental función judicial. Sin embargo, aún en este caso, no se puede hablar del ejercicio de un cualquier poder de naturaleza legislativa.

No hay que olvidar que los jueces supranacionales tienen una «autoridad científica y moral» que produce efectos para todo el modelo regional⁽⁹³⁾ y que la visión del Tribunal influye en la interpretación de los jueces nacionales⁽⁹⁴⁾ y de la literatura jurídica⁽⁹⁵⁾.

⁽⁹¹⁾ G. BISOGNI, *Jurisdicción moderna, Diccionario Histórico Judicial de México: ideas e instituciones*, cit., Tomo II.

⁽⁹²⁾ TPR Mercosur, Laudo N° 01/2005, p. 4.

⁽⁹³⁾ J. C. HITTER, *¿Son vinculantes los pronunciamientos de la Comisión y de la Corte Interamericana de Derechos humanos? (control de constitucionalidad y convencionalidad)*, en *La Ley*, LXXII, n° 179, 17 setiembre de 2008, p. 19.

⁽⁹⁴⁾ Sobre la influencia del Tribunal de Justicia en la jurisprudencia de los jueces del Reino Unido, H. COLLINS, *The Voice of the Community in Private Law Discourse*, en *European Law Journal*, 1997, 407 y siguientes.

⁽⁹⁵⁾ Sobre la función del Tribunal de Justicia en la interpretación del Derecho UE, v. , entre otros: A. ADINOLFI, *I principi generali nella giurisprudenza comunitaria e loro influenza sugli ordinamenti degli Stati membri*, en *Riv. Ital. Dir. Publ. Comun.*, 1994, 533; M. AKEHURST, *The Application of the General Principles of Law by the Court of Justice of the European Communities*, en

Es indudable que los conceptos elaborados por la jurisprudencia poseen una gran influencia sobre los jueces nacionales ⁽⁹⁶⁾.

En un sistema de integración regional de naturaleza política, como la Unión Europea, los jueces nacionales pertenecen a la misma estructura que asegura la aplicación del derecho comunitario, supervisada por el Tribunal supranacional: ellos causan la interpretación prejudicial; constituyen la referencia para establecer el sentido de la legislación nacional ⁽⁹⁷⁾; aplican la legislación regional ⁽⁹⁸⁾; aplican el derecho nacional en el marco del sistema jurídico supranacional ⁽⁹⁹⁾, en particular teniendo en cuenta las sentencias del TJUE ⁽¹⁰⁰⁾.

Sin embargo, también en sistemas regionales intergubernamentales, como los de las Convenciones Europea y Americana de Derechos Humanos, operan mecanismos de aplicación directa del derecho regional ⁽¹⁰¹⁾, como el fenómeno del *Drittwirkung*, en base al cual el juez nacional aplica los

The British Year Book of International Law, 1981; R. CIPPITANI, *Il giudice comunitario e l'elaborazione dei principi di diritto delle obbligazioni*, en *Rassegna giuridica umbra*, 2/2004, p. 847 y siguientes; R. CIPPITANI, *El Tribunal de Justicia y la construcción del derecho privado en la Unión Europea*, cit., p. 85 y siguientes; R.E. PAPADOPOULOU, *Principes généraux du droit et droit communautaire, Origines et concrétisation*, Bruxelles-Athènes, Bruylant- Sakkoulas, 1996.

⁽⁹⁶⁾ Sobre la influencia que ejerce la jurisprudencia comunitaria sobre los jueces del Reino Unido, véase, por ejemplo: COLLINS, *The Voice of the Community in Private Law Discourse*, en *European Law Journal*, 1997, p. 407 y siguientes.

⁽⁹⁷⁾ V. las sentencias siguientes: TJUE 24 de enero de 2002, C-372/99, *Comisión/ Italia*, Rec. 2002, p.I-819; TJUE 8 de junio de 1994, C-382/92, *Comisión/Reino Unido*, Rec. 1994, p. I-2435, par. 36; TJUE 29 de mayo de 1997, C-300/95, *Comisión/Reino Unido*, Rec. 1997, p. I-2649, par. 37.

⁽⁹⁸⁾ TJUE sent. del 9 de marzo de 1978, 106/77, *Amministrazione delle finanze dello Stato/ Simmenthal*, Rec. 1978, p. 629.

⁽⁹⁹⁾ V. , por ejemplo, TJUE sent. del 26 de septiembre de 1996, C-168/95, *Arcaro*, Rec. 1996, p. I-4705, par. 41-43.

⁽¹⁰⁰⁾ V. TJUE sent. del 6 de julio de 1995, C-62/93, *BP Soupergaz / Grecia*, Rec. 1995, p. I-1883.

⁽¹⁰¹⁾ Sobre ese tema v. L. CASSETTI, *Il diritto di «vivere con dignità» nella giurisprudenza della Corte Interamericana dei diritti umani*, cit., p. 15 s.

derechos fundamentales en las relaciones entre particulares⁽¹⁰²⁾. Por razones de coherencia sistemática dichos derechos humanos no podrían tener un sentido diferente de lo elaborado en el ámbito del sistema regional al cual el Estado pertenece. La Corte IDH, en particular afirma que los jueces nacionales tienen una obligación de un «control de convencionalidad», es decir, de aplicar la jurisprudencia del juez regional en el derecho interno⁽¹⁰³⁾.

Además la elaboración jurisprudencial regional tiene un impacto muy relevante sobre las reflexiones doctrinales. En la Unión Europea la «Comisión Lando», por ejemplo, dice inspirarse en la jurisprudencia comunitaria en materia de responsabilidad extracontractual para la elaboración de los principios de derecho contractual en el tema del daño resarcible, del nexo de causalidad y del concurso de los afectados al pago de daños⁽¹⁰⁴⁾, o la «fuerza mayor»⁽¹⁰⁵⁾.

Finalmente, la autoridad de los jueces regionales condiciona el ejercicio de los demás poderes, en particular el poder ejecutivo y legislativo.

En la Unión Europea, la Comisión y las Instituciones legislativas, en sus documentos, reconocen el papel esencial de la jurisprudencia comunitaria para aplicar el derecho comunitario y para elaborar nuevas fuentes jurídicas⁽¹⁰⁶⁾.

⁽¹⁰²⁾ V. por ejemplo, D. SPIELMAN, *L'effet potentiel de la Convention européenne des droits de l'homme entre personnes privées*, Bruylant, Luxembourg, 1995. En el derecho italiano la aplicación directa de la Convención Europea de los Derechos Humanos se afirma en la doctrina y en la jurisprudencia. V. entre otros R. NUNIN, *Le norme programmatiche della CEDU e l'ordinamento italiano*, in *Riv. int. dir. uomo*, 3, 1991, p. 719 y siguientes. Entre las sentencias por ejemplo: Cassazione, sent. del 27 de mayo de 1975, n. 2129, en *Gius. it.*, 1976, I, p. 970; Cassazione, sent. del 2 febrero de 2007, n. 2247, en *Nuova giur. civ. comm.*, 2007, p. 1195.

⁽¹⁰³⁾ Corte IDH, sent. del 26 de septiembre de 2006, *Almonacid Arellano y otros / Chile*, Serie C No. 154, párr. 124; Id, sent. del 29 de noviembre de 2006, *La Cantuta / Perú*, Serie C. No. 162, párr. 173.

⁽¹⁰⁴⁾ V. *I principi di diritto europeo dei contratti*, edición italiana a cargo de C. CASTRANOVO, Giuffrè, Milano, 2001, p. 98.

⁽¹⁰⁵⁾ O. LANDO, *The rules of European contract law*, en *Comisión europea, DG Ricerca, Study of the systems of private law in the EU with regard to discrimination and the creation of a European Civil Code*, 1999, p. 13 y siguientes.

⁽¹⁰⁶⁾ Sobre este tema, véase la Comunicación de la Comisión Europea, Mayor coheren-

Aún a nivel nacional, la jurisprudencia regional tiene una gran influencia sobre la elaboración del derecho positivo; un reciente ejemplo es la aprobación de la nueva ley de bioética francesa. El Parlamento y los órganos consultivos (como el Consejo de Estado) en todos sus documentos buscan proponer un texto que sea coherente con la jurisprudencia de la Corte EDH⁽¹⁰⁷⁾.

8. — *Derecho de la integración y teoría de la interpretación jurídica.*

La interpretación de las Cortes regionales tiene características especiales, que las distinguen de los Tribunales internacionales clásicos. Como se ha explicado en los párrafos precedentes, la particularidad de esa actividad depende del método elegido, que es esencialmente teleológico. Ese método utiliza herramientas como el efecto útil y el sentido autónomo, que conducen a reconocer y construir un ordenamiento jurídico nuevo, superior e integrado con los ordenamientos nacionales.

Ese método es interesante no sólo por su consecuencia que es la construcción de un Derecho de la integración. De hecho el método de los jueces regionales es relevante aún por sí mismo, en cuanto a su innovación, diferente de la tradicional dogmática jurídica.

Como se mencionó previamente, el método constructivo de los jueces regionales supera muchas seguridades de la teoría interpretativa tradicional: la secuencialidad y fragmentariedad del proceso hermenéutico; un objeto de la interpretación (el ordenamiento jurídico) considerado completo y cerrado del cual sólo se pueden deducir las normas; la misma diferencia entre el derecho y su interpretación.

En cambio la interpretación final de los jueces regionales es holística y circular: el sentido de las palabras, de las fuentes, se entiende sólo en el ám-

cia en el Derecho contractual europeo: un plan de acción, COM (2003) 68 del 12 de febrero de 2003, especialmente el párrafo 4.

⁽¹⁰⁷⁾ R. CIPPITANI, *La nueva ley francesa en tema de bioética en el contexto europeo*, en *Criminogénesis*, n. 8, 2011.

bito del fin de la aplicación del ordenamiento regional; el sentido autónomo así establecido permite la construcción de conceptos jurídicos que dan coherencia al ordenamiento jurídico supranacional, la aplicación del cual es la finalidad de la actividad interpretativa.

El objeto es complejo y multinivel, compuesto de textos y materiales de orígenes diferentes, éste es abierto, hacia abajo, en respecto al derecho interno de los países integrados, y hacia arriba en respecto al derecho internacional u otros derechos regionales. Además, el sistema jurídico tomado en consideración es dinámico y en continuo desarrollo.

Finalmente cabe añadir que el acercamiento de los jueces regionales pone en crisis la diferencia entre el derecho y su interpretación.

Entonces, hay una continuidad entre el derecho legislativo y su interpretación. Esta continuidad no puede ser bien entendida desde el punto de vista metodológico tradicional⁽¹⁰⁸⁾.

El derecho de la Unión Europea, por ejemplo, como se ha visto, se ha desarrollado y consolidado, no sólo mediante la producción legislativa, sino también por el trabajo continuo de la jurisprudencia del TJUE que asegura la interpretación uniforme y autónoma del derecho comunitario (artículo 19 del Tratado UE)⁽¹⁰⁹⁾. La jurisprudencia del Tribunal sirve como instrumento para ver la fragmentación de las fuentes legales de la Unión Europea como un sistema coherente⁽¹¹⁰⁾.

⁽¹⁰⁸⁾ J. H. H. WEILER, *The Constitution of Europe: «Do the New Clothes Have an Emperor?» y Other Essays on European Integration*, cit..

⁽¹⁰⁹⁾ Por ejemplo, v. las sentencias siguientes del Tribunal de Justicia: TJUE 9 de noviembre de 2000, C-357/98, *The Queen / Secretary of State for the Home Department, ex parte Nana Yaa Konadu Yiadom*, Rec. 2000, p. 9256, par. 26; TJUE del 19 de septiembre de 2000, C-287/98, *Luxemburg/Linster*, Rec. 2000, p. 6917, par. 43; TJUE del 4 de julio de 2000, C-387/97, *Comisión/Grecia*, Rec. 2000, p. 5047; TJUE del 18 de enero de 1984, 327/82, *Ekro/Produktschap voor Vee en Vlees*, Rec. 1984 p. I-107. En particular, sobre la aplicación uniforme del derecho privado de la UE v. TJUE, 23 de marzo de 2000, C-373/97, *Dionisios Diamantis/ Elliniko Dimosio (Estado griego), Organismos Ikonomikis Anasinkrotisis Epikhiriseon AE (OAE)*, Rec. 2000, p. I-1705, par. 34; TJUE del 12 de marzo de 1996, C-441/93, *Pafitis e oth./TKE y otr.*, Rec. 1996, p. I-1347, par. 68-70.

⁽¹¹⁰⁾ En relación al derecho de los contratos, la Comisión (Communication «*A more coherent European contract law - An action plan*»), (COM (2003) 68 del 12 de febrero de 2003,

Formalmente los conceptos elaborados por los jueces supranacionales forman parte de los ordenamientos jurídicos, como sucede el caso del así llamado *acquis* de la Unión Europea⁽¹¹¹⁾, que «*tout ce qui, parmi les choses réali-sées, apparaît comme une conquête définitive, qui ne saurait être remise en question (...) essentiels pour la cohésion de l'ensemble et la réalisation des objectifs fixés*»⁽¹¹²⁾, y cuya acogida es la condición de los Estados para tomar parte y quedarse en el marco comunitario.

En el sistema europeo de protección de los Derechos Humanos también el Consejo de Europa opina que la jurisprudencia de la Corte EDH constituye parte integrante de la Convención, en la base del principio de solidaridad, y tiene una eficacia que va allá del caso decidido por la Corte.

De hecho, como afirma claramente la Asamblea Parlamentaria del Consejo de Europa «*The principle of solidarity implies that the case-law of the Court forms part of the Convention, thus extending the legally binding force of the Convention erga omnes (to all the other parties). This means that the states parties not only have to execute the judgements of the Court pronounced in case in which they are party, but also have to take into consideration the possible implication which judgements pronounced in other cases may have for their own legal systems*»⁽¹¹³⁾.

Entonces, no se puede pensar en el derecho regional sin la aplicación y interpretación de los jueces.

Finalmente, es difícil ver en el método de los Tribunales regionales aquel acercamiento interpretativo tradicional basado en diferentes contraposiciones (entre nivel literal y no literal, entre fidelidad a la ley y creatividad, sujeto

párr. 4) destaca el papel fundamental de la jurisprudencia comunitaria en la construcción del derecho europeo en tema de contratos: para establecer los conceptos generales; para elaborar el sentido coherente de los términos utilizados por las fuentes legales de la Unión europea, etc.

⁽¹¹¹⁾ A. PREDIERI, *Il diritto europeo come formante di coesione e come strumento di integrazione*, en *Diritto dell'Unione europea*, n. 1, 1996, 5 y siguientes.

⁽¹¹²⁾ P. PESCATORE, *Aspects judiciaires de l'acquis communautaire*, en *Revue Trimestrelle de Droit Européen*, 1981, p. 617; sobre el concepto de *acquis* v. C. CURTI GIALDINO, *Acquis communautaire*, en *Diritto dell'Unione europea*, n. 2, 1996, 650 y siguientes

⁽¹¹³⁾ Resolución no. 1226 (2000) aprobada el 28 de septiembre de 2000, que se refiere a la «Ejecución de las sentencias de la Corte Europea de los Derechos Humanos».

y objeto) que han caracterizado toda la historia de la hermenéutica jurídica⁽¹¹⁴⁾.

De hecho, la interpretación de dichos jueces se puede considerar como el fulcro de una nueva dogmática jurídica para la nueva época histórica, como correctamente se ha propuesto⁽¹¹⁵⁾. La época contemporánea se caracteriza, de la perspectiva jurídica, por la integración de los ordenamientos jurídicos, y no simplemente por la globalización mercantil sin reglas. Esa integración necesita la recuperación de los datos y los conceptos comunes, como los de la historia del derecho⁽¹¹⁶⁾.

El fenómeno de la integración jurídica es más complejo y corresponde a la crisis irreversible del paradigma legalista, jerarquizado, territorial del Estado nacional soberano⁽¹¹⁷⁾.

El nuevo paradigma del derecho de la integración está naciendo en las sentencias de las Cortes regionales en particular en América y en Europa. Además es ahora necesario que sea la ciencia jurídica que transforme este proceso heurístico en una metodología para el conocimiento del derecho.

⁽¹¹⁴⁾ Véase ampliamente M. HALLIVIS PELAYO, *Teoría General de la Interpretación*, Porrúa, México, 2007.

⁽¹¹⁵⁾ J.P. PAMPILLO BALIÑO, *Historia general del derecho*, cit., p. 343 y siguientes

⁽¹¹⁶⁾ Vuelve a ser muy importante la perspectiva de Vico, como destaca A. PALAZZO, *Permanencias del derecho civil*, en *Diccionario Histórico Judicial de México: ideas e instituciones*, cit., Tomo III. Sobre la perspectiva histórica como base para construir un espacio jurídico común entre Europa y Latinoamérica, v. F. TREGGIARI, *Il diritto migrante e la costruzione dello spazio giuridico comune*, en *Diritto e processo*, 2006-2009, p. 1 y siguientes (www.rivistadirittoeprocesso.eu).

⁽¹¹⁷⁾ J.P. PAMPILLO BALIÑO, *La integración jurídica del Continente Americano: una invitación a la ciencia jurídica para construir un nuevo jus commune*, en *ILSA Journal of International and Comparative Law*, 2011, n. 3, p. 603 y siguientes.

ALEJANDRO CARLOS ESPINOSA (*)

JUSTICIA MILITAR EN MÉXICO

SUMARIO: 1. Introducción — 2. El Estado y sus Retos de Control — 3. La Justicia Militar y su Modelo Penal — 4. Fuero Militar: El Dilema de los Estándares Internacionales.

1. — *Introducción.*

En aprecio a la invitación que me fue realizada por la Facultad de Jurisprudencia de la Università degli Studi di Perugia, Italia, para participar en la Revista *Diritto e Processo*, es que presento un planteamiento relativo a la Justicia Militar, tema de reflexión nacional en México frente al estado de cosas en que participan las Fuerzas Armadas.

Para buscar la reforma en las estructuras del Estado ⁽¹⁾ una visión integradora es el punto de partida que nos permitirá alcanzar en forma congruente y viable la deseada transformación social desde el gobierno en la que converjan aspectos de política ⁽²⁾, comunicación e información, control

(*) Profesor por Oposición de Derecho Militar de la Facultad de Derecho de Universidad Nacional Autónoma de México y de la División de Estudios de Posgrado de la propia facultad, autor de diversas obras sobre Derecho Militar, Juez Ad Hoc de la Corte Interamericana de Derechos Humanos y Director General de la Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal *Criminogenesis*.

⁽¹⁾ Si partimos del supuesto que el Estado es un concepto de connotación altamente político y que se identifica necesariamente con la organización social bajo una lógica soberana y necesariamente coercitiva para regular la vida nacional y las acciones de gobierno, resulta imperioso armonizar la función y control social bajo el ejercicio político y los intereses de la sociedad que pudiera verse afectada con sus acciones, su transformación se rige en la única alternativa para el desarrollo social.

⁽²⁾ El hombre por definición es un ente político, por lo que en el ejercicio de esta actividad, siempre tiende a ejercer el arte de gobernar bajo un discurso de beneficio social por significar de manera simplificada el gobierno, una sucesión de acciones e ideologías que

institucionalizado⁽³⁾, economía, administración pública, cultura de desarrollo, perspectivas de civilidad, acceso a la justicia, a los servicios y al beneficio de las instituciones por parte de la población, siempre buscando, no en el discurso y si en los hechos, el respeto a los derechos fundamentales de las personas; en un Estado de inspiración democrática como el nuestro no es posible apartarse de los lineamientos legales ordenadas constitucionalmente para tomar decisiones de la cosa pública.

Es necesario visualizar la participación de las Fuerzas Armadas en un importante número de procesos y actividades de gestión pública, de suerte tal que considerar que los militares y su sistema de justicia son ajenos a la reforma del Estado implicaría cortedad de miras, por ello si entendemos que la reforma implica poner en movimiento procesos inducidos encaminados a garantizar la subsistencia y desarrollo del Estado, así como su funcionalidad frente a los cambios de época, que ahora vivimos con la posmodernidad⁽⁴⁾, la violencia, la inseguridad y la corrupción, es imperativo que el modelo de justicia militar sea acorde a las garantías de los ciudadanos, particularmente, porque cada vez es más recurrente identificar la participación de estos agentes del Estado en casos donde aparecen presuntas víctimas civiles bajo una natural lógica de interacción, lo que provoca que instituciones militares conozcan competencialmente de asuntos de este tipo en contraposición a la garantía de igualdad y la figura del juez natural.

Los nuevos retos de control del Estado que involucran la participación de las Fuerzas Armadas en temas de seguridad e inteligencia de necesaria connotación jurídica implican voltear a mirar a la procuración y administración de justicia militar y su rezagado modelo institucional, normativo y de

han estado encaminadas desde siempre a la toma de decisiones, esto es al ejercicio puro del poder de ciertos grupos cupulares.

⁽³⁾ Dentro del control institucionalizado el mas importante ha sido desde siempre el de carácter punitivo, por lo que asociar al Ejército que es un factor real de poder resulta seriamente comprometedor si su participación en estas nuevas lógicas de control no se sistematiza y limita a los marcos establecidos por la legalidad constitucional.

⁽⁴⁾ Frente al fracaso de la modernidad, esto es, de la fallida civilidad y progreso generalizado surge la posmodernidad, no como un momento evolutivo sino de crisis de las instituciones y valores.

aplicación; por lo que su actualización legislativa de integración de sus instituciones de justicia permitirán converger a la especialidad del llamado fuero de guerra o militar y a la garantía de igualdad que indudablemente alcanza a las víctimas de los delitos; su reestructuración le permitirá poner a tono de vanguardia la normativa interna con la internacional que el Estado mexicano tiene obligación de respetar el fuero militar, su subsistencia o acotamiento son el gran dilema a debate ⁽⁵⁾, por lo que el objetivo que debe mirar la reforma del Estado en esta materia es el equilibrio entre los derechos fundamentales y la justicia militar tanto para civiles como para militares en un legítimo ejercicio de la necesidad de garantizar el control social y la convivencia en la seguridad ciudadana. El propio Procurador militar acepta que la *disciplina militar* no es ciega, ni absoluta. *Quien da una orden contra la ley es castigado. Y también quien la ejecuta* afirmó; de modo que en la *praxis* debe aplicar el criterio de que frente a las violaciones presuntas de derechos fundamentales el Estado debe investigar y es su caso sancionar.

2. — *El Estado y sus Retos de Control.*

El generalato y almirantazgo del país cierran filas frente al insólito hecho en el que se encuentran montados y muy poco se pronuncian sobre la pertinencia o sentido de oportunidad de que las tropas realicen actividades distintas a las que constitucionalmente les corresponde por su naturaleza y en salvaguarda de los civiles y como garantía de igualdad en los debates votados vencedores en el debate del constituyente de 1917. Claro estos

⁽⁵⁾ En entrevista intitulada el Fuero de guerra debe subsistir, el General José Luis Chávez García, Procurador General de justicia militar dijo: «El fuero de guerra no es un privilegio o un espacio de impunidad, sino que es un sistema de justicia mas estricto que el civil, ya que además de los delitos cometidos por los militares tutela la disciplina y la obediencia. Los tribunales militares, subrayó, no favorecen la impunidad, la opacidad o la inobservancia de las reglas del debido proceso, por el contrario, la norma militar es más estricta, ya que los efectivos manejan armas y por definición están adiestrados y adoctrinados para servir y proteger a la sociedad... uno de los bienes jurídicos que se tutela por justicia militar es la disciplina, si esta se pierde podría ponerse en riesgo la estabilidad misma del Estado mexicano». Cfr. J.L. CHAVEZ GARCIA, *El fuero de guerra debe subsistir*, in *Foro Jurídico*, 79, 2010, p. 6.

son otros tiempos, se trata de una población y de un país distinto donde tenemos en contra el letargo legislativo y la adecuada orientación de la política pública ⁽⁶⁾ de la justicia militar y función del ejército en este nuevo escenario de vulnerabilidad frente a la desatada, inseguridad ⁽⁷⁾, violencia ⁽⁸⁾ y corrupción; que cada vez es más complejo ocultar frente a lo evidente y cotidiano, al respecto el Estado vía su centro de inteligencia ha mostrado cifras impactantes: 84 mil armas aseguradas en la actual administración.

El Estado mexicano cursa una insólita crisis de control institucional en el que se encuentra involucrado el aparato de defensa nacional en su expresión de Ejército, Armada de México y Fuerza Aérea, muy particularmente en el tema de la inseguridad pública ⁽⁹⁾ o inseguridad civil, por haber definido una política criminal ⁽¹⁰⁾ en doble vía en la que las formas alternas y la mediación

⁽⁶⁾ Parece ser que el sesgo de actividades que despliegan las Fuerzas Armadas atienden a las determinaciones del Ejecutivo Federal más que a un plan organizado propio de sus facultades constitucionales, de modo que es necesario reordenar las atribuciones jurídicas para que el desempeño institucional tome las nuevas rutas del gobierno, desde siempre las instituciones han mutado en el tiempo sus atribuciones originarias, pero el Ejército es una institución muy sensible en la estructura del poder.

⁽⁷⁾ 28 mil ejecutados en el sexenio de Calderón Hinojosa, es el dato proporcionado por Guillermo Valdés Castellanos Director del Centro de investigaciones y Seguridad Nacional (CISEN) en el Dialogo de Inseguridad hacia una Política de Estado el 3 de agosto de 2010.

⁽⁸⁾ 963 enfrentamientos públicos en calles y carreteras entre la delincuencia organizada y las fuerzas del Estado (dato oficial del CISEN) publicado en lo relativo el Sol de México el 4 de agosto de 2010.

⁽⁹⁾ La visión conceptual de tipo legal sobre seguridad pública deriva de la Constitución en su artículo 21 que en su parte conducente establece:..la seguridad pública es una función a cargo de la Federación, el Distrito Federal, los Estados y los Municipios, que comprende la prevención de los delitos; la investigación y la persecución para hacerla efectiva, así como la sanción de las infracciones administrativas, en los términos de la ley, en las respectivas competencias que la Constitución señala.

⁽¹⁰⁾ De conformidad con el pensamiento de Eugenio Raúl Zaffaroni la política criminal es un discurso legitimante del poder punitivo y en la visión de Lozano Tovar esta tiene como finalidad específica la lucha contra el crimen, valiéndose de todos los medios que le aportan las ciencias penales. Así mismo Martínez Bastida estima que la política criminal implica la criminalización primaria consistente en la selección que realiza el poder de ciertos bienes jurídicos que son de su interés, para definirlos como delitos y protegerlos con una norma. Cfr. Martínez B.E., in *Política Criminológica*, Mexico city, 2007, pp. 3-4.

en un Derecho Penal *cuasi* amistoso abre la puerta a nuevas alternativas en un esquema de oralidad, al disminuir el estándar probatorio para el Ministerio Público en la vinculación al proceso a cambio de la presunción de inocencia propiamente en el juicio y abrir frente con una decidida política pública en contra de la criminalidad organizada y contemporánea al aplicar Derecho Penal del Enemigo, donde involucra a las fuerzas de la disciplina (Fuerzas Armadas) con las del orden (Policías) y a través de criterios jurisprudenciales permite al Ejército en *lato sensu* combatir delitos del fuero federal a instancias de los gobiernos de los Estados.

La seguridad, valor funcional de derecho (Recaséns Siches) figura entre los derechos humanos acreditados desde el siglo XVIII, no es posible prescindir de ella, en sus diversas expresiones: seguridad jurídica, seguridad pública y seguridad nacional. Tampoco es posible ignorar que todas se resumen, hoy día, bajo el epígrafe, seguridad humana, que ampara el desarrollo, libertad y la justicia, con malicia e ignorancia se ha querido establecer un dilema entre seguridad pública y derechos humanos: o la una o los otros. De ninguna manera. Este es un mito pernicioso, nativo de la eficacia, la corrupción o el autoritarismo. Quienes plantean ese dilema ponen la inseguridad pública en la cuenta de las garantías constitucionales. Hay que colocar las culpas y las condenas en otros sitios sobre los hombros de quienes no pueden, no saben o no quieren retener la seguridad y proteger los derechos humanos a la vez. ⁽¹¹⁾

Las Fuerzas Armadas, su sistema normativo, orientación de servicio y modelo de justicia deben pasarse por el tamiz de los derechos fundamentales y las necesidades de estos tiempos difíciles mediante los canales institucionales. La realidad exige renovar a tan importante pilar del Estado. Es cierto, el Ejército no puede ser una institución altamente maleable y cambiar con gran vertiginosidad frente a sus ejes de disciplina, servicio y obediencia, pero si puede alinear sus funciones a los principios derivados de la Ley Suprema de la Unión. Pensar en seguir bordeando la Constitución vía la jurisprudencia para justificar jurídicamente nuevas tareas asignadas al Ejército tiene impresa cortedad en los alcances de tan importante institución del Estado.

⁽¹¹⁾ Cfr. S.G. RAMÍREZ, *Diccionario el Derecho Penal a Juicio*, voce *Seguridad Pública*, publicado por el Instituto Nacional de Ciencia Penales, pp. 512-513.

México presenta un modelo incompleto de Fuerzas Armadas que debe evolucionar, esto atento a que la gran mayoría de países que han consolidado sus instituciones armadas han logrado desarrollar por separado al Ejército, a la Armada y a su Fuerza Aérea, este como sabemos no ha sido el caso de México, baste recordar que en la otrora Secretaria de Guerra y Marina, no existían ni la Armada ni la Fuerza Aérea como entes autónomos, sino que se trataba de Departamentos a saber: Departamento de Marina y de Aeronáutica respectivamente.

La consolidación de la Secretaria de Marina que se expresa en la Armada de México ha sido importante en las últimas décadas en donde se ha desarrollado el estudio de vastas disciplinas y muy particularmente el análisis sobre seguridad nacional, en tanto la Fuerza Aérea no ha logrado su independencia de la Secretaria de la Defensa Nacional, pero si un avance significativo en su participación dentro de las políticas publicas del Estado y participa cada vez mas activamente en la lucha contra el narcotráfico y la delincuencia organizada, así el General de División Leonardo González García ⁽¹²⁾ expresó en entrevista *“la Fuerza Aérea mexicana adecua y moderniza sus misiones y equipo para participar efectivamente en la guerra contra el narcotráfico. Para este propósito ejerce una continua vigilancia aérea en las áreas de alta incidencia utilizadas como vías por los delincuentes a fin de realizar intercepciones y seguimientos de aeronaves transportando droga”*. Cfr. Revista ágora, volumen 3, número 1, 2010.

De igual manera, el Ejército desde hace décadas ha venido consolidando en el control social militar y, más recientemente, en la seguridad pública al operar compartidamente las funciones que en el esquema administrativo institucional corresponde realizar a las policías, particularmente a la Policía Federal; la Armada ha sido reservada para las llamadas operaciones quirúrgicas ⁽¹³⁾. Es claro que el Ejército en la más amplia extensión del vocablo realiza a instancias del Poder Ejecutivo, funciones de policía vía el Ejército y la Marina y ahora también la Fuerza Aérea; de acuerdo con

⁽¹²⁾ Comandante de la Fuerza Aérea Mexicana.

⁽¹³⁾ Ejemplo reciente es el caso Beltrán Leyva en un lujoso complejo de departamentos en Cuernavaca Morelos.

Sánchez Sandoval *el problema de hecho y jurídico surge cuando bloquean carreteras, caminos, puertos, aeropuertos y detienen personas civiles por simple sospecha o destruyendo plantíos de los cuales se obtienen sustancias estupefacientes o psicotrópicas, que no son tareas militares sino policiales de acuerdo a la Constitución Política mexicana*⁽¹⁴⁾.

La ruta que legaliza la participación del Ejército en sus tareas y en la investigación y persecución de delitos federales vinculados con prácticas de delincuencia organizada y contemporánea, como se ha esbozado, no ha sido la legislativa sino la judicial de acuerdo con criterios jurisprudenciales⁽¹⁵⁾ que hacen permisibles prohibiciones de origen. El criterio de la Corte ha determinado cuáles son los elementos para que el Ejército, Fuerza Aérea y Armada bajo un estudio sistemático de la Constitución y sin vulneración de las garantías individuales atienda asuntos relacionados con la seguridad pública, conforme al régimen jurídico vigente. Si bien pueden participar en acciones civiles a favor de la seguridad pública, en situaciones que no se requiere suspender las garantías, ello debe obedecer a la solicitud expresa, fundada y motivada, de las autoridades civiles a las que deberán estar sujetas. Con estricto acatamiento a la Constitución y a las leyes. Tesis XXVII/96. Del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, tomo III, marzo 96.

De igual manera las Fuerzas Armadas pueden actuar acatando órdenes del Presidente, con estricto apego a las garantías individuales, cuando sin llegar a situaciones que requieran la suspensión de aquellas, hagan temer, fundadamente, que de no enfrentarse de inmediato sería inminente caer en condiciones graves que obligarían a decretarla; por lo que su actuación es Constitucional. Tesis XXVIII/96. Del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena

⁽¹⁴⁾ S. SANDOVAL, *La política criminal en México: el control social militar, revista especializada en Criminología y Derecho Penal*, in *Criminogenesis*, 1, 0, 2007, p. 197.

⁽¹⁵⁾ Además de los criterios de la SCJN de 1996, que abren paso a legitimar la participación del Ejército en tareas de lucha frontal contra el crimen, están las jurisprudencias 34/2000 y 38/2000 Ejército, Armada y Fuerza Aérea. Su participación en auxilio de las autoridades civiles es constitucional (interpretación del artículo 129 de la constitución) Sentencia ejecutoria de Pleno, Acción de inconstitucionalidad de 01 Marzo 1996 y Seminario Judicial de la Federación y su Gaceta XI, Abril de 2000, respectivamente.

Época, tomo III, marzo 96. En otro orden de ideas es preciso establecer la legalidad de la participación de los secretarios de la Defensa Nacional y de Marina en el Consejo Nacional de Seguridad Pública, no viola el artículo 21 constitucional. Tesis XXX/96. Del Pleno de la Suprema Corte de Justicia de la Nación, Semanario Judicial de la Federación y su Gaceta. Novena Época, tomo III, marzo 96.

Como se aprecia si existe todo un andamiaje legal que da posibilidad al Ejército de participar en el combate al narcotráfico y delincuencia organizada, el punto es como se esbozó en argumentos *up supra* que el referido entramado jurídico y las jurisprudencias 34/2000 y 38/2000 aplicables al caso que dan fundamento legal a la participación del ejército en la multireferida lucha deriva de la interpretación constitucional que hace el Poder Judicial de la Federación a través de sus criterios y no deviene de un deseable proceso legislativo que permita dar transparencia a la aplicación de las normas constitucionales para que aunque no en forma expresa si debe marcar un parámetro claro de atribuciones legales a las instituciones, y que, de igual modo, puedan ser mejor comprendidas por sus destinatarios⁽¹⁶⁾.

Los retos de control en la reforma del Estado involucran necesariamente al Ejército que ahora con los nuevos criterios es prácticamente responsable de la seguridad en todos sus vértices al tener ingerencia en la seguridad pública, en la seguridad nacional (léase interior y exterior), seguridad de Estado y el manejo principal de la inteligencia para estar en posibilidad de combatir a la delincuencia organizada. A la par el Estado mexicano enfrenta el reto

⁽¹⁶⁾ Las constituciones no pueden dejar de utilizar fórmulas abiertas. Se habla, por ello, de un lenguaje moral abstracto presente, sobre todo, en algunas normas sobre derechos constitucionales. Tiene sentido que algunos conceptos previstos en la Constitución no se encuentren definidos detalladamente, por un lado, porque la apertura hace posible abarcar supuestos que no se imaginaron en su momento; por otro lado, porque aun cuando no se hayan querido contemplar en ella determinados supuestos, es razonable pensar que el Constituyente ha reconocido que las circunstancias pueden cambiar al grado de hacer indispensable que la norma comprenda casos que el sentido común y el nuevo estado de cosas hace imprescindible. Cfr. F. SILVA GARCÍA, *Jurisprudencias 2A./J. 38/2002 y P./J. 38/2002, sobre el valor vinculante de los criterios jurisprudenciales de inconstitucionalidad de leyes de la SCJN* in *Cuestiones Constitucionales. Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, 10, Instituto de Investigaciones Jurídicas, enero-junio 2004, pp. 297-298.

de legalidad bajo las pautas ordenadas por las instancias internacionales⁽¹⁷⁾, como lo señala Sergio Méndez Silva el Tribunal Interamericano realiza una interpretación conforme, de la declaración interpretativa del Estado a la Convención Interamericana sobre Desaparición Forzada de Personas, para que el principio de no retroactividad no impida el efecto útil del instrumento internacional, considerando la naturaleza permanente de delito de desaparición forzada⁽¹⁸⁾.

De entre la medidas de reparación de daño que impactan el sistema de justicia militar mexicano, particularmente los ámbitos de competencia que atienden al involucramiento de civiles, “paisanos”, conforme al texto constitucional destaca el que adopte las reformas legales pertinentes, para ser compatible en el artículo 57 fracción II del Código de Justicia Militar con los estándares internacionales, para el efecto de que todo miembro de las fuerzas armadas que cometa violaciones a los derechos humanos en perjuicio de civiles, como la desaparición forzada de personas, bajo ninguna circunstancia se a sometido a la jurisdicción militar. Al respecto estimo que esta debe ser tomada como una oportunidad del Estado mexicano para garantizar los derechos fundamentales tanto de civiles como de militares para replantear la normatividad secundaria que rige el sistema de justicia penal miliar en una lógica reordenatoria del Estado.

3. — *La Justicia Militar y su Modelo Penal.*

Las Fuerzas Armadas constituyen el sector más respetable de la

⁽¹⁷⁾ El 23 de noviembre de 2009, la Corte Interamericana de Derechos Humanos dictó sentencia en el caso Radilla. La resolución fue producto de la demanda que la Comisión Interamericana de Derechos Humanos sometió a la Corte, en contra de los Estados Unidos Mexicanos, el 15 de marzo de 2008

⁽¹⁸⁾ Cfr. La investigación de desapariciones forzadas de México discordancias con la justicia internacional mostradas frente al caso Rosendo Radilla, por S. MÉNDEZ SILVA, *La investigación de desapariciones forzadas en México: discordancias con la justicia internacional mostradas frente al caso Rosendo Radilla* in *Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal Criminogenesis*, 6, 2010, p. 285.

administración pública⁽¹⁹⁾ por tradicionalmente, haberse erigido en ejemplo de institucionalidad y motor transformador de instituciones, no obstante su estructura responde a un esquema rebasado en la *praxis* de procuración y administración de justicia y es incongruente con los derechos fundamentales tanto para garantizar derechos de los civiles como de los propios militares⁽²⁰⁾, esto se aprecia aun más en los aspectos adjetivos que en los sustantivos. La reforma del Estado debe poner en perspectiva la necesaria transformación de la justicia militar mediante un estudio introspectivo de asepsia institucional que surja desde dentro, desde las jerarquías de las filas en beneficio de la sociedad civil y del propio gremio militar. El modelo de Derecho Procesal Penal Militar Mexicano coloca al Servicio de Justicia como un micro sistema de derecho contenido en un macro sistema de derecho legitimado por la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos⁽²¹⁾.

La justicia Penal Militar debe dejar atrás los aspectos de obscuridad de la ley que por razones de control le han envuelto a través de su tratamiento constitucional, el fuero de guerra ha presentado diferentes lecturas en las constituciones de 1824, 1857 y 1917, siendo este último intocado desde la versión publicada sobre el artículo 13 constitucional⁽²²⁾. Dicho numeral

⁽¹⁹⁾ En términos de credibilidad institucional el Ejército y la Iglesia campean en el imaginario colectivo como referentes de credibilidad, en este sentido las entidades que mayor confianza tienen son Tamaulipas y Sinaloa, de gran presencia militar, y en un punto medio destacan Hidalgo, Durango y Zacatecas y con el nivel más bajo están Oaxaca, Veracruz, Puebla, Chihuahua y Aguascalientes.

⁽²⁰⁾ Es el caso del tipo penal abierto traición a las Fuerzas Armadas, que se discute insertar al Código del Servicio Militar.

⁽²¹⁾ Conferencia y presentación del libro “Derecho Procesal Penal” Alejandro Calos Espinosa, Aula Magna Jacinto Pallares, Facultad de Derecho de la UNAM, 12 de abril de 2010.

⁽²²⁾ Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero... Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al Ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviere complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

es categórico al determinar la subsistencia del fuero de guerra⁽²³⁾ para los delitos (Derecho Penal) y las faltas (Derecho Administrativo-Disciplinario) contra la disciplina militar. El problema competencial se advierte en el artículo 57 Fracción II del Código de Justicia Militar, concretamente en los casos en que resultan involucradas víctimas civiles, particularmente en actos cometidos en servicio o con motivo del mismo que aparejen delitos del fuero común. Las voces que alientan una reforma responsable al sistema de justicia militar en México cada vez suman más adeptos de diversos sectores, dentro de los que destacan también opiniones desiguales de organizaciones no gubernamentales de derecho humanos algunas veces con más sustento jurídico que en otras.

Notables opiniones provienen de académicos del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México como es el caso del doctor Manuel Gonzáles Oropeza, plantea la supresión del Fuero de Guerra⁽²⁴⁾; bien el jurista tabasqueño Agenor González Valencia con su reciente obra *Derecho Militar: El fuero de guerra en tiempos de guerra y no de paz*⁽²⁵⁾; la obra *Derecho Procesal Penal Militar*⁽²⁶⁾ del suscrito o bien el número monográfico que sobre Derecho Penal Militar y Seguridad Pública realizara la revista especializada en Criminología y Derecho Penal *Criminogenesis*⁽²⁷⁾ con

⁽²³⁾ «El fuero militar o de guerra es la jurisdicción o potestad autónoma y exclusiva de juzgar, por medio de los tribunales castrenses y conforme a las leyes del ejército, fuerza aérea y armada nacional, únicamente a los miembros de dichas instituciones, por faltas o delitos que cometan en actos o hechos del servicio, así como la facultad de ejecutar sentencias.» Definición técnica de F. A. SCHOREDER CORDERO en *Nuevo Diccionario Jurídico Mexicano* T. D-H. Instituto de Investigaciones Jurídicas, México city, D.F., 2000, p. 1758.

⁽²⁴⁾ Participación del doctor Manuel Gonzáles Oropeza en el ciclo de conferencias “El Derecho Penal Militar y su interpretación por el Poder Judicial de la Federación” celebrado en el Palacio de Justicia Federal el 24 de abril 2001.

⁽²⁵⁾ G. VALENCIA AGENOR, *Derecho Militar Fuero de Guerra en Tiempo de Guerra y no de Paz*, México city, 2010, p. 427.

⁽²⁶⁾ A.C. ESPINOSA, *Derecho Procesal Militar*, Instituto de Estudios Supriores en Derecho Penal División Editorial, México city, 2009, p. 232.

⁽²⁷⁾ A.G. VALENCIA, *El fuero de guerra en tiempos de guerra*, en *Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal Criminogenesis*, 2007, p. 514.

la participación de generales, almirantes, académicos, jueces y magistrados, funcionarios públicos y criminólogos críticos; e incluso se han impulsado maestrías en universidades privadas sobre Derecho Militar o diplomados sobre Seguridad Nacional es el caso de la Universidad Autónoma de Nuevo León o los instrumentos publicados por Human Rights Watch; con lo anterior subrayo el interés de diversos gremios por poner a tono de vanguardia el modelo de justicia militar en los ámbitos penal y procesal penal frente a las lógicas no solo de la posmodernidad sino también de ese derecho penal oral que ordena la reforma a la Constitución del 18 de junio del 2008⁽²⁸⁾ y que constituyen el reto al modelo militar.

El sistema de justicia militar requiere, en el ámbito de la codificación y la técnica legislativa, más que un ajuste que permita su vigencia práctica, modernizar sus preceptos que responden a una realidad de nuestra época acordes a los principios de disciplina, servicio y deber de obediencia a una realidad de nuestra época. La modernización de la técnica legislativa, el ajuste en la regulación administrativa, social, disciplinaria, penal e internacional, nada tiene que ver con la mítica idea de lesionar sus ejes rectores, por el contrario abona a los postulados enarbolados por los derechos fundamentales.

El referente constitucional que inspira el principio de supremacía en esta materia, fija límites a las atribuciones y facultades de los episodios que cursa el Sistema de Justicia Penal Militar, de tal suerte que, en un primer segmento, podemos advertir la función de investigación para la prevención a cargo de la policía militar; la tarea de procuración de justicia le toca efectuarla al Ministerio Público, en este caso, al militar que se auxiliará de una policía denominada judicial militar, de peritos, de funcionarios de archivos y demás personal auxiliar; la administración de justicia se realiza a través de los tribunales militares y cuenta con su propio procedimiento reglamentado sobre ejecución de penas; todo ello debe analizarse en diversos vértices jurídicos y políticos. Se exigen cuestiones que ahora son en torno a la naturaleza jurídica de los tribunales militares definiéndolos como formalmente administrativos

⁽²⁸⁾ Valga señalar que las únicas reformas que pueden apreciarse al Código de Justicia Militar de 1933 a la fecha son las que ha incorporado la Constitución en su Política Penal y esta no podría entenderse en sentido diverso para esta última.

y materialmente jurisdiccionales. Realizan tareas jurisdiccionales de fondo y dependen del Secretario de la Defensa Nacional.

La justicia Penal Militar, sustenta los principios de disciplina, servicio y deber de obediencia, con el propósito de que las Fuerzas Armadas cumplan los mandatos constitucionales. Así en esta lógica, Zaffaroni identifica al Derecho Penal como ⁽²⁹⁾ especial atendiendo a la gravedad de sus penas al establecer que esta rama modifica algunos de los principios generales del derecho penal común, de acuerdo con la naturaleza de su función tutelar. A mayor abordamiento sobre el Derecho Penal Militar dicho autor es preciso al señalar «La circunstancia de que el derecho penal militar sea una rama del derecho penal de carácter especial, no significa que se trate de una rama completamente autónoma del mismo, sentido en el cual el derecho penal común también sería un -derecho penal especial- concepción que conduciría a atomizar el derecho penal, disolviéndose en una cantidad de derechos penales –especiales- sin ninguna unidad vinculante.»⁽³⁰⁾

En términos generales la teoría del delito aplica para la determinación de un delito militar, por lo que deberá satisfacer los elementos propuestos por la teoría tetratomica que exige al delito al menos ser una conducta típica, antijurídica y culpable. El reto es fundamentalmente en la materia procesal penal sin soslayar el rezago penal, en este sentido el planteamiento exige voltear a mirar la justicia penal militar fundamentalmente en cuanto a las reglas vigentes de competencia militar y jurisdicción militar. Es tiempo de replantear la justicia militar sin tapujos, de dar paso a un nuevo modelo con sustento constitucional y visión de Estado que permita regular las nuevas funciones que le sean asignadas en un necesario acotamiento del fuero de guerra.

Que sus tribunales pertenezcan al Ejecutivo e impere una justicia de

⁽²⁹⁾ Al tener una naturaleza distinta al derecho penal común, que presenta lecturas diametralmente opuestas de política criminal, por ejemplo el miedo grave y el temor fundado para el Derecho Penal son causas justificatorias del delito, en tanto que para el penal militar representan un agravante de funestas consecuencias.

⁽³⁰⁾ E.R. ZAFFARONI, *Manual de Derecho Penal. Parte General*, México city, D.F., 1991, pp. 104-105.

mando que se encuadre en un discurso de Derecho penal democrático e institucionalidad, ello hace urgente rediseñar las instituciones, replantear las normas y hacer políticas públicas congruentes con la nueva función constitucional y legal que en su caso le sea asignada al Ejército.

4. — *Fuero Militar: El Dilema de los Estándares Internacionales.*

El fuero de guerra conforme al derecho interno se regula en el artículo 13 constitucional, al igual que la materia disciplinaria, por lo que los delitos y las faltas tienen una regulación especial que forma parte del fuero, por ello pretender suprimir el fuero sin mediar reflexión profunda bajo una óptica mal entendida equivaldría a desquebrajar las instituciones armadas del Estado, puesto que la disciplina es piedra angular de su funcionamiento y, en consecuencia, de tal supresión quedarían sin sustento legal las leyes de disciplina y sus respectivos reglamentos.⁽³¹⁾

En los primeros acercamientos relativamente recientes, poco más de una década, en cuanto a la voz fuero Navarrete Prida refirió «... por lo que hace al fuero militar, tanto las disposiciones penales sustantivas, como adjetivas se concentran en un solo código, en el Código de Justicia Militar, cuerpo normativo en el que además se regulan los aspectos vinculados, con la ejecución de la sentencia, así como los orgánicos relacionados con la estructura y atribuciones de la Procuraduría General de Justicia Militar, y los Tribunales Militares, estas últimas instancias a las que se les encomiendan la función de procurar e impartir justicia respectivamente en este fuero...»⁽³²⁾

Como lo expresé desde la primera edición del Diccionario Crítico en el Derecho Penal a Juicio en la voz *fuero*; la doble acepción se encuentra publicada en el artículo 13 de la Constitución que, por una parte, prohíbe

⁽³¹⁾ Léase Ley General de Disciplina por Secretaría de Estado y sus correlativos reglamentos generales de deberes militares.

⁽³²⁾ Argumentos vertidos en la mesa redonda “Procedimiento Penal Federal y Procedimiento Penal Militar” en el Congreso Nacional *El Fuero de Guerra, su Constitucionalidad* organizado por la Secretaría de la Defensa Nacional en 1999.

su existencia entendida como prerrogativa, trato diferenciado o privilegio, en tanto que legitima su existencia tratándose de los delitos y faltas contra la disciplina militar, esto es, como sinónimo de competencia, Sin embargo, visto en otra perspectiva, esta figura jurídica ha levantado polémica respecto a privilegios o inmunidades concedidos a determinados servicios públicos. Cfr. *El Derecho Penal a juicio, Diccionario Crítico*, Segunda Edición, INACIPE, P 303 México, 2009.

El fuero militar se inscribe en el ámbito del Derecho Militar, disciplina que sin duda requiere desarrollarse en la cultura jurídica mexicana, así Octavio Vejar Vázquez entiende a este segmento jurídico del conocimiento como la disciplina jurídica que en el plano de la ley positiva, se condensa en un conjunto de disposiciones orgánicas que coordinan, sincronizan y conciertan las relaciones derivadas de la vida marcial ⁽³³⁾. Es común que se confunda la jurisdicción de los tribunales militares con la facultad investigatoria del Ministerio Público Militar, por lo que necesariamente es distinto, puesto que el asunto será jurisdiccional militar hasta que sea asignado por el Ministerio Público ante el juez militar.

El Planteo Reformista incluye en un plano inicial a la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos en su numeral 13 que prevé la subsistencia del fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar, atento a que el principio de especialidad no se contrapone con el de legalidad, para que de este modo el fuero militar conserve la facultad investigatoria en su Ministerio Público y dejen de ser tribunales formalmente administrativos y materialmente jurisdiccionales los responsables de impartir justicia en el ámbito militar, que finalmente es federal.

Texto Actual

Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén

⁽³³⁾ V.O. VEJAR, *Autonomía del Derecho Militar*, México city, 1948, p. 13.

fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para los delitos y faltas contra la disciplina militar; pero los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda.

Texto Propuesto

Artículo 13. Nadie puede ser juzgado por leyes privativas ni por tribunales especiales. Ninguna persona o corporación puede tener fuero, ni gozar más emolumentos que los que sean compensación de servicios públicos y estén fijados por la ley. Subsiste el fuero de guerra para la investigación y persecución de los delitos y faltas contra la disciplina militar; los tribunales militares en ningún caso y por ningún motivo, podrán extender su jurisdicción sobre personas que no pertenezcan al ejército. Cuando en un delito o falta del orden militar estuviese complicado un paisano, conocerá del caso la autoridad civil que corresponda. Una reforma de tal envergadura aparejará la deseada concreción del postulado que pondera la inconveniencia de hacer concurrir dos poderes públicos en uno en congruencia con la base ideológica de la legalidad.

La segunda parte del planteo inicial propone que sea adicionado el artículo primero de la Ley Orgánica del Poder Judicial de la Federación, para incluir a los Tribunales Militares en la Justicia Federal y de esta manera salgan del ámbito administrativo en el que se encuentran y formen parte del Poder Judicial de la Federación, sin que ello implique el relajamiento de la disciplina, del servicio o del deber de obediencia, ni tampoco sacrifique el principio de especialidad que rige la naturaleza de estos tribunales que deberán seguir siendo integrados por militares especializados en el servicio de justicia que podrán ser comisionados a prestar sus servicios al Poder Judicial de la Federación, como ocurre con procuradores, secretarios de estado, gobernadores, legisladores y demás servidores públicos. Lo anterior, desde una perspectiva procesal penal implica un significativo avance en la protección de las garantías de los militares procesados.

Texto Propuesto ⁽³⁴⁾ Artículo 1.- El Poder Judicial de la Federación se ejerce por:

- I. La Suprema Corte de Justicia de la Nación;
- II. El Tribunal Electoral;
- III. Los Tribunales Colegiados de Circuito;
- IV. Los Tribunales Unitarios de Circuito;
- V. Los Juzgados de Distrito;
- VI. El Supremo Tribunal Militar;
- VII. Los Juzgados Penales Militares
- VIII. El Consejo de la Judicatura Federal;
- IX. El Jurado Federal de Ciudadanos, y
- X. Los tribunales de los Estados y del Distrito Federal en los casos previstos por el artículo 107 fracción XII de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos y en los demás en que, por disposición de la ley deban actuar en auxilio de la Justicia Federal.

La otra asignatura relevante en la que debe incursionarse en forma urgente el Poder Legislativo es en la reforma del artículo 57 Fracción II del Código de Justicia Militar que permite extender el fuero de guerra tratándose del involucramiento de víctimas civiles a los tribunales militares, particularmente se destaca la problemática de esta ampliación de jurisdicción al restringirse la procedencia del juicio de Amparo, en este sentido valga citar el voto particular del Ministro José Ramón Cossío respecto del sobreesimiento del juicio de Amparo en revisión 989/2008 resuelto en sesión del 10 de agosto de 2009.

⁽³⁴⁾ Los Tribunales negreados son los propuestos al texto vigente.

En este sentido y en la línea de criterio expresada por José Ramón Cossio, he publicado segmentadamente en el extranjero desde 2004⁽³⁵⁾, que el fuero militar sea compatible con estándares internacionales, por lo que es necesario reformarlo, por ende «debe estar destinado a juzgar sólo a militares; tener solo competencia para conocer de delitos y faltas militares, esto es, aquellos que por su propia naturaleza atenten contra bienes jurídicos propios del orden militar; no tener jurisdicción sobre civiles bajo ninguna circunstancia; no tener competencia para conocer de asuntos en que la víctima, ofendido sea un civil aunque el delito sea cometido por un militar y no tener competencia para juzgar violaciones a los derechos humanos.» Como el propio Cossio Díaz reconoce esta reflexión es similar a la conclusión que emitió el grupo de trabajo sobre detención arbitraria de Naciones Unidas en 1999⁽³⁶⁾.

Es menester que en el marco de un derecho penal democrático las actuaciones se apeguen a legalidad en los procedimientos penales militares, particularmente en el de averiguación previa⁽³⁷⁾, para desterrar prácticas de investigación al margen de la ley que únicamente desfavorecen el sentido de las resoluciones penales, porque en ocasiones las violaciones graves al procedimiento son observadas por los jueces y magistrados del Poder Judicial de la Federación y corresponde a estos funcionarios impartir la Justicia Militar en el ámbito Federal vía el Amparo. Este último razonamiento, es un elemento más para considerar la pertinencia de que la Justicia Militar se imparta en el Poder Judicial de la Federación.

⁽³⁵⁾ El mayor rezago se advierte en la justicia penal, por lo que esta debe ser revisada en su integridad bajo criterios de política criminal acordes a las nuevas necesidades de la Fuerzas Armadas, resulta inviable e insostenible la aplicación de una normatividad caduca en los segmentos sustantivo, adjetivo y ejecutivo de penas militares. La reingeniería de la justicia penal militar es un tema que se encuentra fuertemente impulsado por la corrientes garantistas internacionales. Cfr. A. C. ESPINOSA, *El Sistema de Justicia Militar Mexicano: consideraciones actuales y reflexiones sobre su planteamiento*, en *Revista española de derecho militar*, 84, 2004, p. 245.

⁽³⁶⁾ Cfr. C. DÍAZ, J. RAMÓN, *Fuero militar: sus alcances y limitaciones*, en *Revista mexicana de derecho constitucional, cuestiones constitucionales*, 22, 2010, p. 354.

⁽³⁷⁾ El procedimiento penal de averiguación previa es de las más importantes, tanto que una averiguación previa mal integrada equivale a una injusticia.

Las reformas propuestas en los puntos que anteceden tengan en todo momento presente los principios de disciplina, obediencia, cumplimiento del deber y servicio, no pueden relajarse en forma alguna, de tal suerte que las modificaciones urgentes requeridas deberán cuidar el adecuado funcionamiento de las instituciones armadas al servicio del Estado y en paralelo brindar al militar mayor confianza y certeza respecto de quien dice el Derecho Militar⁽³⁸⁾. Así las cosas la justicia Militar debe transparentarse no solo en sus leyes y procedimientos, sino en el ejercicio de la justicia; es tiempo de alinear nuestro derecho interno en materia militar con los estándares internacionales.

⁽³⁸⁾ C.A. ESPINOSA, *Derecho procesal Penal Militar*, Instituto Nacional de Estudios Superiores en Derecho Penal AC, División editorial, México city, 2009, p. 201.

ALMA DELIA CANSECO GUZMÁN^(*)

LA CONDICIÓN JURÍDICA DE LOS MENORES MIGRANTES INDOCUMENTADOS EN MÉXICO

SUMARIO: 1. El concepto de niño y sus derechos. — 2. Tratamiento de la niñez en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los tratados internacionales suscritos y ratificados por México, así como en la legislación secundaria. — 3. Los derechos de los menores extranjeros en México. — 4. Restricciones a la libertad de tránsito. — 5. Alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño. — 6. La globalización y el fenómeno migratorio, especialmente en niños. — 7. El Programa de Protección a Migrantes en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Violaciones a los Derechos Humanos de los menores migrantes extranjeros. — 8. El Instituto Nacional de Migración. Un compromiso incumplido. — 9. Conclusiones.

1. — *El concepto de niño y sus derechos.*

El Diccionario de la Lengua Española refiere que el vocablo niño/niña nace de la voz infantil *ninno* que significa estar en la niñez y que tiene pocos años⁽¹⁾.

El niño no es solamente una persona sino un concepto, en el hecho de que toda cultura tiene su propia idea y expectativa particular del niño. Para citar dos ejemplos, durante el siglo XVII y a principios del siglo XVIII en Francia, se podían encontrar niños de tan sólo quince años a la cabeza de los

^(*) Especialista en Derechos Humanos y Maestra en Derecho por la División de Estudios de Posgrado de la Facultad de Derecho de la UNAM, Catedrática de dicha Universidad, Consejera Editorial de la Revista Especializada en Criminología y Derecho Penal “Criminogenesis”, autora de la Guía Metodológica de la materia Sistema Internacional de Protección a los Derechos Humanos en el Sistema de Universidad Abierta y de Educación a Distancia en la Facultad de Derecho de la UNAM.

⁽¹⁾ Diccionario de la Lengua Española. Real Academia Española. 21ª ed. s.v. “niño, ña.” México, 1992, p. 1020.

ejércitos de Luis XIV; por otro lado, en la actualidad ciertos países limitan el matrimonio a los adultos y establecen los 12 años como edad mínima.

Una palabra estrechamente relacionada a la de niño es «infante», término que llega al castellano a través del latín, que significa niño de corta edad. Un infante, de la raíz latina *infantis* (o *infans*), denominaba a los niños más pequeños que todavía no habían aprendido a hablar. Hasta antes del siglo XVII, un niño era considerado un objeto cuya vida dependía completamente de las elecciones, decisiones y deseos de los adultos. Esto reducía al niño a la famosa frase predominante en las actitudes tradicionales: «un niño debe ser visto pero no escuchado». El maltrato infantil fue una práctica generalizada, toda vez que los niños fueron objeto de las proyecciones de sus padres y en consecuencia, funcionaban como los satisfactores de las necesidades de los adultos. La infancia resulta casi siempre invisible o con frecuencia se le confunde con la naturaleza, pues el niño era considerado un animal doméstico.

Sin embargo, la evolución de las ideas, permitió la aparición del concepto de los derechos humanos, y luego, los derechos del niño. A partir de ese momento en adelante los niños fueron considerados seres humanos completos.

La concepción de la infancia tiene su punto de partida en la edad moderna, tanto Philippe Ariès, como Jeans Qvortrup, Göran Therborn y Eugène Verhellen, estudiosos del tema, señalan de manera coincidente que la edad moderna significó un cambio de paradigma en la concepción de la infancia, se da la construcción de la noción de niño en la cultura occidental.

En el siglo XIX, la concepción voluntaria va en aumento, como consecuencia de la conciencia acerca de las responsabilidades de la paternidad, el niño ahora es más apreciado en razón de que es deseado. Surgen personajes dedicados a estudiar y trabajar con la infancia: Pestalozzi se preocupa por los niños abandonados, Fröbel crea los *kindergartens* para atender a los hijos de las madres trabajadoras en las fábricas y Miguel de Unamuno defiende los intereses de la infancia.

Es en ese siglo que surge el estudio de la psicología infantil, se comienzan a realizar los primeros tratados de tipo estadístico, en literatura se escriben obras especialmente para niños, emerge la figura del adolescente.

En el ámbito jurídico se producen también hechos importantes que marcaron el rumbo de la legislación relacionada con la infancia. Se va desarrollando la idea de que el Estado debía proteger al niño, en razón de que la prosperidad y la seguridad dependían de una sociedad sana, razón por la cual se introduce la escolarización obligatoria y diversos servicios sanitarios públicos. En 1841 se promulgan las primeras leyes sociales, en relación con la infancia, para limitar el trabajo en las fábricas. En 1889 en Inglaterra se promulgó una ley para proteger a los niños contra los tratos crueles; sin embargo, la consolidación de los derechos de libertad dentro de las corrientes liberales de la época, consideraban al niño un ser vulnerable e incapaz, por lo que quedó incluido en las libertades civiles del padre y por tanto, sometido a su poder y al ejercicio de sus derechos.

Fue a finales del siglo XIX cuando el derecho comenzó a ocuparse de forma diferenciada de niños y adultos, especialmente en materia penal, antes de esa fecha, las instituciones de reclusión eran las mismas para niños y adultos. En Estados Unidos se activó un movimiento a favor de esa separación, la cual posteriormente se convirtió en normativa, surgiendo así el derecho de los menores como un derecho autónomo, desarrollándose durante el siglo XX.

A lo largo del siglo XX se intensifica la creación de leyes para la infancia, tanto a nivel nacional en muchos países como a nivel internacional, a propósito de la primera y segunda guerra mundiales, hicieron patente la necesidad de protección para la infancia, pero como es obvio, las normas y las instituciones que se desarrollaron durante esos años no fueron más que el reflejo de la mirada que los adultos tenían sobre los niños: una mirada paternalista, de protección, en la búsqueda del cuidado y protección de las niñas y los niños, traducido en el derecho de los menores con niveles altos de arbitrariedad, dada la concepción cultural del niño como ser incapaz, por ello se impuso un modelo tutelar con pretensiones únicamente a los niños y no sus derechos, es decir, el sujeto no era considerado como sujeto de derechos, sino un sujeto al que se debe proteger.

Este es el tratamiento que el derecho les dio a los niños durante la mayor parte del siglo XX en América Latina, como lo ha señalado Emilio García

Méndez.⁽²⁾ La relación entre adultos y menores está constituido con base en un autoritarismo que prescinde de toda explicación a aquellos que son incapaces de comprender, en este caso los niños. Por tanto, tampoco es casual que este derecho de los menores se haya desarrollado lejos de las Constituciones, pues a comienzos del siglo XX no había una sola Constitución en América Latina que hiciera referencia al derecho de los menores.

Es hasta el año de 1924, que la Asamblea General de la Sociedad de Naciones aprobó la Declaración de Ginebra, primer instrumento internacional que contempla los derechos de los niños. En 1946, la Organización de las Naciones Unidas crea el Fondo de Naciones Unidas para la Infancia (UNICEF), con la finalidad de proteger a los niños víctimas de la guerra, siendo en la actualidad un organismo importante en la defensa de los derechos de la infancia. En 1959 se aprueba la Declaración sobre los Derechos del Niño, con carácter proteccionista hacia los niños, estableciéndose las obligaciones a las personas e instituciones. Y en 1989 es aprobada la Convención sobre los Derechos del Niño, cuya atención gira en torno de las niñas, los niños y los adolescentes.

Los derechos humanos de los niños, como se puede observar surgieron de su evolución histórica, entendidos éstos como exigencias morales inherentes al ser humano por esa sola condición, reconocidos en la norma nacional e internacional. A partir de entonces, la formulación de los derechos de los niños deriva de considerarlos como titulares de derechos humanos, circunstancia que será considerada en el mundo occidental.

2. — *Tratamiento de la niñez en la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, en los tratados internacionales suscritos y ratificados por México, así como en la legislación secundaria.*

Como se mencionó en el punto que antecede, a comienzos del siglo XX no se encontraban contemplados en Constitución alguna los derechos de los niños. Es a partir del 18 de marzo de 1980 que en la Constitución Política de

⁽²⁾ E. GARCÍA MÉNDEZ, *Infancia-adolescencia. De los derechos y de la justicia*, México city, 1999, p. 20.

los Estados Unidos Mexicanos⁽³⁾, en el artículo 4º se comienza a señalar el deber de los padres de preservar el derecho de los menores a la satisfacción de sus necesidades, a la salud física y mental.

Asimismo, refiere que la ley protegerá la organización y el desarrollo de la familia; afirma que toda persona tiene derecho a decidir de manera libre, responsable e informada sobre el número y el espaciamiento de sus hijos.

Otro artículo relacionado con la niñez es el 1º Constitucional⁽⁴⁾, el cual dispone en su párrafo inicial:

«En los Estados Unidos Mexicanos todas las personas gozarán de los derechos humanos reconocidos en esta Constitución y en los tratados internacionales de los que el Estado Mexicano sea parte, así con de las garantías para su protección, con ejercicio no podrá restringirse ni su penderse, salvo en los casos y las condiciones que esta Constitución establezca», entendiéndose por todas las personas aquel hombre o mujer que habite en territorio nacional o transite, inclusive tratándose de extranjeros.

Además de los artículos constitucionales anteriores, México ha firmado y ratificados diversos tratados internacionales para proteger los derechos del niño, entre los que se encuentran: el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, ambos prevén medidas especiales de protección para los niños y los adolescentes; la Convención Americana sobre Derechos Humanos y la Convención sobre los Derechos del Niño; el Convenio Internacional del Trabajo Núm. 58 y el Convenio Internacional del Trabajo Núm. 90, relativos a la edad mínima de admisión de los niños al trabajo marítimo y al trabajo nocturno de los niños en la industria, respectivamente, entre otros.

Nuestro país al adoptar la Convención de los Derechos del Niño adquirió el compromiso de velar porque las instituciones públicas o privadas de bienestar y asistencia social, de salud, justicia y educación como los tribu-

⁽³⁾ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_091_18mar80_ima.pdf.

⁽⁴⁾ <http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/pdf/1.pdf>.

nales, las autoridades administrativas o los órganos legislativos, al momento de tomar decisiones que conciernan a niñas y niños, garanticen el reconocimiento y respeto de los derechos de la infancia.

México, acorde con este criterio y en cumplimiento a los compromisos contraídos, reformó el 7 de abril de 2000⁽⁵⁾, el artículo 4º Constitucional, ampliándose la regulación relativa a los niños y niñas. En sus párrafos séptimo, octavo y noveno disponen respectivamente que:

«Los niños y las niñas tienen derecho a la satisfacción de sus necesidades de alimentación, salud, educación y sano esparcimiento para su desarrollo integral. Los ascendientes, tutores y custodios tienen el deber de preservar estos derechos. El Estado proveerá lo necesario para propiciar el respeto a la dignidad de la niñez y el ejercicio pleno de sus derechos. El Estado otorgará facilidades a los particulares para que se coadyuven al cumplimiento de los derechos de la niñez».

El día 29 de ese mismo mes y año, también se expidió la Ley para la Protección de los Derechos de Niños, Niñas y Adolescentes, que tiene carácter federal, por lo que debe aplicarse en todo el país.

Esta Ley en su artículo 2º, especifica que «son niñas y niños las personas de hasta 12 años incompletos, y adolescentes los que tienen entre 12 años cumplidos y 18 incumplidos», de lo anterior, se desprende la clara diferencia entre niño y adolescente que en esta ley se hace, siendo más específica en relación con la Convención sobre los Derechos del Niño, que en su artículo primero, establece de manera general el status de niño a toda persona menor de 18 años.

La misma Ley tiene por objeto garantizar a niños, niñas y adolescentes la tutela y el respeto de los derechos reconocidos en la Constitución. En su artículo 3º, se establece de manera puntual lo siguiente:

«La protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes, tiene como objetivo asegurarles un desarrollo pleno e integral, lo que im-

⁽⁵⁾ http://www.diputados.gob.mx/LeyesBiblio/ref/dof/CPEUM_ref_148_07abr00_ima.pdf.

plica la oportunidad de formarse física, mental, emocional, social y moralmente en condiciones de igualdad».

Asimismo, señala como principios rectores de la protección de los derechos de niñas, niños y adolescentes:

- A. El interés superior de la infancia
- B. El de la no discriminación por ninguna razón, o circunstancia
- C. El de igualdad, sin distinción de raza, edad, sexo, religión, idioma o lengua, opinión política o de cualquier otra índole, origen étnico, nacional o social, posición económica, discapacidad, circunstancias de nacimiento o cualquiera otra condición suya o de sus ascendientes, tutores o representantes legales.
- D. El de vivir en familia, como espacio primordial de desarrollo
- E. El de tener una vida libre de violencia
- F. El de corresponsabilidad de los miembros de la familia, Estado y sociedad
- G. El de la tutela plena e igualitaria de los derechos humanos y de las garantías constitucionales

Además tutela los siguientes derechos:

- el derecho de prioridad, el derecho a la vida
- el derecho a la no discriminación
- el derecho a vivir en condiciones de bienestar y a un sano desarrollo psicofísico
- el derecho a ser protegido en su integridad, en su libertad, y contra el maltrato y el abuso sexual
- el derecho a la identidad
- el derecho a vivir en familia
- el derecho a la salud
- los derechos de niñas, niños y adolescentes con discapacidad
- el derecho a la educación
- los derechos al descanso y al juego
- de la libertad de pensamiento y del derecho de una cultura propia
- el derecho a participar
- el derecho al debido proceso en caso de infracción a la Ley Penal

Las niñas y los niños, como personas que son, tienen derechos que le son propios y que les deben respetar sus padres, madres, familiares, autoridades y la sociedad en general. De ahí que todos los actos de quienes los tienen a su cuidado así como las acciones del Estado, deben tener como su eje rector el principio del interés superior de la infancia. A las niñas y los niños se les debe de garantizar su derecho a un desarrollo integral.

Se respeta el interés superior de las niñas y los niños cuando las autoridades y la familia les procuran los cuidados, la asistencia y el trato digno que requieran para lograr un crecimiento y desarrollo pleno dentro de un ambiente familiar y social adecuado.

Finalmente, en México el Código Civil, el Código Penal y la Ley para el Tratamiento de Menores Infractores, todos para el Distrito Federal, contemplan disposiciones que protegen los derechos del menor, en armonía con lo dispuesto en la Constitución Federal. Hasta aquí se tiene ya un amplio catálogo de derechos de los menores amparados por la ley, en consecuencia, su observancia debe ser obligatoria tanto para las autoridades como para los particulares, a menos que existan causas de excepción que la misma norma prevé.

3. — *Los derechos de los menores extranjeros en México.*

La palabra extranjero proviene del vocablo latín *extranearius*, de *extraneus*, «extraño», es decir, responde a aquellas personas con adscripción a un territorio y a un Estado del cual son originarias.

El concepto de extranjero tiene también un significado jurídico preciso en las sociedades modernas: designa a aquellas personas que no poseen la nacionalidad o ciudadanía del país donde habita. En México, la Constitución Política en los artículos 30 y 33, señala que son extranjeros los que no tengan la nacionalidad mexicana por nacimiento o por naturalización. De la administrulación del contenido de estos preceptos constitucionales con los artículos 1° de la Convención sobre los Derechos del Niño y 2° de la Ley para la Protección de los Niños, Niñas y Adolescentes, se crea la definición jurídica

de menor extranjero como aquellas personas menores de 18 años de edad, que no tengan la nacionalidad mexicana por nacimiento o naturalización.

Sin embargo, las consideraciones de nacionalidad y ciudadanía establecidas por los países de origen, son rebasadas en el contexto actual de la globalización y la paulatina eliminación de fronteras como consecuencia del intercambio comercial internacional, que ha adquirido una importancia considerable en las últimas décadas, fomentando el movimiento de las personas en territorios de diversos Estados, en el cual también participan los menores, dando vida a los flujos migratorios, teniéndose una concepción del ser humano como sujeto titular de derechos y obligaciones, es decir, bajo esta realidad imperante, importa más el hombre como tal que el ciudadano, ésta última calidad corresponderá únicamente para efectos políticos de un país.

Por consiguiente, se puede afirmar que los extranjeros son equiparados a los nacionales, pues los derechos de los extranjeros en México, son los mismos derechos de los que gozan los mexicanos, esto es, los derechos de los menores extranjeros son los mismos de los que goza la niñez mexicana. Tal y como lo dispone el Capítulo Primero, Título Primero, de la Constitución, denominado «De los Derechos Humanos y sus garantías», específicamente en el 1º, establece el derecho a la igualdad, la cual prevé que todos los extranjeros, a partir del momento de su internación en nuestro país, se encuentran protegidos por las garantías individuales, sin distinción alguna.

De modo tal que, la Constitución otorga de forma universal los derechos contenidos en su texto, los cuales serán suspendidos solamente en los casos expresamente previstos en la misma.

Luego entonces, como lo señala Miguel Carbonell⁽⁶⁾ «podemos sostener que los extranjeros, tengan o no una situación migratoria acorde con lo que establecen las leyes, tienen, entre otros, el derecho a no ser discriminados, el derecho a la educación, el derecho a la salud, el derecho a la igualdad entre hombres y mujeres, el derecho de acceso a los tribunales, el derecho a la readaptación social en caso de que sean sentenciados a una pena privativa de

⁽⁶⁾ M. CARBONELL, *Los derechos fundamentales en México*, Comisión Nacional de los Derechos Humanos, Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM, México, 2004, p. 113.

libertad, los derechos que establece el artículo 20 constitucional para el caso de que estén sujetos a un proceso penal, el derecho de petición, la libertad de trabajo, de asociación, de expresión, de imprenta, etcétera.»

En efecto, la igualdad se debe entender también referida a los demás derechos, es decir, a aquellos que no están señalados en la Carta Magna, pero que se encuentran contenidos en los tratados internacionales y en las leyes generales, los cuales son considerados «Ley Suprema de la Unión», según lo señala el artículo 133 Constitucional, es decir, forman parte del Sistema Jurídico Mexicano. Baste, como muestra, la Convención sobre los Derechos del Niño, firmada por el Ejecutivo Federal el 26 de enero de 1990, aprobada por el Senado el 19 de junio de 1990, entrada en vigor para México el 21 de octubre de 1990 y publicada en el Diario Oficial de la Federación el 25 de enero de 1991 ⁽⁷⁾, y la Ley para la Protección de niñas, niños y adolescentes, ya enunciadas en párrafos anteriores.

Ambos instrumentos normativos, en conjunto con la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, entre otro cuerpo de normas, como el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos, el Pacto Internacional de los Derechos Económicos, Sociales y Culturales, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, el Protocolo de Palermo, los diversos Convenios de la Organización Internacional del Trabajo, la Convención sobre la Condición de los Extranjeros, la Ley General de Población, la Ley de Migración, la Ley General de Salud, por mencionar, comprenden un amplio catálogo de derechos humanos que protegen a los niños extranjeros en territorio nacional, independientemente de su condición migratoria, ya sea, legal o indocumentada, pues su prioridad se sustenta en garantizar el interés superior del niño.

4. — *Restricciones a la libertad de tránsito.*

Como ya se señaló, en el Sistema Jurídico Mexicano, tiene el carácter de menor extranjero, la persona física que no reúne los requisitos de derecho para ser considerado como nacional y además tiene 18 años incumplidos,

⁽⁷⁾ <http://www.sre.gob.mx/tratados>.

pero a partir del momento de su internación en el territorio nacional goza de todas las garantías individuales que otorga la Carta Magna.

Con todo, el respeto de los derechos humanos de los menores extranjeros situados en el marco de las garantías individuales que les son concedidas constitucionalmente en nuestro país, se encuentran sujetos a diversas limitaciones recogidas en diversos preceptos de rango constitucional, como ocurre con el derecho de petición, el derecho de asociación, la garantía de audiencia, el derecho de propiedad y el derecho a la libertad de tránsito.

Con relación a la libertad de tránsito, es el artículo 11 Constitucional el que contiene esta garantía individual, la cual comprende la posibilidad que tienen las personas de entrar y de salir del país, así como la de desplazarse libremente por el territorio del mismo, sin la necesidad de contar con una carta de seguridad, pasaporte, salvoconducto u otro semejante⁽⁸⁾.

En cuanto a los límites constitucionales sobre la libertad de tránsito, el propio artículo 11 de la Carta Magna con relación a cuestiones migratorias, está subordinado a la autoridad administrativa, es decir, el tránsito internacional de extranjeros, ya sea de entrada al país o de salida del mismo, está supeditado a la condición jurídica migratoria que la Secretaría de Gobernación les otorgue, pero solamente conforme a lo que disponga, en específico la Ley General de Población y la Ley de Migración. Luego entonces, para que el internamiento de los extranjeros en el territorio nacional sea legal, es indispensable obtener el permiso por parte de la Secretaría de Gobernación, la cual otorgará la calidad migratoria correspondiente.

Las calidades migratorias, revisten especial importancia para los extranjeros, pues resulta el permiso otorgado por las autoridades migratorias mexicanas, para la realización de actividades correspondientes a los diversos giros durante diferentes lapsos de estancia en el país. La calidad migratoria concedida al extranjero, dependerá del propósito que éste persiga al internarse al país.

⁽⁸⁾ Esta circunstancia no opera en nuestro país, pues para el ingreso o salida del territorio nacional por cualquier persona, se solicita la presentación del pasaporte, circunstancia comprensible por tratarse de una práctica internacional, que sobre todo garantiza la seguridad de quien lo porta.

Las características migratorias, son una subdivisión de las calidades migratorias que permiten al gobierno mexicano facilitar el ingreso y la clasificación de los extranjeros de acuerdo con las actividades realizadas por ellos en el país, así como contar con el registro de las condiciones con las que se internaron.

El otorgamiento de calidades migratorias para los extranjeros, otorgadas por la autoridad administrativa, traducida en la condición jurídica del migrante, son el claro reflejo de la diferencia que existe entre el migrante documentado respecto del que no lo está: el migrante indocumentado o en situación irregular.

Por lo tanto, el trato que se le da a uno es distinto al que se le brinda al otro, al primero, mientras acredite su legal estancia en el país, dicho lo menos, se le permitirá transitar libremente por el territorio nacional, y al segundo, le será privada su libertad, y, en el mejor de los casos, será repatriado a su país de origen, en el peor de los escenarios permanecerá clandestinidad e invisibilidad, expuesto a todos los abusos por parte de autoridades y particulares debido a su condición de indocumentado.

Al respecto, la Corte Interamericana de Derechos Humanos, organismo jurisdiccional adscrito a la Organización de Estados Americanos, en su Opinión Consultiva número 18/03 emitida el 17 de septiembre de 2003, en su párrafo 119, pronuncia:

«sí puede el Estado otorgar un trato distinto a los migrantes documentados con respecto a los migrantes indocumentados, o entre migrantes y nacionales, siempre y cuando este trato diferencial sea razonable, objetivo, proporcional, y no lesione los derechos humanos».

El órgano jurisdiccional estima que la condición migratoria de una persona no debe ser un requisito para que el país receptor respete el principio de igualdad y de no discriminación, dado el carácter *erga omnes* de los mismos, esto es, que son para todos los hombres. Afirma que la calidad migratoria no debe ser el fundamento del Estado para privar del goce de los derechos humanos de los extranjeros.

En atención a lo anterior, se puede decir que en México la autoridad

competente podrá restringir la libertad de tránsito a aquel extranjero que no acredite su legal estancia en el país; sin embargo, en el caso de menores la autoridad deberá dar cumplimiento a lo dispuesto por el artículo 10 de la Convención sobre los Derechos del Niño, el cual hace referencia a la obligación que tienen los Estados Partes de facilitar la entrada o salida del país a los padres de los menores o a los propios menores para conseguir la «reagrupación familiar», uno de los principios rectores de los derechos del niño, circunstancia que en la actualidad se encuentra contemplada en las reformas en materia migratoria en México.

5. — *Alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.*

Se ha dicho que los niños están amparados por diversos instrumentos internacionales de derechos humanos, entre los que se encuentran la Declaración de Ginebra sobre los Derechos del Niño y en la Declaración de los Derechos del Niño, Declaración Universal de los Derechos Humanos, el Pacto Internacional de los Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de los Derechos Económicos Sociales y Culturales, así como en los estatutos e instrumentos correspondientes de los organismos especializados y de las organizaciones internacionales que se interesan por el bienestar del niño, los señalan la necesidad de proporcionar al niño una protección especial, tomando en cuenta su falta de madurez física y mental.

Así también, existen instrumentos y declaraciones regionales sobre derechos humanos, entre ellos, la Convención Americana sobre Derechos Humanos, la cual, en su artículo 19 habla de la implementación de «medidas especiales» para la protección del niño.

Pero es precisamente la Convención sobre los Derechos del Niño, el tratado internacional que de manera específica establece los principios rectores de los derechos humanos de los niños, los cuales son:

- Protección contra toda forma de discriminación (Artículo 2)
- El interés superior del niño como consideración primordial a la que se debe atender (Artículo 3).

— Obligación de los Estados Partes de garantizar en la máxima medida posible la supervivencia y el desarrollo del niño (Artículo 6).

— Participación: el derecho del niño de expresar su opinión libremente y de ser escuchado (Artículo 12).

El principio que contempla el interés superior del niño, contenido en el punto 3.1 del tratado es muy importante, puesto que se aplica a los 54 artículos de la Convención. Al respecto la Corte Interamericana de Derechos Humanos en su Opinión Consultiva OC-17/02 sobre la Condición jurídica y derechos humanos del niño, del 28 de agosto de 2002⁽⁹⁾, en su punto número 56, señala:

Interés superior del niño

«56. Este principio regulador de la normativa de los derechos del niño se funda en la dignidad misma del ser humano, en las características propias de los niños, y en la necesidad de propiciar el desarrollo de éstos, con pleno aprovechamiento de su potencialidades así como en la naturaleza y alcances de la Convención sobre los Derechos del Niño.»

Además, en los puntos 60 y 61, la opinión consultiva destaca la adopción de medidas y cuidados especiales proveniente de la situación específica en la que se encuentran los niños, considerando su «debilidad, inmadurez o inexperiencia».

Acerca de los menores migrantes, la Convención sobre los Derechos de Niño, en su artículo 22, menciona:

«1. Los Estados Partes adoptarán medidas adecuadas para lograr que el niño que trate de obtener el estatuto de refugiado o que sea considerado refugiado de conformidad con el derecho y los procedimientos internacionales o internos aplicables reciba, tanto si está solo como si está acompañado de sus padres o de cualquier otra persona, la protección y la asistencia humanitaria adecuadas para el disfrute de

⁽⁹⁾ S. GARCÍA RAMÍREZ (COORD.), *La Jurisprudencia de la Corte Interamericana de Derechos Humanos*, V. II. Instituto de Investigaciones Jurídicas, UNAM, México, 2006, pp. 802-803.

los derechos pertinentes enunciados en la presente Convención y en otros instrumentos internacionales de derechos humanos o de carácter humanitario en que dichos Estados sean Partes.

2. A tal efecto, los Estados Partes cooperarán, en la forma que estimen apropiada, en todos los esfuerzos de las Naciones Unidas y demás organizaciones intergubernamentales competentes u organizaciones no gubernamentales que cooperen con las Naciones Unidas por proteger y ayudar a todo niño refugiado y localizar a sus padres o a otros miembros de su familia, a fin de obtener la información necesaria para que se reúna con su familia. En los casos en que no se pueda localizar a ninguno de los padres o miembros de la familia, se concederá al niño la misma protección que a cualquier otro niño privado permanente o temporalmente de su medio familiar, por cualquier motivo, como se dispone en la presente Convención.»

Cabe decir que la Convención sobre los Derechos del Niño contiene en su articulado en más de la mitad del mismo, temas de importancia para satisfacer las necesidades de los niños migrantes, que si bien es cierto, no se señalan específicamente, también lo es que a través de su interpretación nos ofrece esa gama de protección del menor. Dichos artículos se refieren a los derechos del niño a tener una nacionalidad, la protección especial que se debe a los niños separados de sus padres, el derecho a la seguridad social, el derecho al disfrute del más alto nivel de salud, el derecho a la educación, el derecho a ser protegido contra todas las formas de explotación, tanto sexual como laboral, y el derecho a ser protegido contra abusos.

Hasta aquí se ha hecho alusión a la parte conceptual, así como de los alcances y limitaciones de los derechos de los menores extranjeros, dicho de otro modo, se ha expuesto el deber ser contenido en la norma jurídica sobre la condición jurídica del menor extranjero. Enseguida, se entrará a la parte descriptiva del fenómeno migratorio en nuestro país, con especial atención a los menores indocumentados.

6. — *La globalización y el fenómeno migratorio, especialmente en niños.*

El contexto de los derechos humanos tiene hoy como principal referente la globalización, marco dentro del cual se generan procesos de inclusión-exclusión, toda vez que alienta la exclusión social y las desigualdades económicas entre los países; por tanto, presenta sesgos y asimetrías preocupantes: ricos y pobres, países desarrollados y países subdesarrollados, distancia cada vez mayor entre Norte y Sur.

La globalización no sólo ha provocado la movilización y el flujo sin restricciones de insumos para la producción y mercancías, de recursos financieros y de tecnología; como parte del proceso está el flujo de trabajadores. Esto sin duda, es hoy día el principal motor de movimientos migratorios, en donde el flujo de trabajadores es considerado no como lo que son, personas, sino como un mero insumo de la producción.

Esta circunstancia no sería grave, si no estuviera asociado el efecto globalizador con la redefinición del papel de los Estados nacionales, su permeabilidad territorial a través de sus fronteras y la difuminación de las barreras entre los ámbitos de política exterior e interior, circunstancias que han propiciado el surgimiento a escala internacional de amenazas a la seguridad; entre las cuales cobra preocupante notoriedad la delincuencia organizada y el terrorismo.

Estas manifestaciones de la delincuencia organizada transnacional ha experimentado con celeridad un salto cualitativo, transformándose hasta alcanzar la categoría de amenaza estratégica, como ha sucedido en Estados Unidos a partir de los hechos ocurridos el 11 de septiembre de 2001, cuya respuesta ha sido un endurecimiento en sus formas de actuación, que han incidido en un mayor control en los flujos migratorios y endurecimiento de las políticas públicas en materia de seguridad nacional y de seguridad pública⁽¹⁰⁾.

Hoy, tanto en Europa como en Estados Unidos se han dejado de lado

⁽¹⁰⁾ Véase la más reciente Ley SB1070 del estado de Arizona en los Estados Unidos, decretada el 23 de abril de 2010, cuya aplicación conlleva el riesgo de acoso y persecución a ciudadanos mexicanos por parte de agentes de policía del estado de Arizona.

visiones como las de Francisco de Vitoria y sus tesis sobre el *ius peregrinandi*, *el ius migrandi*, y *el ius degendi* que históricamente servían para legitimar la ocupación colonial y la guerra de conquista del Nuevo Mundo por parte de los jóvenes estados nacionales; proclama a *estos derechos como derechos naturales*, iguales y universales, entendiéndose como universales los derechos y deberes que corresponden a todos, cualquiera que sea el tipo o la clase de sujetos: seres humanos, ciudadanos, trabajadores dependientes, empresarios, etc.⁽¹¹⁾

En específico, Luigi Ferrajoli señala que los derechos del ciudadano, son entendidos como los derechos de las personas, expresados esencialmente en los derechos de *residencia y de circulación*. En la actualidad la situación se ha invertido, la reciprocidad y la universalidad de los derechos fundamentales ha sido negada, y ahora los derechos de ciudadanía y de residencia sirven para hacer una división entre nacionales y extranjeros en los países ricos, lo que representa un privilegio de estatus, el último factor de exclusión y discriminación, el último residuo premoderno de la desigualdad personal en contraposición a la proclamada universalidad e igualdad de los derechos fundamentales.

Se le quiere dar un sentido restrictivo y discriminatorio a este concepto y al de residencia para negar el respeto al derecho natural a migrar del que nos habla Francisco de Vitoria, convirtiéndose en consecuencia en un factor real de discriminación, no obstante que instrumentos internacionales, como la Convención Internacional sobre la protección de los derechos de todos los Trabajadores Migratorios y de sus Familiares, reconocen el derecho de las personas a migrar, sobre todo cuando el objetivo de la migración es lícito, como es el caso de los migrantes económicos, en la búsqueda de hacer efectivo su derecho a tener condiciones de vida digna y al desarrollo.

Esta situación es aún más dramática, porque los estados expulsores son realidades nacionales en donde los gobiernos no genera para sus connacionales las condiciones mínimas necesarias para garantizar el derecho de acceso al desarrollo, y los países desarrollados se niegan a promover un cambio con pretextos policiacos y de seguridad nacional para, en el fondo,

⁽¹¹⁾ Citado por Luigi Ferrajoli en su obra intitulada *Derechos y Garantías. La Ley del más débil*.

seguir aprovechándose del trabajo del migrante con la finalidad de mantener a los productores la obtención de una mayor renta a un menor costo, que se traduce en una forma de explotación encubierta.

De acuerdo con el Informe sobre Desarrollo Humano 2009. Superando barreras: movilidad y desarrollo humanos, Nueva York, 2009, del Programa de Naciones Unidas para el Desarrollo (PNUD) en el año 2010, alrededor de 3% de la población mundial, lo que significa cerca de 214 millones de personas, residían en un país diferente al que nacieron, más de tres cuartas partes de los migrantes internacionales se dirigen a un país con un nivel de desarrollo humano superior al de su lugar de origen.

La Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL) estima que la principal causa del constante flujo migratorio en nuestro planeta se debe a la pobreza y exclusión del desarrollo económico en que se encuentran sumergidos amplios sectores de la sociedad. Es además, una de las consecuencias, que el propio Banco Mundial ha reconocido de la práctica neoliberal y de globalización de la economía. Estos sectores al verse expuestos a una situación de constante postergación en sus países, salen a la busca de nuevos horizontes con la intención de encontrar un futuro más alentador para sus vidas y el de sus familias.

En el caso de México, al compartir fronteras con Estados Unidos, Guatemala y Belice, se convierte en un país de origen, tránsito y destino.



Ubicación geográfica de la frontera sur de México

Cuenta con 172 puntos de internación aérea, marítima y terrestre, de los cuales 48 están ubicados en la zona sur del país, en donde se encuentran 29

de las 52 estaciones migratorias que existen en México. Asimismo, 50% de las entradas formales en todo el territorio nacional se llevan a cabo en la zona sur.



Estaciones migratorias del INM ⁽¹²⁾

Es en Centromérica donde se agudizan y generalizan los problemas vinculados con la economía, la desigualdad social, la pobreza y la inestabilidad política, y dan lugar a una escalada de violencia en casi toda la subregión. Es en la zona del Soconusco, Chiapas, donde se da una intensa movilidad de migrantes nacionales de Guatemala, Honduras y El Salvador, y con menor medida de países sudamericanos y de otros continentes, los cuales migran con la intención de llegar a los Estados Unidos de Norteamérica, o a alguna ciudad del norte o centro de la República Mexicana, y otros por falta de recursos económicos, se quedan en las zonas fronterizas.

El niño, no está exento del fenómeno migratorio, desde hace diez años se ha visto su presencia migratoria igual a la de los adultos, sin embargo, la migración infantil no ha recibido la atención que suponen los principios aludidos por la Convención sobre los Derechos del Niño como lo es el interés superior del niño, este fenómeno resulta hoy por hoy un tanto invisible, en razón de que los niños no aparecen en las cifras de emigración en el país, esto es, no existe un registro en México que permita establecer estadísticas sobre el ingreso de los menores migrantes, su sexo, edad, nacionalidad, si se encuentra acompañado de un familiar o solo, su repatriación, etc.

⁽¹²⁾ Mapa tomado de <http://iris.inegi.gob.mx/mapoteca>.

Los miembros de la sociedad civil organizada que ha realizado el trabajo de campo por las fronteras México-Estados Unidos, México-Guatemala y Costa Rica-Nicaragua, así como aquellas personas encargadas de albergues y centros de ayuda a migrantes, en relación con los niños, se afirma que el fenómeno de menores que migran solos, acompañados por sus pares y por adultos que no son sus familiares, es un drama humano que aumenta constantemente y que requiere de atención urgente.

A propósito de los menores no acompañados, el Comité de los Derechos del Niño, mecanismo de control convencional de las Naciones Unidas, en su 39º período de sesiones, celebrado del 17 de mayo a 3 de junio de 2005, emitió la Observación General Núm. 6 (2005) relativa al trato de los menores no acompañados y separados de su familia fuera de su país de origen, en la cual emite las siguientes definiciones en el Apartado III, puntos 7 y 8:

- «7. Se entiende por “niños no acompañados” (llamados también “menores no acompañados”) de acuerdo con la definición del artículo 1 de la Convención, los menores que están separados de ambos padres y otros parientes y no están al cuidado de un adulto al que, por ley o costumbre, incumbe esa responsabilidad.
8. Se entiende por niños separados, en el sentido del artículo 1 de la Convención, los menores separados de ambos padres o de sus tutores legales o habituales, pero no necesariamente de otros parientes. Por tanto, puede tratarse de menores acompañados por otros miembros adultos de la familia.»

En este sentido, se puede afirmar que dentro del flujo migratorio de los países centroamericanos y sudamericanos hacia el norte, las personas más vulnerables son los menores que viajan solos. En la mayoría de los casos, estos niños son enviados a Estados Unidos de América para reencontrarse con sus padres. De ello, da cuenta el monitoreo del Foro Migraciones, al encontrar que el 90% de los menores interceptados tenían familiares en el lugar de destino. En los últimos años, este grupo ha crecido dramáticamente en número, de acuerdo con cifras del Instituto Nacional de Migración, de enero a octubre de 2010, 4,092 menores extranjeros fueron

asegurados en estaciones migratorias, de los cuales 1, 676 no venían acompañados por adultos.

Para el caso de menores centroamericanos que pasan por México, los datos son bastante marginales, pues obviamente no pueden ser captados en las encuestas nacionales, en su inmensa mayoría encuestas de hogares. El único indicador del que se dispone es la atención que reciben en los albergues para migrantes en diversos puntos del tránsito por el país, pero especialmente en los albergues de Tapachula, México y Tecún Umán, Guatemala. El otro posible indicador son los menores asegurados y repatriados por el Instituto Nacional de Migración.

De la información recabada por las organizaciones de la sociedad civil, es posible advertir que las personas que trabajan con niños observan un aumento en el número de menores migrantes no acompañados en la región, los niños son cada vez más jóvenes, y va en aumento el número de niñas.

Sin duda, los niños migrantes no acompañados forman un grupo sumamente vulnerable que requiere gran atención, puesto que los menores migrantes no acompañados tienden a convertirse en niños de la calle, y en muchos de los casos son objeto de comercio y explotación sexual. La detención de niños migrantes no acompañados es un problema grave que tiene importantes implicaciones en materia de derechos humanos. El tráfico de menores, quienes son objeto de graves abusos, por ejemplo, es uno de los problemas latentes. Con frecuencia los menores migrantes no acompañados, sufren malos tratos infligidos por personal de los servicios de migración y de policía.

7. — *El Programa de Protección a Migrantes en la Comisión Nacional de los Derechos Humanos. Violaciones a los Derechos Humanos de los menores migrantes extranjeros.*

Con la finalidad de atender el fenómeno migratorio, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos (CNDH), organismo público autónomo, con

las facultades que le confiere el artículo 102, apartado B, de la Constitución Política de los Estados Unidos Mexicanos, y su Ley Reglamentaria, en el mes de marzo de 2003, por Acuerdo del Consejo Consultivo de este Organismo Nacional se creó el Programa de Atención a Migrantes, el cual a partir del 1 de enero de 2005 se encuentra a cargo de la Quinta Visitaduría General.

Los objetivos fundamentales del Programa de Atención a Migrantes son salvaguardar, defender y difundir los derechos humanos de los migrantes extranjeros en territorio nacional, mediante la atención de las quejas que presenten, y, en su caso, el inicio de oficio de quejas sobre hechos presumiblemente violatorios a sus derechos humanos.

Para poder lograr estos objetivos la CNDH cuenta con 10 Oficinas Regionales, ubicadas en puntos estratégicos, en los que se da un alta concentración y tránsito de migrantes como: Tijuana, Ciudad Juárez, Nogales, Reynosa, Aguascalientes, San Cristóbal de las Casas, Tapachula, Villahermosa, Coatzacoalcos, Veracruz y Mérida.



Rutas principales seguidas por las miles de personas migrantes, procedentes principalmente de Centroamérica, que cada año atraviesan México de camino a Estados Unidos. ⁽¹³⁾

Dentro del periodo contado a partir del 1º de enero de 2005 al 31 de diciembre de 2010, la Quinta Visitaduría General 1 Recomendación General

⁽¹³⁾ Fuente: Amnistía Internacional, abril de 2010, *Víctimas invisibles migrantes en movimiento en México*.

identificada con el número 13, sobre la práctica de verificaciones migratorias ilegales, y 1 Informe Especial sobre la situación de los derechos humanos en las estaciones migratorias y lugares habilitados del Instituto Nacional de Migración en la República Mexicana.

Los principales voces violatorias a derechos humanos que se han acreditado en agravio de los migrantes cometidas por las autoridades de los ámbitos federal, local y municipal, tanto en las Recomendaciones emitidas como en las propuestas de conciliación son: omisiones en garantizar el interés superior del niño, debido proceso migratorio, principio de legalidad, abuso de autoridad, integridad física y psicológica, tortura y otros tratos crueles, inhumanos o degradantes, trata de personas con fines de explotación laboral y sexual, vida e integridad física, a la salud, la nacionalidad, privación ilegal de la libertad, seguridad jurídica, negligencia y omisión de las autoridades en verificar condiciones de contratación con base en el marco jurídico nacional e internacional.

En atención a la gravedad de las violaciones a los derechos humanos, el 15 de junio de 2009 ⁽¹⁴⁾, la Comisión Nacional de los Derechos Humanos presentó a la opinión pública un informe especial sobre el secuestro de los migrantes en el cual documentó 9 mil 758 secuestros de migrantes ocurridos, entre el periodo de septiembre de 2008 a febrero de 2009, en el que con base en las entrevistas realizadas a 72 entrevistados, fue posible contabilizar a 59 menores migrantes secuestrados. En su reciente informe especial relacionado con la misma problemática, el secuestro de migrantes, difundido el 22 de febrero de 2011 ⁽¹⁵⁾, la CNDH reportó que, de abril a septiembre del año pasado, fueron secuestrados 11 mil 333 migrantes que sufrieron diversos agravios como maltrato, tortura, violación sexual y, en casos extremos, fueron asesinados, esto es, entre febrero de 2009 a septiembre de 2010, hubo un aumento de mil 575 secuestros.

El informe da cuenta que en ese periodo, se cometieron 214 secuestros masivos de migrantes; en cada uno de ellos fueron raptadas, en promedio, 52

⁽¹⁴⁾ www.cndh.org.mx/INFORMES/Especiales/infEspSecMigra.pdf.

⁽¹⁵⁾ www.cndh.org.mx/PalabrasRPV/InfEspecialSecuestroMigrantes.pdf.

personas. En 44.3% de los casos de secuestro se trató de migrantes hondureños; en 16.2%, de salvadoreños y en 11.2%, de guatemaltecos, entre otras nacionalidades. Veracruz, Tabasco, Tamaulipas, San Luis Potosí, Chiapas y Oaxaca encabezan la lista de estados donde ocurrió el mayor número de plagios.

El reporte precisa que hasta 67.4 por ciento de los plagios ocurrieron en el sureste; 29.2 por ciento en el norte, y 2.2 por ciento en el centro del país. En el resto no se especifica la región.

También la CNDH, en conjunto con la Organización Internacional de las Migraciones, a finales de enero del presente año, presentó el Estudio ⁽¹⁶⁾ “Niños, niñas y adolescentes migrantes centroamericanos en poblaciones del sur de México”, en el cual informa sobre la situación y riesgos que enfrentan niños y adolescentes en su camino hacia Estados Unidos y que permanecen al sur de México. De acuerdo al documento, se desconoce la cifra de los menores residiendo en México de manera irregular, pero en 2010 el Instituto Nacional de Migración (INM) de México, en colaboración con los gobiernos regionales, repatrió 4,815 menores (819 de ellos menores de 11 años).

En las recomendaciones emitidas por la Quinta Visitaduría General dentro del periodo 2005-2010 en materia migratoria, específicamente en el caso de los menores, se documentaron las siguientes violaciones:

⁽¹⁶⁾ Escrito por la redacción del periódico digital denominado Departamento 15, el 2 de febrero de 2011. <http://departamento15.laprensagrafica.com/noticias/302-presentan-informe-sobre-situacion-menores-migrantes.html>.

Cuadro de recomendaciones e informes emitidos por la Comisión Nacional de los Derechos Humanos en materia de menores migrantes ⁽¹⁸⁾

Número	Fecha de la Recomendación	Referencia	Autoridades responsables	Violaciones documentadas	Reseña
48/2004 Repatriación Irregular de Menores	25 de agosto, 2004	Caso de la menor Marlen Magali Felipe Trigueros y otros menores de origen centroamericano	- Comisionada del Instituto Nacional de Migración	- Omisiones en garantizar el interés superior del niño - Debido proceso migratorio - Principio de legalidad	El 24 y 25 de abril de 2004 las menores de edad Marlen Magali Felipe Trigueros, Leyvi González Paxtor y Julia Saquich Vázquez, de nacionalidad guatemalteca fueron repatriadas a sus países de origen por instrucciones del servidor público Abraham Vázquez Hernández, encargado del Programa de Repatriación Segura y Ordenada del INM en Chiapas. Las menores de edad fueron puestas a disposición de las autoridades migratorias de Guatemala en la frontera de El Carmen Malacán, San Marcos, no obstante que el funcionario migratorio conocía el acuerdo entre Guatemala y México para que las menores de edad originarias de Guatemala fueran presentadas ante su autoridad consular a fin de que por su conducto fueran entregadas a sus familias o a la institución pública de su país y con ello garantizar su integridad física y psicológica, así como exponerlas a los diferentes riesgos, tales como: la violación sexual, la trata de personas; fenómenos delictivos que son recurrentes en la zona. Por otra parte, el mismo servidor público no acreditó que llevó a cabo la repatriación de los menores de edad originarios de El Salvador: Edwin Alexander Barrientos, José Michael Barahona Nolasco, Karla Beatriz González Pérez, Ricardo Antonio González y Yoselín Yamileth Franco Ávalos.

⁽¹⁸⁾ <http://www.cndh.org.mx/progate/migracion/RecomendacionesCNDH4.htm>.
<http://www.cndh.org.mx/recomen/recomen.asp>.

<p>33/2006 Tratos o penas crueles a Menores</p>	<p>14 de septiembre, 2006</p>	<p>Caso del menor de edad DJLC</p>	<p>- Instituto Nacional de Migración</p>	<p>- Tortura, tratos o penas crueles, inhumanos y/o degradantes - Integridad física y psicológica - Abuso de autoridad</p>	<p>El menor de edad DJLC de nacionalidad de Honduras, fue asegurado por personal del INM, y estando en la estación migratoria se escapó. Posteriormente fue capturado por un agente federal de migración, quien le ordenó subir al vehículo, amarrándolo de los pies y las manos. Agregó que al llegar a la estación migratoria fue introducido en un “cuarto oscuro”, donde permaneció durante cuatro días esposado de los pies y con la mano derecha sujeta a un tubo, además de recibir amenazas y golpes por parte de un guardia de seguridad privada apodado “el Chivo”, y visitado por el mismo agente que lo aseguró, quien se burlaba de su situación, lo que le ocasionó ideas suicidas.</p>
<p>25/2007 Trata de menores Explotación Laboral</p>	<p>10 de julio, 2007</p>	<p>Sobre el caso de los menores migrantes de Tapachula Chiapas</p>	<p>- Instituto Nacional de Migración, - Municipio de Tapachula, Chis.</p>	<p>- A la salud - Omisión de la autoridades locales y federales que propician la explotación labora y sexual. - Interés superior del niño</p>	<p>Varias personas migrantes indocumentadas originarias de Guatemala, incluyendo menores de edad y mujeres con sus hijos (as) lactantes, ingresan al basurero municipal de Tapachula, Chiapas día a día en condiciones insalubres haciendo labor de pepenadores. Con ello se constató el peligro que tiene dicha población. Asimismo, se documentó como niños y niñas de origen guatemalteco que laboran en las calles de Tapachula, Chiapas, como vendedores de chicles, dulces y cigarros, limpiaparabrisas, lanzallamas, payasos, malabaristas, lustradores de calzado y otros en situación de mendicidad, lo que los expone a todo tipo de explotación, incluida la de carácter sexual.</p>
<p>29/2007 Privación del derecho de registro de una recién nacida de madre extranjera en territorio nacional</p>	<p>8 de agosto, 2007</p>	<p>Caso de la señora Norma Mireyda Contreras Castro y de su hija recién nacida</p>	<p>- Instituto Nacional de Migración</p>	<p>- La nacionalidad</p>	<p>La señora Norma Mireyda Contreras Castro, de nacionalidad hondureña, fue asegurada el 23 de agosto de 2006 por elementos del INM en Reynosa, Tamaulipas, por no acreditar su regular estancia en México. Fue trasladada a la delegación local del INM en esa ciudad y certificada que presentaba un embarazo de 37.1 semanas de gestación y que se encontraba clínicamente estable y apta para viajar. El 24 de agosto de 2006, el Jefe del Departamento de Control Migratorio y Asuntos Jurídicos de esa Delegación dictó el procedimiento migratorio correspondiente, resolución de expulsión en contra de la migrante. Para cumplir dicha resolución fue trasladada a la estación migratoria del DF. Sin embargo, por su gravidez, el 3 de</p>

<p>63/2007 Tratos o Pe- nas Cruels</p>	<p>11 de diciembre, 2007</p>	<p>Caso sobre la práctica del hisopo rectal a extranjeros en la estación migratoria del INM, en Saltillo, Coahuila.</p>	<p>- Gobierno Consti- tucional del Estado de Coahuila</p>	<p>- La nacio- nalidad - Tratos, cruels inhumanos y/degra- dantes - Abuso de autoridad</p>	<p>septiembre de ese año, fue tra- sladada a las instalaciones del Hospital General de la Secre- taría de Salud, donde dio a luz a una niña, con un peso de 3,150 gramos y 52 CMS. Cuatro días más tarde ambas fueron con- ducidas a las instalaciones del INM en Tapachula, Chiapas, donde fueron expulsadas al día siguiente del mes y año citados a Honduras. Con lo cual a la recién nacida se le privó de su derecho a ser registrada en ter- ritorio nacional.</p> <p>Los días 16, 17, 20, 22 y 28 de noviembre, así como 14 de diciembre de 2006, respectiva- mente, en la estación migrato- ria del Instituto Nacional de Migración (INM), en Saltillo, Coahuila, con motivo del ase- guramiento de los adultos varo- nes de nombres NAMA, JEGF, BC, NJVM, HCLR, MAMH, GRCC, RVG, AVPV, JEE, FHH, DRC, MPP, MAOO, JHCM, HMAS, EYBM, RHAI, RJE y KSSF; las muje- res OCPR, EOR, AM, EPFR, MEG y AEVM, así como los menores IIGP y WRT, de 14 y 17 años, respectivamente, se les practicó el examen médico cor- respondiente; posteriormente, el doctor José Luis Castolo Viveros y la enfermera María de Jesús Castillo, servidores públicos de la Secretaría de Salud del estado de Coahuila, comisionados en esa estación migratoria, obligaron a los agraviados a introducirse por el ano un hisopo de aproximada- mente 20 centímetros de largo, bajo la amenaza de que en caso de no hacerlo se les castigaría manteniéndolos asegurados en ese recinto por tres meses, o bien, la enfermera les realizaría la prueba.</p>
<p>65/2007 Secuestro de Migrantes</p>	<p>12 de noviembre, 2007</p>	<p>Caso sobre los hechos ocurridos en ciudad Ixte- pec, Oaxaca, en agravio del padre Alejandro Solalinde Guerra y migrantes de origen cen- troamericano.</p>	<p>- Procuraduría General de la República - Gobierno Consti- tucional del Estado de Oaxaca - Congreso del Estado de Oaxaca - H. Ayuntamiento Municipal Consti- tucional de Ciudad Ixtepec, Oaxaca</p>	<p>-Legalidad Seguridad jurídica -Integridad -Seguridad personales -Acceso a la justicia - Trato digno</p>	<p>Extranjeros centroamericanos fueron objeto de secuestro cometido por particulares con la anuencia y colaboración de la autoridad municipal. Ante el rescate de sus connaciona- les, varios extranjeros fueron objeto de maltrato y abuso por parte de la autoridad municipal.</p>

<p>28/2008</p> <p>Rechazo de menor migrante sin verificar la identidad de las autoridades receptoras</p>	<p>8 de julio, 2008</p>	<p>Sobre el caso del menor Eduberto López Pérez, de nacionalidad guatemalteca</p>	<p>- Instituto Nacional de Migración</p>	<p>- Debido proceso - Principio de legalidad - Interés superior del niño</p>	<p>Extranjeros centroamericanos fueron objeto de secuestro cometido por particulares con la anuencia y colaboración de la autoridad municipal. Ante el rescate de sus connacionales, varios extranjeros fueron objeto de maltrato y abuso por parte de la autoridad municipal. El 13 de abril del 2007, personal del Consulado General de México en Nogales, Arizona, entregó a un menor de edad que dijo ser mexicano y llamarse EVG, a un agente Federal de Migración de la Delegación Local del INM, en Nogales, Sonora, a fin de integrarlo al programa de repatriación de menores que viajan solos, para lo cual, momentos más tarde, servidores públicos de ese Instituto lo trasladaron al Módulo de Atención para Menores Repatriados del Sistema para el Desarrollo Integral de la Familia (DIF), en Nogales. En ese mismo día, horas más tarde, la coordinadora del Módulo del DIF devolvió al menor agraviado a las autoridades migratorias, por haber establecido que su nombre real era ELP, y ser de nacionalidad guatemalteca. Por tal razón el jefe del Departamento de Regulación Migratoria, de la Delegación Local del INM, en Nogales, Sonora, a las 19:00 horas, instruyó a una agente Federal de Migración el rechazo del menor agraviado, entregándolo a autoridades de los Estados Unidos de América, sin llenar formato alguno, en el que se tuviera certeza de la identidad del funcionario estadounidense que recibió al menor guatemalteco, ni de la hora y día en que se efectuó el rechazo.</p>
<p>51/2008</p> <p>Trata de Menor</p> <p>Explotación Sexual</p>	<p>14 de octubre, 2008</p>	<p>Sobre el caso de la menor V1</p>	<p>- Gobernador Constitucional del Estado México - Instituto Nacional de Migración</p>	<p>- Trata de personas con fines de explotación - Debido proceso - Protección como víctima del delito y menor de edad.</p>	<p>Una menor de edad de origen guatemalteco, víctima de trata de la trata de personas con fines de explotación sexual fue arrojada de un tercer piso de un hotel cuando intentaba escapar de un sujeto que intentaba tener relaciones sexuales con la menor de edad. Por lo que fue llevada al hospital por lesiones y presentó la denuncia correspondiente, sin que haya prosperado la misma o se le haya brindado protección. Fue puesta a disposición de INM</p>

<p>18/2010 Menor migrante embarazada Se desconoce su paradero</p>	<p>28 de abril, 2010</p>	<p>Sobre el caso de la menor "V", de nacionalidad Hondureña</p>	<p>- Instituto Nacional de Migración</p>	<p>-Violación a los derechos de los menores a que se proteja su integridad -A la legalidad -A la seguridad jurídica -Al debido proceso</p>	<p>por no contar con documentación que acreditara su legal estancia en donde tampoco recibió protección. Se inició una nueva Averiguación previa de la cual no desprenden suficientes elementos para que la menor de edad fuera protegida por ser víctima de la trata de personas, garantizar su acceso a la justicia y repararle el daño.</p> <p>El 20 de noviembre de 2008, la menor "V" fue asegurada por agentes federales del INM en Tenosique, Tabasco, toda vez que no acreditó su legal estancia en México, por lo que fue trasladada a la Delegación Local del INM en esa ciudad. En la misma fecha fue valorada médicamente en el hospital comunitario del Gobierno del estado, donde se le extendió una receta médica en la que se le certificó como primigesta, con embarazo de 36 semanas. Al día siguiente, la menor "V" declaró ante la autoridad migratoria contar con 18 años de edad y ser de nacionalidad guatemalteca; sin embargo, el 25 del mes y año citados, en ampliación de declaración, la menor "V" manifestó ser ciudadana hondureña y contar con 17 años de edad. En esa misma fecha, el personal de la Delegación Local del Instituto Nacional de Migración en Tenosique, Tabasco, dictó, en el procedimiento migratorio correspondiente, una resolución de oficio de salida definitiva a favor de "V", en que se le concedió un plazo de 30 días para abandonar el país. El mismo día, a petición del Delegado del INM en Tenosique, Tabasco, personal de la Cruz Roja trasladó a la menor "V" al albergue para migrantes de la parroquia de Cristo Crucificado. El 28 de noviembre de 2008, la migrante "V" abandonó el albergue referido, sin que se conozca su paradero.</p>
--	--------------------------	---	--	--	---

Las violaciones a los derechos humanos cometidas en agravio de los menores extranjeros acreditadas por la CNDH, evidencian la falta de cumplimiento de los compromisos internacionales adquiridos por el Estado mexicano

al suscribir los tratados internacionales que protegen sus derechos, vistos en los primeros apartados de la presente investigación. Niegan la salvaguarda del interés superior del niño y su calidad de ser humano, ahora reconocida plenamente. Su condición de indocumentado lo marca para ser objeto de todo tipo de abusos, pues su vulnerabilidad alcanza varios niveles, por su edad, sexo y situación jurídica. La realidad imperante en el fenómeno migratorio infantil en México, está pues, fuera de toda proporción, cuando menos, del deber ser señalado en la ley, en la que se actualiza la discriminación y el trato indigno, adentro de los recintos migratorios y durante su trayecto a lo largo y ancho del territorio nacional, en este último como lo reportó la CNDH siendo objeto de secuestro.

Este es sólo el lente de la CNDH en cuanto a la violación de los derechos humanos de los menores migrantes indocumentados, investigaciones que no son las únicas, pues de los informes de Organizaciones No Gubernamentales locales, Amnistía Internacional, también han revelado sistemáticamente la gran crisis humana a la que se enfrentan miles de menores migrantes que viajan de manera clandestina. A pesar de ello, todavía no se consigue que dicha crisis se visibilice, debido al hecho de la inadecuada forma como trabajan las instituciones encargadas del fenómeno migratoria, al dejar de realizar constancia adecuadas que den cuenta de la realidad, y el impacto mediático que los medios masivos de comunicación hacen ver a los migrantes extranjeros indocumentados, en general, como delincuentes más que como víctimas.

La diversidad de abusos contra los migrantes menores en México, y la falta de cumplimiento por parte de las autoridades mexicanas de sus obligaciones, ha originado que los órganos internacionales fijen su atención en este país. Como muestra, en el año de 2008 el Relator Especial de la Organización de las Naciones Unidas sobre los Derechos de los Migrantes, en su informe emitido con motivo de la visita *in situ* en territorio nacional, recomendada que «se introduzcan reformas legislativas adecuadas contra la impunidad por las violaciones de los derechos humanos, una de las principales deficiencias del sistema judicial» y pedía que se publicaran informes anuales específicamente sobre las actuaciones judiciales contra los autores de violaciones a derechos humanos en el trabajo infantil.

8. — *El Instituto Nacional de Migración. Un compromiso incumplido.*

México, como país de origen, tránsito y destino, se encuentra plenamente comprometido con la protección de los derechos humanos de los migrantes. El Plan Nacional de Desarrollo 2007-2012 establece el objetivo de “*salvaguardar la seguridad en las fronteras, así como la integridad y el respeto a los derechos humanos tanto de los habitantes de estas zonas como de los migrantes*”. Por lo tanto, México enfrenta el reto de mantener una posición congruente con su exigencia del respeto de los derechos humanos de los mexicanos en el extranjero, como la observancia del trato digno y justo hacia los migrantes extranjeros en el territorio mexicano. El Instituto Nacional de Migración (INM) es la institución federal especializada para atender estos objetivos.

Es innegable que el INM ha iniciado nuevas prácticas de singular valía, en cumplimiento de sus funciones, pero de igual manera, con motivo de las recomendaciones emitidas por la CNDH.

Desde 2003, el INM opera un *Programa de Dignificación de Estaciones Migratorias*, que tiene por objeto mejorar las condiciones físicas y servicios de las instalaciones destinadas al aseguramiento de migrantes indocumentados, en donde ha implementado áreas exclusivamente para menores que viajan solos, como por ejemplo, la Estación Migratoria Siglo XXI en Tapachula, Chiapas, y la ubicada en Iztapalapa, Distrito Federal.

Los *Grupos Beta de Protección a los Migrantes* que operan en las rutas de migrantes en las fronteras norte y sur, fueron creados para brindar asistencia a migrantes lesionados o heridos; realizan actividades de localización y asistencia jurídica. El modelo de protección de los niños, niñas y adolescentes migrantes; la desagregación estadística por sexo y grupos de edad y la creación de los Oficiales de Protección a la Infancia (OPI), son otras acciones logradas por el INM.

En materia de repatriación, ha suscrito el «Memorándum de Entendimiento entre México, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua para la repatriación digna, ordenada, ágil y segura de nacionales centroamericanos migrantes vía terrestre». Este Memorándum establece atención diferenciada a grupos en situación de vulnerabilidad como mujeres embarazadas, meno-

res de edad, personas con discapacidad y adultos mayores de 60 años.

En julio de 2008 entró en vigor la reforma a la Ley General de Población que despenaliza la migración indocumentada, que armoniza el orden jurídico con los tratados internacionales en la materia y contribuye a eliminar abusos contra migrantes indocumentados.

El INM para hacer frente a la prevención, atención y combate a la trata de personas, específicamente relacionadas con extranjeros que se encuentran en territorio nacional, ha generado oficios y circulares que norman su accionar y permiten brindar la ayuda necesaria a las víctimas. Entre estos documentos, se encuentran:

La Circular INM/CCVM/007/2006: Que se refiere a la custodia de las víctimas de Trata, a favor de persona solvente, con el fin de regularizarlos y que puedan rendir testimonio en contra del tratante.

La Circular INM/CCVM/031/2006: Que se refiere a la Repatriación de Víctimas de Trata, para aquellas personas que habiendo sido víctimas de este delito y hayan aportado toda la información posible sobre sus presuntos tratantes, puedan ser repatriados inmediatamente a sus países de origen.

La Circular INM/CCVM/039/2006: Que se refiere a la atención a los principios de igualdad, no discriminación, debido proceso y derechos laborales de los extranjeros asegurados por el INM, en especial de aquellos que hayan sido víctimas de trata laboral en México.

El Oficio No. CRM/189/2007: Trata sobre el reconocimiento de la condición de víctima o testigo de diversos delitos, así como los requisitos para dar estancia legal en el país a testigos víctimas de trata.

No obstante los logros alcanzados por el INM y las medidas tomadas a fin de proteger a los migrantes indocumentados, en específico a los menores, aún le queda mucho por hacer, pues en el reciente estudio difundido por la Organización Internacional de las Migraciones y la CNDH, denominado «Niños, Niñas y Adolescentes Migrantes Centroamericanos en Poblaciones del Sur de México» se advierte la existencia de una desarticulación entre las autoridades federales y locales con los consulados de los países involucrados para brindar una adecuada protección a este grupo,

lo que provoca que las bien planteadas estrategias no logren alcanzar los resultados esperados en materia preventiva y de resolución de problemas que los menores indocumentados enfrentan.

El estudio, señala que los niños y adolescentes guatemaltecos que trabajan en las calles en Tapachula como boleros o vendedores laboran más 10 horas por jornada, no descansan ningún día y ganan un máximo de 50 pesos, son víctimas de abusos y estigmatización por su condición ilegal.

Otra problemática a la que el INM no ha dado la debida atención, es la privación de la libertad a la que somete a los menores migrantes indocumentados que logra asegurar y mantenerlos resguardados en su mayoría, en las estaciones migratorias, hasta en tanto son repatriados a sus países de origen, acciones que operan sobre todo en los menores migrantes no acompañados.

En México, decenas de menores de edad, son reclusos de forma habitual en centros de detención en espera de su repatriación o su expulsión de México. Según el texto de la legislación mexicana, los migrantes reclusos en detención administrativa tras comprobarse su condición de migrantes se encuentran «asegurados», no detenidos.

A los que posteriormente acceden a ser repatriados se los califica de «alojados». Sin embargo, el uso de estos términos no modifica el hecho de que, en virtud del derecho internacional, hay limitaciones estrictas respecto a cuándo esa privación de libertad es permisible, o el hecho de que la detención sistemática de migrantes en México viola con frecuencia esas limitaciones estrictas respecto a cuándo esa privación de libertad es permisible, o el hecho de que la detención sistemática de migrantes en México viola con frecuencia esas limitaciones.

El derecho internacional establece que deben estudiarse alternativas menos restrictivas a la detención en cada caso y que las autoridades sólo deben recurrir a la detención cuando ésta sea justificada, necesaria y proporcional. Los Estados están obligados a crear alternativas a la detención sistemática y, en particular, no debe detenerse a menores no acompañados y a víctimas de trata. La Convención sobre los Derechos del Niño, establece que los menores sólo deben ser detenidos como último recurso y durante

el periodo más breve posible. Pese a las medidas para reducir la detención de adolescentes no acompañados, la práctica aún continúa.

9. — *Conclusiones*

México ha sido un destacado promotor de los mecanismos internacionales y regionales para proteger los derechos de los menores migrantes. Ha dirigido con frecuencia importantes críticas a Estados Unidos y otros países por no reconocer ni garantizar los derechos de las personas migrantes consagrados en el derecho internacional, especialmente el derecho a no sufrir discriminación y el derecho a la igualdad ante la ley. No obstante, este enfoque progresista no ha encontrado un compromiso equivalente en el ámbito nacional.

Es imperante que el Estado mexicano cumpla a cabalidad el respeto de los derechos humanos de los menores migrantes, y lleve a cabo todas las acciones necesarias para el cumplimiento de las obligaciones internacionales adquiridas a través de la firma y ratificación de los numerosos tratados de los que México forma parte en materia de los menores migrantes. Esto debe ir acompañado de evaluaciones cualitativas sobre los resultados de las acciones implementadas a fin de asegurar una efectiva mejora en el goce de los derechos humanos de la infancia.

GIUSEPPE PALAZZOLO ^(*)

CANCELLAZIONE AUTOMATICA DELLE IPOTECHE E TUTELA DEI CONSUMATORI

SOMMARIO: 1. Il procedimento di cancellazione automatica delle ipoteche nella l. 40/2007. — 2. Perentorietà del termine e decadenza. La rinnovazione dell'ipoteca *ex art.* 2881 c.c. — 3. Alcune osservazioni sull'alternativa delle procedure di cancellazione delle ipoteche e l'ipotesi dell'obbligazione imperfetta. — 4. L'azione collettiva in tema di cancellazione automatica dell'ipoteca. Rilievi critici sul procedimento della *class action*. — 5. Analisi del giustificato motivo della controdiagnosi di permanenza dell'ipoteca da parte del creditore ipotecario. Rimedi processuali del consumatore debitore ipotecario.

1. — *Il procedimento di cancellazione automatica delle ipoteche nella l. 40/2007.*

La disciplina della cancellazione delle ipoteche derivanti da mutui contratti con banche, finanziarie e istituti previdenziali, è stata integrata da un automatismo legale, estremamente innovativo ed originario, che pone a carico degli istituti anzidetti tutte le attività necessarie all'ottenimento del risultato estintivo dell'iscrizione ipotecaria, sotto forma di cancellazione telematica del pregiudizio. Esso, inoltre, introduce particolari effetti pubblicitari rispetto ai terzi di buona fede che ispezionano il dedicato registro, unitamente alla individuazione della perentorietà del termine di trenta giorni previsto dalla l. 2 aprile 2007, n. 40, *ex art.* 13, comma 8-*novies* per l'esaurimento della comunicazione di estinzione dell'obbligazione e dell'eventuale controdiagnosi di permanenza.

Il soggetto incaricato *ex lege* di ricevere il combinato delle due dichiarazioni è rappresentato dalla Conservatoria dei rr.ii., quale organo decentrato dell'Agenzia del Territorio che, constatata la comunicazione estintiva dell'obbligo, proveniente dalla sola banca od altro istituto considerato dalla

^(*) Avvocato in Palermo.

legge, nel giorno successivo al suo spiare, procede, senza altro indugio, alla cancellazione dell'ipoteca.

L'intreccio *ratione temporis*, delle dette attività appare del tutto compatibile col semplificato sistema della cancellazione automatica d'ipoteca e costituisce un procedimento rispettoso delle posizioni di entrambe le parti contraenti l'originario contratto di mutuo garantito da ipoteca ⁽¹⁾.

È da dire altresì, a conforto della nuova normativa, che il suo contenuto dispositivo, non altera i principi legali sottesi ai caratteri dell'accessorietà e della estinzione dell'ipoteca per come disciplinati dal codice civile, pure considerati nel richiamo che il legislatore fa dell'art. 2878 c.c., di cui stabilizza il fine in deroga all'art. 2847 c.c.

Trattasi, a nostro avviso, con l'introduzione della esposta prospettiva legale, di obblighi *ex lege* di carattere *propter rem* completamente traslati ai sensi dell'art. 13, comma 8-*sexies* e ss. della l. 2 aprile 2007, n. 40 che ha convertito il d.l. 31 gennaio 2007, n. 7, sul creditore ipotecario, il quale, constatata l'estinzione dell'obbligazione garantita dall'ipoteca, deve rilasciare al debitore una quietanza, recante la data in cui l'evento anzidetto è avvenuto. Nei trenta giorni successivi deve, ancora, obbligatoriamente comunicare al Conservatore dei rr.ii. gli eventi già conosciuti dal debitore ipotecario, salvo che, nello

⁽¹⁾ La norma in esame ha avuto, fin dalla sua emanazione, notevole gradimento sociale, mostrando il legislatore un vero interesse per il cittadino di fronte a certi poteri della finanza e delle professioni che in tema di cancellazione di ipoteca ne postergavano la conclusione *ad libitum* nonostante il pagamento di somme incidenti sui piccoli bilanci familiari (da € 400,00 a € 1.000,00) ai notai, affinché si ottenesse la completa liberatoria dal rapporto di mutuo. Lo stesso non può dirsi di altre recenti normative, da rintracciare nell'orbita di ben più ampi provvedimenti, quali l'opposizione alla donazione familiare *ex art. 2*, comma 4-*novies* della L. 14 maggio 2005, n. 80, intitolata alla c.d. competitività, il cui *favor* per la banca titolare di ipoteca, sul bene di provenienza donativa, con la rimodulazione degli artt. 561 e 563 c.c., è sotto gli occhi di tutti (cfr. senza alcuna pretesa G. PALAZZOLO, *Le nuove regole della Legge 80/2005 in tema di opposizione, riduzione e restituzione nelle donazioni*, in *Vita not.*, 2006, p. 542 ss.) ovvero, con l'opinabile tecnica legislativa dell'aggiunzione di testi normativi a norme del Codice civile per disciplinare il patto di famiglia e la trascrizione degli atti di destinazione, tutte di difficile applicazione ed avviate ad una potenziale abrogazione per desuetudine, a cagione della poca frequentazione di tali presidi da parte dei consociati che non vi trovano alcuna utilità.

stesso termine decorrente dalla comunicazione di estinzione dell'obbligazione, non si accorga di essere caduto in errore e comunichi che l'ipoteca deve permanere, nei modi e con le forme adottate usualmente per la rinnovazione di essa ai sensi dell'art. 2850 c.c.

Proprio perché si tratta di un procedimento legalizzato da una serie di attività imposte *ex lege* al creditore ipotecario ed addirittura con l'abbattimento di ogni formalità, essendo stata adottata la comunicazione telematica con sottoscrizione digitale e l'istituzione di un apposito registro che sostituisce il cartaceo, deve trattarsi di mutui bancari, o stipulati con finanziarie ovvero di istituti previdenziali in favore dei propri assistiti. Possiamo fin da ora affermare che la tipologia del mutuo, esclusivamente adottata dalla legge, quale contratto di prestito normalmente usato per l'acquisto di un immobile da adire ad abitazione, giustifica gli abbattimenti fiscali e degli oneri di cancellazione dell'ipoteca, per la particolare categoria di soggetti che ne ricevono i benefici, unitamente ad altre motivazioni relative al procedimento di cancellazione, quali moventi idonei a consentire l'attivazione di una azione collettiva contro le banche inadempienti al richiamo della legge.

Una conferma della giustizia della legge in commento, riposa sul fatto che, prima di essa, le spese di cancellazione di ogni trascrizione od iscrizione pregiudizievole presa dalla banca, erano completamente a carico del debitore ipotecario⁽²⁾, sì che una volta concluso il rapporto di mutuo con l'esatto adempimento da parte del mutuatario, non si vede per quale ragione i detti oneri dovevano essere completamente traslati sul mutuatario adempiente, previo assenso del mutuante alla cancellazione *ex art.* 2882 c.c.

⁽²⁾ La norma di cui all'art. 2846 c.c. pone a carico del debitore le spese per l'iscrizione di ipoteca, facendo, tuttavia, salvo il patto contrario ed aggiungendo che in ogni caso esse debbono essere anticipate dal richiedente - spese tali ultime - che si collocano ai sensi dell'art. 2855 c.c. nello stesso grado dell'iscrizione ipotecaria. Nulla dice, invece, il Codice civile in argomento di spese per la cancellazione dell'ipoteca, sì che la l. 40/2007 introduce, col carico al creditore ipotecario dell'obbligo di attivazione automatica del procedimento estintivo volto alla detta cancellazione, il completamento di una fase dovuta al tartassato debitore ipotecario che ha già sopportato, con la conclusione del contratto di mutuo, quelle di iscrizione, essendo il patto distributivo di esse col creditore ipotecario bancario una vera chimera, stante che le banche, come è noto, le spese di ogni genere le imputano ai clienti.

Per altro verso, tale assenso, visto nell'ottica attuale della legge, si potrebbe intendere non compatibile coi principi della giustizia e della parità contrattuale⁽³⁾, potendosi rilevare il sintomo di una primazia assolutistica dell'istituto di credito, inserito nella dinamica di un normale contratto di prestito, che con il computo degli interessi e le spese di gestione del contratto, ha già abbondantemente remunerato il «sacrificio» del mutuante per l'erogazione del denaro necessario all'acquisto. Sì che la funzione della quietanza, che nella struttura della nuova legge sostituisce il cd. atto di assenso alla cancellazione, introduce alla semplicità di uno scambio di documenti dovuti tra le parti del rapporto di mutuo al fine dell'ottenimento del risultato secondario dell'annotazione della cancellazione dell'ipoteca sul nuovo registro telematico tenuto dal Conservatore dei registri immobiliari, ad impulso esclusivo del creditore ipotecario.

Se ben si guarda al fine ultimo della legge si scorge, senza eccessivi sforzi, che essa impone dei sacrifici economici ai soggetti forti del rapporto di mutuo, vale a dire lo Stato da una parte che rinuncia alle imposte ad esso dovute per la cancellazione dell'ipoteca⁽⁴⁾ e gli istituti di credito, dall'altra, obbligati a certificare l'estinzione del rapporto con quietanza ed a procedere d'ufficio e gratuitamente alla cancellazione in automatico.

Tanto basta, per comprendere che il fondamento attuativo della norma in commento, è quello di procurare al debitore il completo abbattimento dei

⁽³⁾ Cfr. da ultimo A. CATAUDELLA, *La giustizia del contratto*, in *Rass. dir. civ.*, 2008, p. 626, il quale con la consueta precisione afferma che, «Il riconoscimento ai privati di un potere giuridicamente tutelato di regolare i propri interessi trova le sue ragioni d'essere: 1) nella tendenziale mancanza di un interesse pubblico a dettare regola agli stessi; 2) nell'esistenza di un interesse pubblico a che tali interessi siano, comunque, pacificamente regolati; 3) nella convinzione che i portatori degli interessi siano i meglio adatti a dettare le regole». Il diviso programma attuativo dei principi di libertà e giustizia nel contratto trova approdo, nel nostro ragionamento, con l'adozione del punto 2.

⁽⁴⁾ Cfr. Cass., 10 agosto 1990, n. 8130, in *Mass. Giur. it.*, 1990, che definisce, con buona chiarezza, il criterio di tassazione della cancellazione di ipoteca, collegandolo all'art. 11 della tariffa del d.P.R., 26 ottobre 1972, n. 634, il quale prevede l'imposta fissa, escludendo la tassazione proporzionale, invece adottata dall'art. 6, all. A., in quanto l'atto di assenso alla cancellazione non ha contenuto patrimoniale e quindi semplice atto contrario alla formalità precedente all'iscrizione.

costi di cancellazione dell'ipoteca⁽⁵⁾, ivi compresi quelli notarili e la certezza che l'operazione avvenga in tempi brevissimi.

L'intervento semplificativo della legge, nonostante la struttura privatistica dei primi due soggetti ivi indicati vale a dire banche e finanziarie, sembra giustificato dai precedenti abusi della posizione dominante degli istituti di credito in generale nei confronti dei propri clienti, quanto meno in ordine alla imputazione di ogni genere di spesa necessitata dai contratti che pongono in essere⁽⁶⁾.

⁽⁵⁾ È, invece, prevalso un istinto di reazione, mai sopito nell'utente inciso dall'enorme potere degli istituti di credito che spesso abusano delle ampie garanzie concesse in loro favore dalla legge, rinforzate da alcune poco commendevoli interpretazioni della giurisprudenza, specie in tema di pluralità di garanzie reali e personali, di cui si dotano nei confronti dei rapporti di conto corrente affidati, instaurati con i propri clienti, quando ad es. alla fideiussione dei familiari del debitore si accompagni pure l'ipoteca presa su tutti i suoi beni personali, argomento tal ultimo che ha colto la nostra attenzione, con riferimento alla successione degli eredi del fideiussore, genitore del debitore, nel contratto in corso di svolgimento alla sua morte, sì che, senza alcuna pretesa, cfr. G. PALAZZOLO, *L'eccezione di decadenza nella fideiussione bancaria e la personalità del fideiussore inter vivos e mortis causa*, in *Fam. pers. succ.*, 2008, p. 147 ss. L'abuso è evidente, specie con riferimento al fenomeno dell'annientamento, tramite i modulari bancari, delle difese del fideiussore in via di eccezione *ex artt.* 1955-1957 c.c., viceversa, utili per far dichiarare l'estinzione della fideiussione, quando la banca viene meno ai suoi obblighi. In Germania, al contrario, il tema qui semplicemente accennato, è assai avvertito e la giurisprudenza di legittimità si è impegnata in rigorose pronunce quali quella del *Bundesverfassungsgericht*, fin dal 19 ottobre 1993, che dichiara la nullità della fideiussione per difetto di causa, quando il fideiussore sia legato al debitore da vincoli affettivi, parentali o personali.

⁽⁶⁾ La norma non si applica, infatti, a rapporti diversi da quelli in essa considerati; né può dirsi che banche e finanziarie siano da considerare alla stregua degli istituti previdenziali, strutture governate dallo Stato, benché ricevano spesso importanti sostegni sotto forma di leggi e provvedimenti volti ad agevolare alcune loro poco condivise pratiche, in tema di capitalizzazione trimestrale degli interessi passivi, valute, costi e spese di gestione dei conti correnti di corrispondenza nei confronti degli utenti. Quanto agli istituti previdenziali richiamati dalla legge, ma del tutto non considerati dalla dottrina, nelle rare ipotesi in cui erogano mutui in favore dei propri assistiti, essendo connotati *in toto* dalla natura pubblicistica delle loro strutture, è da dire che si tratta della legittimazione di un procedimento che il legislatore apparentemente adotta contro se stesso, costituendo in tal modo la premessa maggiore del fine della legge, per il fatto che la cancellazione automatica dell'ipoteca sottrae al suo apparato finanziario utilità economiche. Di contro, però, gli enti in questione prevalgono contro ogni altro privato concorrente, e non perdono mai i privilegi ipotecari per effetto del d.P.R. 602/73 *ex art.* 76, e del d.lgs. 46/99 *ex art.* 18, in ipotesi derivanti da eventuali

Ma la dottrina non si contenta di accettare la legge nella sua nudità, anche quando sia produttiva di effetti positivi per il soggetto debole del rapporto negoziale, essendosi, infatti, spaccata sugli effetti del nuovo procedimento di cancellazione della ipoteca. Vale a dire, intorno alle conseguenze che il termine di trenta giorni sortisce nell'ambito del procedimento di cancellazione, il cui automatismo, nel binomio pagamento del debito-immediata estinzione dell'ipoteca, per una chiara necessità regolamentare, soggiace allo spirare del termine collegato al nuovo procedimento legale, considerato che all'interno di esso sono previste delle attività incidenti sulla posizione del creditore ipotecario.

Ed il termine di che trattasi, rilevata *in bonis* la sua eccezionale brevità, ha il ruolo fondamentale di conferire certezza allo sviluppo del procedimento preparatorio della cancellazione ipotecaria, com'è peraltro nella sua disciplina generale, del tutto rispettoso del parametro di semplificazione e risparmio adottato dalla legge. Sì che, tutto quello che avviene all'interno di esso, a cura della parte obbligata, prelude alla cancellazione automatica, ove l'eventualità dell'impedimento alla cancellazione, fondata su di un giusto motivo, non vale certo ad argomentare una eccezione che si vorrebbe introdotta dalla l. 40/2007 al principio generale secondo cui, all'estinzione del debito consegue l'estinzione dell'ipoteca e quindi la sua sottostante cancellazione.

Proprio il termine «eventualità» correlato alla obiezione motivata del creditore ipotecario a che il procedimento di cancellazione non possa validamente svilupparsi, esattamente individuato dalla dottrina ⁽⁷⁾, rende conto della sot-

procedure esecutive adottate contro il debitore, pur in presenza di errori nella trasmissione della dichiarazione. Deriva che a causa della detta primazia la l. 40/2007 non incide sugli effetti della cancellazione del caso operata, giacché, anche in ipotesi di rinnovazione, per vizi della dichiarazione, le ipoteche dello Stato sono sempre assistite da un unico grado che non perdono mai nei confronti dei concorrenti, vale a dire il primo.

⁽⁷⁾ La rilevanza del fatto eventuale della comunicazione da parte del creditore ipotecario di un impedimento alla cancellazione dell'ipoteca, è messa in luce da C.M. BIANCA, *La cancellazione d'ufficio dell'ipoteca: profili sistematici*, in *Vita not.*, 2008, p. 625, quando afferma che: «L'eventualità di quella dichiarazione non implica che l'ipoteca sopravviva all'estinzione dell'obbligazione garantita e che l'estinzione dell'ipoteca dipenda dalla volontà del creditore. Piuttosto l'effetto della dichiarazione del creditore è indicato dalla successiva disposizio-

tile differenza di opinioni riguardo all'ostacolo, impropriamente svolto sullo spazio dei trenta giorni, visto, appunto, quale dilatazione volta a ritardare un effetto automatico, al quale, si collegherebbe la speranza da parte del debitore che il creditore non trasmetta la dichiarazione di permanenza dell'ipoteca ⁽⁸⁾.

Piuttosto che affidarsi all'anzidetta speranza, per argomentare una posizione così delicata, andando oltre al significato delle parole usate dal legislatore, che con l'automatismo anzidetto sottrae spazio all'intervento di professionisti, solitamente incaricati per attendere ad una tra le più formali (e costose) attività giuridiche di secondo grado ⁽⁹⁾, bisognerebbe vedere per

ne, la quale, in presenza della dichiarazione preclude la cancellazione d'ufficio dell'ipoteca (art. 13, comma 8-*decies* della l. 2 aprile 2007, n. 40)». Prendendo spunto da tale esatta posizione della dottrina si può aggiungere l'ovvietà del nostro ragionamento, giacché, cedendo la semplificazione legale della cancellazione automatica per il fatto della comunicazione impediente in termini della banca, si aprirà la scena al procedimento ordinario, che, come argomberemo meglio nel seguito dello scritto, si concentrerà nella verifica del giustificato motivo opposto dal creditore ipotecario alla cancellazione voluta dalla legge.

⁽⁸⁾ Tale rilievo si trova in G. PETRELLI, *Cancellazione di ipoteche a garanzia dei mutui nella l. 2 aprile 2007, n. 40*, in *Notariato*, 2007, p. 298, ove non viene posto nella giusta luce il fatto che la verifica dell'estinzione dell'obbligazione viene affidata, com'è intuitivo, al creditore ipotecario gestore dell'intero rapporto negoziale, che in conseguenza di ciò deve rilasciare quietanza al debitore. Proprio la quietanza costituisce la garanzia di esatto adempimento per il debitore che, in conseguenza di ciò, non deve sperare in altro che nella verità sottesa al documento liberatorio, essendo il termine dei trenta giorni dalla comunicazione al Conservatore dei registri immobiliari talmente breve che il creditore ipotecario, solo nel caso di errore, può rimetterla in discussione, impedendo la cancellazione automatica dell'ipoteca con tutti i suoi benefici per il debitore ipotecario.

⁽⁹⁾ Va detto che la l. 40/2007 elimina una serie di balzelli affidati all'intervento notarile stante che le dichiarazioni o comunicazioni che dir si voglia non debbono essere autenticate dal notaio, che per tale attività aveva diritto ad onorari e spese. Dal punto di vista squisitamente pratico, senza alcuna velleità di introdurre elementi alla discussione apertasi, tra i giuristi del notariato (cfr. A. CHIANALE, *Le nuove regole sulla cancellazione dell'ipoteca per i mutui bancari (l. 2 aprile 2007, n. 40)*, in *Riv. dir. civ.*, 2007, II, p. 487; ID., *La procedura di c.d. cancellazione semplificata delle ipoteche*, in *Il contributo del notariato per l'attuazione della semplificazione in tema di mutui ipotecari. Quaderni della fondazione italiana per il notariato*, 2008, p. 10 ss.; A.M. TRIMARCHI, *Il nuovo procedimento tra automatismo e formalismo ed il contributo del Notariato per l'applicazione dell'istituto in caso di vendita contestuale*, *ivi*, p. 55 ss.; M. CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis (d.l. 31 gennaio 2007, n. 7)*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2008, p. 259; C. CALDERONE, *Il procedimento di «cancellazione» delle ipoteche estinte a se-*

quale ragione la legge ha adottato il principio del giustificato motivo per l'opposizione alla cancellazione automatica, essendo l'estinzione del debito un fatto governato da entrambe le parti del rapporto negoziale, fondato sulla constatazione dell'avvenuto pagamento.

Essa non potrà avvenire immediatamente, come vorrebbe la dottrina, nel caso in cui il creditore istituzionale con le formalità dovute comunichi all'Agenzia del Territorio di un qualche impedimento alla procedura semplificata, ed il motivo addotto deve essere giustificato nel rapporto sottostante all'iscrizione medesima.

La giustificazione del motivo impediente risulta, pertanto, essenziale nella semplificazione della procedura di cancellazione, tale che bisognerebbe verificare il caso in cui esso sia del tutto infondato ed assunto solo per evitare l'effetto automatico voluto dalla legge, nella egoistica previsione da parte dell'istituto di credito di una sempre potenziale reviviscenza del rapporto.

In tali casi l'analisi della procedura civile non è da considerare un vacuo esercizio, quando è rapportata alla enucleazione della tutela giudiziaria che si trae dalla legge, giacché l'interruzione della procedura di cancellazione automatica dell'ipoteca, tramite una defatigatoria controdiplomazia di permanenza o la sua mancata attivazione, quali diritti quesiti del debitore affidato alla confluenza dei presupposti del pagamento-estinzione dell'obbligazione e quietanza, innesca evidenti tutele giudiziali in favore del debitore. E sì, perché manca nella norma in esame una sanzione a carico della banca o altro istituto considerato nella norma, che ritardi od ometta l'attività in essa prevista, in presenza dei requisiti che ne prevedono l'attivazione automatica senza la partecipazione del debitore ipotecario, per quanto concerne, in particolare, i

guito di regolare adempimento del mutuo nella l. n. 40/2007, in *Notariato*, 2008, p. 104) va detto che nonostante estinta l'obbligazione sottesa al mutuo si assisteva ad impressionanti ritardi di annotazione della cancellazione, sul *totem* del registro cartaceo, sì che, seppure cartolarmente l'ipoteca continuava ad esistere, costringendo il debitore ipotecario adempiente, là dove necessitato da un nuovo affare, ad esibire l'atto di assenso alla cancellazione, ovvero l'ordine di cancellazione del giudice al fine di dimostrarne l'insussistenza. Indi, doveva rivolgersi ad un notaio, per procedere materialmente alla cancellazione con un ingiustificato aggravio di costi, sperando che nel frattempo il nuovo acquirente non prendesse spunti da tale ritardo di certificazione dell'estinzione dell'ipoteca per pentirsi dell'affare in corso.

mutui estinti col pagamento dell'ultima rata avvenuto dopo il 3 aprile 2007. Per le estinzioni precedenti la data anzidetta è previsto un solo onere a carico del debitore ipotecario, vale a dire quello di attivare il procedimento automatico con lettera raccomandata e ricevuta di ritorno, il cui contenuto è volto a richiedere al mutuante la quietanza di avvenuto pagamento del mutuo e quindi la certificazione della sua estinzione. Entro trenta giorni dalla data di ricezione della predetta nota l'istituto deve concludere, con il concorso della Conservatoria dei rr.ii., la procedura automatica di cancellazione dell'ipoteca collegata al mutuo. già da lungo tempo, cartolarmente estinta.

Consegue, che se il termine dei trenta giorni, decorrente dall'estinzione dell'obbligazione di pagamento del mutuo, è da considerare perentorio per la eventuale controdi chiarazione di permanenza dell'ipoteca, esso vale anche per il caso in cui la banca lo lasci decorrere, senza l'ottemperanza agli obblighi di comunicazione di estinzione al Conservatore, sì che si annienta, per colpa della medesima, la procedura automatica favorevole al debitore ipotecario, con la reviviscenza di quella ordinaria, ove rilevano le spese di cancellazione e l'intervento del notaio. Da qui, in assenza di sanzioni previste *ex lege* a carico del creditore ipotecario, il giudice, sulla domanda del debitore obbligato, per fatto e colpa dell'istituto, all'alternativa ordinaria di cancellazione avrà il compito di individuarle ripristinando la *ratio* principale della legge.

2. — *Perentorietà del termine e decadenza. La rinnovazione dell'ipoteca ex art. 2881 c.c.*

Il ricorso al giudice, risulta, del caso, necessitato dalla contestazione del creditore ipotecario volta a mantenere l'ipoteca, il quale avrà l'onere, non prima di averla esercitata in termini, di dimostrare che il motivo volto a sbarare il procedimento di cancellazione automatica è fondato su fatti urgenti, concreti ed attuali.

Essi sono ben difficili, a nostro avviso, da individuare con riferimento alla correlazione delle già esaurite fasi della scadenza dell'obbligazione, dell'avvenuto pagamento e della quietanza, quale atto dovuto del creditore

ipotecario, sì che sembrerebbe permanere l'eventuale ipotesi dell'errore da cui può essere inficiata la dichiarazione liberatoria del vincolo pregiudizievole.

Sulla base dell'analisi anzidetta è stato di recente affermato in giurisprudenza⁽¹⁰⁾ che il termine di trenta giorni, *ex art. 13 commi 8-novies e decies* della l. 40/2007, necessario per la comunicazione dell'impedimento alla cancellazione automatica è da annoverare tra quelli perentori, non fosse altro che per l'imperativo categorico del «deve» rivolto al creditore ipotecario nella legge di disciplina del procedimento. Sì che una volta decorso, la tardività della comunicazione impediente alla cancellazione automatica comporta la decadenza del creditore di usufruire dei benefici che invece derivano, per le sue ragioni di credito, in concorso con altri creditori del medesimo debitore, dalla permanenza dell'originario privilegio rispetto alle concorrenti procedure di esecuzione sul bene che ne costituisce l'oggetto.

Dalla legge conseguono, quindi, almeno tre effetti collegati alla mancata comunicazione di permanenza dell'ipoteca *ex art. 13, comma 8-sexies e ss.* della l. 2 aprile 2007, n. 40 che gradatamente rispondono: 1) alla rilevanza del termine perentorio ivi considerato; 2) alla sanzione in cui incorre per colpa il creditore ipotecario, per l'ipotesi di tardività della comunicazione, di non poter più godere delle permanenze ipotecarie, dovendo ricorrere, se vi ha interesse, al rimedio della sua rinnovazione *ex art. 2881 c.c.*; 3) alla tutela dell'affidamento incolpevole dei terzi alle risultanze del nuovo Registro telematico. Del resto, il consentire alla banca un rientro nel grado originario, nonostante l'errore della dichiarazione di estinzione di ipoteca, laddove avvenga fuori termine, potrebbe indirettamente violare il principio della *par condicio creditorum*, classica delle procedure concorsuali, quando sullo stesso bene vi siano azioni esecutive in corso di svolgimento.

Qui giunti è ormai chiaro che la nuova legge introduce in favore del debitore ipotecario, prima inciso dai costi e dalle burocrazie della cancellazione di ipoteca sul bene acquistato a mutuo, un grande ed esemplare beneficio che di solito si attribuisce a soggetti meritevoli di un particolare attenzione sociale, i quali nella loro configurazione soggettiva, rispetto ai termini voluti

⁽¹⁰⁾ Cfr. Trib. Roma (ord.), 25 febbraio 2010, non pubblicata.

dalla *class action* configurerebbero proprio una classe, potenzialmente legittimata all'azione *ex art. 140-bis*, portatrice di diritti identici nei confronti di un medesimo istituto di credito.

Tanto ciò è vero che non ottengono lo stesso beneficio tutte quelle ipotesi di cancellazione derivanti da ipoteche a garanzia di aperture di credito in conto corrente, legali o giudiziali, restrizioni o riduzioni, le quali, data la eterogeneità della loro provenienza negoziale, rimangono affidate ai criteri tradizionali disciplinati dall'art. 2882 c.c. con l'intervento del notaio previo atto di assenso del creditore ipotecario.

3. — *Alcune osservazioni sull'alternativa delle procedure di cancellazione delle ipoteche e l'ipotesi dell'obbligazione imperfetta.*

Ora, una volta prefiguratasi l'attenzione del legislatore principalmente per il favore espresso nei confronti del debitore ipotecario consumatore e/o utente di servizi bancari, l'alternativa con la cancellazione ordinaria, vanificherebbe l'effetto principale della l. 40/2007 per la quale il fine è quello di procurare al *subjecto* precisi benefici in termini di semplificazione e risparmio di somme incidenti sul bilancio della famiglia, una volta uscita fuori dal viatico, spesso ventennale, dei pagamenti rateali del mutuo ipotecario per l'acquisto della casa d'abitazione.

Quindi, per le ragioni anzidette, l'ipotesi di una neutrale alternativa tra cancellazione automatica ed ordinaria, non è pienamente condivisibile, stante che essa procura la dismissione degli effetti benefici che la legge intende realizzare per la parte debole del rapporto, traslando l'obbligo a carico del creditore ipotecario qualificato, che potrebbe rientrare, senza voler qui assumere velleità classificatorie, in quello generale della correttezza⁽¹¹⁾, specie dopo il richiamo della l. 40/2007.

Ed infatti, per i mutui il cui pagamento si è estinto dopo il 3 aprile del

⁽¹¹⁾ Cfr. Cass., 18 settembre 2009, n. 20106, in *Giur. it.*, 2010, con nota di F. SCAGLIONE, *Abuso di potere contrattuale e dipendenza economica*, p. 560 ss., in tema di buona fede e correttezza contrattuale.

2007, l'effetto automatico della cancellazione dell'ipoteca è sicuro per iniziativa del creditore ipotecario, mentre per quelli estinti in precedenza, l'unico atto a cura del debitore ipotecario è quello della notifica di una richiesta, nelle forme della raccomandata con ricevuta di ritorno, volta ad ottenere la liberatoria della quietanza, dalla cui data di ricezione decorre il termine di trenta giorni a che il creditore ipotecario attivi, obbligatoriamente, la procedura automatica di cancellazione dell'ipoteca sicuramente foriera di risparmi ed esemplificazioni per il debitore.

Certo, l'istituto di credito può anche non fare nulla di quanto la l. 40/2007 preveda a suo carico, non avendo il legislatore previsto sanzioni specifiche volte a colpire il detto evasivo comportamento; ciò ovviamente non esclude che il debitore, decorsi i termini perentori ivi considerati e perdurando l'inattività dell'istituto, non possa ottenere, rivolgendosi al giudice, gli stessi effetti previsti dalla legge ordinaria per la cancellazione dell'ipoteca, con spese e danni a carico del creditore ipotecario obbligato ed inadempiente.

L'intervento del giudice è in tali casi dovuto, in quanto idoneo a realizzare il collegamento dell'obbligo legale con la sanzione necessaria a punire l'omissione del trasgressore, esattamente onerato ed individuato dalla legge, sì che, diversamente opinando, la deriva peggiore cui si giungerebbe è quella dell'obbligazione imperfetta, viepiù aggravata dal fatto che il beneficiario di una tale improvvida costruzione sarebbe il contraente forte, spesso gradito al legislatore per il presunto ruolo di sostegno che svolge nell'ambito dell'economia nazionale.

Ed infatti, se si vede nella procedura di cancellazione introdotta dall'art. 13, comma 8-*decies* della l. 40/2007 un fattispecie amministrativa volta a realizzare gli effetti dell'art. 2878, n. 3 c.c., e quindi l'involontarietà degli automatismi della cancellazione correlata ai criteri di legge, essa, a maggior ragione concretizza un atto dovuto per il creditore ipotecario che non procedendo in termini, sa bene che la conseguenza della sua inoperosità lo espone ai danni ed alle spese di cancellazione ordinaria⁽¹²⁾.

⁽¹²⁾ Per il profilo anzidetto, sia Trib. Bologna, 10 dicembre 2009, che Trib. Roma, 4 giugno 2009, con riferimento alla domanda proposta dal notaio nei confronti del conservatore, volta ad acconsentire la cancellazione ordinaria ex art. 2882 c.c., pur in presenza di quella già

4. — *L'azione collettiva in tema di cancellazione automatica dell'ipoteca. Rilievi critici sul procedimento della class action.*

Il passaggio che precede non è di poco momento, stante che escludendosi la qualificazione di contraente collegata all'esaurito negozio di mutuo, da cui deriva la detta cancellazione automatica e rimanendo al procedimento secondario non negoziale della cancellazione di ipoteca, si aprono considerevoli spazi attuativi di una tutela collettiva in favore di soggetti identicamente incisi dall'omissione della banca, tramite *class action* secondo quanto prevede la l. 23 luglio 2009, n. 99, che introduce una particolare formulazione dell'art. 140-*bis* del Codice del consumo.

La dottrina maggiore del diritto civile affermava che la teorizzazione è spesso un vizio e non una virtù, specie allora che di grandi teorici completamente dedicati alla fase di formazione del nostro sistema ce ne erano di altissimo livello, nei confronti dei quali la gratitudine dei giuristi contemporanei non sarà mai sufficiente a ripagare gli immani sacrifici di cui si sono resi autori con le loro Opere⁽¹³⁾. Di contro, i moderni, salvo poche autorevoli eccezioni, cui spetta il più modesto compito, per quanto qui rileva, di trovare nella legge le giustificazioni attuative di una possibile tutela dei consumatori, sembrano, invece, rivolti, tramite la comparazione con gli ordinamenti stranieri, dove le tecniche della tutela collettiva sono ormai ben sperimentate, ad indicare sol-

ottenuta dall'utente bancario per effetto della nuova legge, ripetono un vecchio postulato che distingue l'atto giuridico di assenso alla cancellazione dal fatto estintivo tramite pagamento, ritenuto inutile, *quoad effectum*, ed a buon titolo. dal Conservatore ivi citato. Infatti, una lettura pratica dei provvedimenti in esame induce, per altro verso, a ritenere presente nell'analisi dei giudici, l'intento di conservare un procedimento oneroso per atto notarile, reso del tutto superfluo dall'effetto principale della legge, che il notaio medesimo non può più consigliare all'utente bancario qualificato, specie quando la banca ha già operato la cancellazione automatica nei termini di legge. Per i profili di indagine genericamente accolti dai Tribunali in commento, conviene rimandare alla rassicurante lettura della densa pagina di R. SACCO (con la collaborazione di P. CISIANO), *Il fatto, l'atto, il negozio*, in *Tratt. dir. civ.* diretto da Sacco, Torino, 2005, p. 7 ss.

⁽¹³⁾ Per tutti, F. CARNELUTTI, *Teoria generale del diritto*, Roma, 1951, p. 3, il quale mirabilmente osserva che «[...] una teoria generale è sempre meno generale di quello che dovrebbe essere; ossia che un vera teoria generale è, purtroppo, piuttosto un'aspirazione che una realtà».

tanto limiti e difetti nella legge esprimendo commenti negativi con un uso improprio di etichette anglofile tratte dal diritto consuetudinario americano.

Su tale mozione il De Nova, in un recente convegno⁽¹⁴⁾, relazionando intorno al tema dell'azione di classe correlata alla responsabilità del produttore ha – con il consueto acume, non prima di aver analizzato tutta la giurisprudenza già esistente in Italia sul tema della responsabilità del produttore, e verificato lo scempio in corso di alcune azioni collettive proposte ai Tribunali – invitato gli operatori del diritto *quisque pro suo*, a trovare nelle pieghe della legge, che non brilla certo per precisione, delle serie possibilità attuative, poiché essa vive nel nostro ordinamento e cancellarla, come molti scontenti vorrebbero, con un colpo di gomma, è operazione infantile ed in effetti impossibile. Poi ha aggiunto, con argomenti convincenti, che in ultima analisi, la funzione della norma, oltre l'empirica tutela ivi espressa, è quella di procurare una deterrenza nei confronti dei produttori forti, senza enfatizzare i danni, che generalmente si liquidano secondo equità col parametro del 1226 c.c. e le restituzioni in favore della classe di consumatori incisi dal prodotto difettoso, nelle varie tipologie subite dai medesimi, tutte ben distinte ed argomentate.

Tale digressione si collega perfettamente con l'osservazione del Palazzo, che vedendo nella norma una limitazione della domanda alla sola responsabilità extracontrattuale del produttore ha fatto rilevare la necessità del cumulo con quella contrattuale, siccome ammissibile e conducente, nel suo complesso, ad una piena tutela del *subjecto*, inserito nella classe agente.

I rilievi del De Nova, ben integrati dalla posizione dianzi riportata, sono estremamente corretti, solo se si riflette al fatto che il deterrente naturalmen-

⁽¹⁴⁾ Si tratta del convegno organizzato dall'Associazione «Nicolò Cinquemani Arcuri. Istituto di alta formazione giuridica e politica», celebratosi in Agrigento sotto le date del 12 e 13 giugno 2010, ove si è tentata una prima lettura della *Class action*. Il problema, riguardo una possibile azione collettiva nei confronti degli istituti di credito, è sorto dal recente pronunciamento del Tribunale di Torino del 4 giugno 2010 che ha dichiarato inammissibile la domanda sottesa alla *class action* proposta da un avvocato supportato dal Codacons che in relazione ad un suo conto corrente affidato chiedeva la ripetizione della commissione di massimo scoperto, abolita dalla legge, per come sostituita da altri prelievi in conto di spese e servizi forniti al cliente dalla banca. Stessa sorte subirà, per coerenza di giudicati, l'altro procedimento di eguale natura proposto dal Codacons dinanzi al Tribunale di Roma.

te offerto dall'azione prevista nella norma, costituisce di fatto una potenziale inibitoria *a contrariis*, considerato che gli altri produttori di beni simili a quelli censurati, dovranno adeguarsi ai migliori criteri di sicurezza dei prodotti che offrono al mercato, sotto la spada di Damocle di una possibile azione collettiva nei loro confronti.

Ora, senza voler vestire i panni del censore, nonostante l'impegno volto a trovare un impiego utile della *class action*, adattabile al nostro diritto, non può sottacersi il fatto che, sul piano procedurale, le incongruenze dell'art. 140-*bis*, commi 6 e 7, sono tante ed evidenti, tali da costituire, per occhi attenti, la semplice apparenza di una domanda in forma collettiva per la cui attivazione bisogna sforzarsi molto al fine di trovare l'oggetto del diritto azionabile.

Tutto ciò per evitare il tragico giudizio preliminare di ammissibilità della domanda⁽¹⁵⁾ che il Tribunale competente per territorio, cui va rivolta, definisce con ordinanza, senza che il legislatore abbia riposto attenzione al fatto che il giudizio viene introdotto con citazione. È noto, per altro verso, che le poche ordinanze decisorie esistenti nel nostro ordinamento, e quindi eccezionali rispetto alla sentenza soggetta a gravame, provengono da giudizi di esecuzione, sommari di cognizione *ex art. 702-bis c.p.c.*, di istruzione preventiva *ex art. 696 c.p.c.*, etc. spesso introdotti con ricorso. Comunque sia, tale ordinanza – dimenticandosi il fatto che le ipotesi preliminari al giudizio, quali l'inammissibilità, l'improcedibilità e la improponibilità si definiscono con sentenza, col fine di formare almeno un giudicato interno – è reclamabile in termini brevi dinanzi alla Corte d'Appello territorialmente competente, la quale si pronuncerà sulla fondatezza del reclamo, sempre con ordinanza⁽¹⁶⁾. Il contenuto di tale ultimo provvedimento «decisorio», è veramente

⁽¹⁵⁾ L'unica ipotesi che si conosce con riferimento alla delibazione preliminare della domanda è quella che vede coinvolto nell'azione risarcitoria un magistrato, *ex l. 117/1988*, il quale trova giustificazione e base logica nella oggettiva peculiarità della materia, rispondendo a una precisa scelta di politica legislativa volta a tutelare l'indipendenza e l'autonomia della funzione giurisdizionale (artt. 101 ss. Cost.), senza con ciò accordare privilegi al magistrato o ledere il principio di eguaglianza, stante che per i danni dal medesimo prodotti al cittadino risponde lo Stato, così ripristinandosi il contenuto immediatamente precettivo del novellato art. 111 Cost., cfr. Cass., 4 maggio 2005, n. 9288, in *Mass. Giur. it.*, 2005.

⁽¹⁶⁾ Risulta almeno strano che il legislatore abbia scelto la forma dell'ordinanza per de-

bizzarro, considerato che ipotizza, un apparente giudicato con caratteri condannatori, giusto che con esso si liquidano le spese di soccombenza della classe e quelle di pubblicità negativa dell'esito giudiziale.

Tale provvedimento, a nostro avviso, non sembra ricorribile per Cassazione, in considerazione dell'assenza dei caratteri necessari ad attivare il correlato giudizio di legittimità, poiché non si conoscono, nel nostro ordinamento, ordinanze di tal fatta, sì che i profili di incostituzionalità della norma in questione sono assai evidenti, almeno per quelli relativi al combinato degli artt. 3, 24 e 111 Cost.

Quanto poi al giudizio preliminare di ammissibilità della domanda, previsto dall'art. 140-*bis* al comma 6, quand'anche si volesse vedere in esso una fase di delibazione dell'azione, pare appalesarsi in aperto contrasto con gli ultimi arresti della Corte costituzionale, non ultimo e per tutti (Corte cost. n. 50/2006), quello volto a cancellare dal nostro ordinamento il procedimento previsto dall'art. 274 c.c., che nella sua vecchia formulazione prevedeva un giudizio preliminare di delibazione dell'azione di accertamento della paternità o della maternità naturale, che con decreto ne verificava l'ammissibilità⁽¹⁷⁾.

finire l'inammissibilità della domanda sottesa alla *class action*, che conclude i relativi giudizi nel doppio grado del Tribunale collegiale e della Corte d'Appello, contenente statuizioni classiche della sentenza. Nonostante la incomprendibilità della scelta la S.C., di fronte alla proliferazione di ordinanze con caratteri decisori, si è resa autrice di un importante arresto, affermando che: «Al fine di stabilire se un determinato provvedimento abbia carattere di sentenza o di ordinanza e sia, pertanto, soggetto o meno ai mezzi di impugnazione previsti per le sentenze, è necessario avere riguardo agli effetti giuridici che esso è destinato a produrre; ne consegue che deve essere definito come sentenza il provvedimento con il quale il giudice definisce la controversia soggetta al suo giudizio, sia sotto il profilo sostanziale, sia sotto il profilo processuale; mentre non è definibile come sentenza il provvedimento adottato in ordine all'ulteriore corso del giudizio, anche se con esso siano state decise questioni di merito o di procedura, essendo tali questioni soggette al successivo riesame in sede decisoria»: cfr. Cass., 19 dicembre 2006, n. 27143, in *Mass. Giur. it.*, 2006. Nonostante il chiaro arresto qui evocato, permane il dubbio se l'ordinanza di che trattasi possa decidere definitivamente la questione dell'inammissibilità della domanda di *class action* introdotta con citazione.

⁽¹⁷⁾ Per tali profili sia consentito rinviare alla recente indagine di A. PALAZZO, *La filiazione*, in *Tratt. dir. civ. e comm.* diretto da Cicu, Messineo, Schlesinger e Mengoni, Milano, 2007, p. 478 ss.

5. — *Analisi del giustificato motivo della controdiagnosi di permanenza dell'ipoteca da parte del creditore ipotecario. Rimedi processuali del consumatore debitore ipotecario.*

I dubbi lasciati sul campo dell'indagine dalla dottrina che sostiene la concentrazione di una serie di attività all'interno del termine indicato in chiaro dalla legge, stanno nel fatto che ad esso poca considerazione viene data riguardo l'effetto estintivo finale correlato alla cancellazione automatica, volendosi percorrere, senza necessarie ragioni, una serie di argomenti collegati al sistema generale delle ipoteche, quali la perenzione, la cancellazione dell'iscrizione e l'efficacia della pubblicità derivate dal nuovo procedimento, essendo, di contro, sicuro il fatto che quando il legislatore semplifica e tutela gli affari del cittadino contro i potentati della finanza di certo non sbaglia.

E qui duole dirlo, si è fatto del particolarismo giuridico⁽¹⁸⁾ la ragione del dissenso, dimenticandosi che la legge, pur con tutte le sue imperfezioni sintattiche, si è soltanto limitata ad introdurre nel complesso tema della cancellazione delle ipoteche, niente altro che un procedimento con finalità estintive del pregiudizio ipotecario, giustamente cadenzato dall'inferenza del termine breve ivi indicato, con l'intento da una parte di semplificare e dall'altra di consentire un risparmio economico e fiscale all'utente bancario qualificato⁽¹⁹⁾.

⁽¹⁸⁾ Sulla pericolosità dei particolarismi giuridici, sia consentito rinviare alle chiare pagine di G. OPPO, *Sintesi di un percorso (incompiuto) del diritto italiano*, in *Riv. dir. civ.*, 2008, p. 7, che fa rilevare, il pensiero di A. PALAZZO, *L'interpretazione della legge alle soglie del XXI secolo*, Napoli, 2001, p. 501, quando afferma che la transizione attuale dell'ordine dei valori che conduce, secondo la critica irtiana, verso il nichilismo, deve salvarci dal «caos dei particolarismi giuridici».

⁽¹⁹⁾ Introdurre il debitore ipotecario che attende i benefici della l. 40/2007, nella fascia dei consumatori, titolari delle tutele giudiziarie introdotte dal Codice del consumo, è operazione difficile da realizzare con la sola purezza del movente di semplificazione e risparmio sposato dal legislatore per la cancellazione automatica delle ipoteche qui trattate, stante che, il debitore ipotecario proveniente dal contratto di mutuo concluso con la banca sembra essere parte di un negozio non specificamente contemplato dalle norme riformiste in materia di consumo. Potrebbe essere di ausilio il fatto che il procedimento di cancellazione delle

L'ultima considerazione non è di poco momento giacché, quando non si tratti di un imprenditore per definizione professionista ⁽²⁰⁾, e si è in presenza di un soggetto che col mutuo ha acquistato una casa d'abitazione, parrebbe applicabile, nel caso di contestazioni, omissioni o ritardi del diritto di attivazione della speciale procedura di cancellazione dell'ipoteca, la disciplina di favore prevista dalla legge per il consumatore nella qualità di utente bancario inciso, che sembra significativamente collegata a quella qui in esame ⁽²¹⁾.

Un giudice sensibile e studioso del diritto civile non mancherà di rilevare, a margine del *favor legis* espresso dalla norma in questione per una particolare classe di utenti bancari, che il procedimento di cancellazione qui divisato, meglio si accomoda nella fattispecie amministrativa del tutto sciolta dal contratto che vi dà corso, giacché col pagamento dell'ultima rata del mutuo l'effetto estintivo dell'ipoteca si è già raggiunto in termini contrattuali, *ex art.* 2878, n. 3 c.c., aprendosi la via della detta cancellazione, ove non rilevano né fatti od atti volontari, correlati al negozio originario di mutuo.

Su tale ultimo abbrivo, la norma, dopo la sua attivazione si è addirittura

ipoteche trattate dalla legge in esame si riferisce principalmente ad una specifica categoria di soggetti, vale a dire coloro che acquistano a mutuo una casa d'abitazione, rimodulando in loro favore un procedimento secondario determinato dalla gratuità e dall'assenza di formalità, volto al completamento dell'effetto estintivo sotteso alla cancellazione.

⁽²⁰⁾ Neanche sembra colpire nel segno M. CEOLIN, *La c.d. portabilità dei mutui e la cancellazione semplificata delle ipoteche nel decreto Bersani bis*, cit., p. 278, quando vede nei meccanismi della legge sulla cancellazione automatica delle ipoteche, dopo aver trattato del problema della portabilità dei mutui, un impulso alla circolazione degli immobili volto a favorire l'impresa e la certezza dei traffici, trovando in ciò argomenti per rinforzare l'efficacia dell'iscrizione. Si dimentica, così argomentando che il sistema della legge sulla cancellazione automatica delle ipoteche intende favorire la categoria dei consumatori incisi dal comportamento degli istituti di credito, conferendosi certezza e semplificazione formale ed economica alla procedura, di cui godono, anche gli imprenditori che, da se soli, non avrebbero consentito una così estesa riforma.

⁽²¹⁾ Continuando la refrattarietà delle banche all'attivazione automatica della tutela volta alla cancellazione delle ipoteche derivanti dai mutui per l'acquisto delle abitazioni, da parte di loro clienti, e potendoli inquadrare in una categoria conforme alla tutela del consumo, potrebbero costruirsi, a buon titolo delle *Class actions*, con la riforma, ormai attivata dalla l. 23 luglio 2009, n. 99 dell'art. 140-*bis* del Codice del consumo.

migliorata, consentendo pure la cancellazione automatica, delle ipoteche prese dalla banca con l'eccezionale procedura del frazionamento di esse⁽²²⁾, attraverso il d.l. 248/2007, meglio conosciuto con la menzione di decreto mille proroghe (convertito con la l. 27 febbraio 2008) confermandola, sia con la Circolare della Direzione dell'agenzia del territorio, del 29 gennaio 2008 in G.U., 1 febbraio 2008, che con l'art. 2, comma 450 della Legge Finanziaria 2008, esaurendo, con estrema completezza, il carico della integrazioni alla l. 2 aprile 2007, n. 40. Il tragitto della legge in analisi ha, addirittura, trovato conferma nel progetto di riforma del T.U. in materia bancaria e creditizia che con l'art. 40-*bis* consente la cancellazione automatica di ogni tipologia ipotecaria correlata ai muti, comprese, quindi, quelle frazionate, anche ai sensi del d.lgs. 20 giugno 2005, n. 122, ancorché annotate su titoli cambiari.

Certo, non sarà sfuggito che la normativa in questione lasciava fuori dal suo obiettivo di semplificazione la maggior parte dei casi, viceversa, meritevoli di attenzione, vale a dire quelli in cui l'acquisto dell'immobile avveniva tramite costruttore e si doveva procedere al frazionamento del mutuo originario e della correlata ipoteca per i singoli appartamenti⁽²³⁾.

⁽²²⁾ Ricordiamo più a noi stessi, che il principio della indivisibilità dell'ipoteca viene fortemente attenuato dal suo frazionamento, nei casi in cui, per obiettive ragioni pratiche, l'ipoteca presa sull'intero dell'immobile edificando viene di poi frazionata nei confronti dei singoli acquirenti degli appartamenti acquistati col mutuo. La rimodulazione del d.P.R. 21 gennaio 1976, n. 7, nato con ben altre finalità, si è estesa, ormai con pratica costante al sistema degli acquisti condominiali da costruttore edile, tramite le norme successive costituite dal d.lgs 1° settembre 1993, n. 385 ed in particolare, con il suo art. 161 che riconosce il diritto al frazionamento del mutuo e della correlata ipoteca anche in favore del terzo acquirente del bene che ne costituiva l'oggetto. Nessuna voce di dissenso si è levata, per tali operazioni, da parte della dottrina del notariato, nonostante la morte del dogma della indivisibilità della ipoteca, visto che il notaio originariamente incaricato della stipula del mutuo curava anche il frazionamento dell'ipoteca e di poi la relativa cancellazione con evidente concentrazione di un intervento professionale che, oggi, quanto all'ultima parte dell'attività notarile viene definitivamente escluso dalla legge in commento.

⁽²³⁾ È noto, che il frazionamento del mutuo fondiario costituisce un atto unilaterale di rinuncia alla indivisibilità dell'ipoteca, che avendo carattere dichiarativo non costituisce nuove obbligazioni a carico del terzo che non vi ha preso parte ed in quanto tale al medesimo non opponibile. L'unico obbligo di tal ultimo acquirente nei confronti del mutuante resta, pertanto, circoscritto ai termini dell'accollo, sì che il condivisibile ragionamento del

L'analisi della realtà giornaliera non è certo edificante, giacché, salvo sporadiche eccezioni, gli istituti obbligati dalla l. 40/2007, ed in particolare le banche, omettono di attivare la procedura di cancellazione delle ipoteche, mercè gli automatismi ed i tempi voluti dal legislatore, con la grave conseguenza che il debitore ipotecario adempiente è costretto a diffidare l'obbligato rivolgendosi ad un legale, sperando che il suo intervento stragiudiziale produca l'effetto automatico già divisato nella l. 40/2007.

Ciò vanifica, in buona sostanza, il fine stesso della legge che in ultima analisi è quello di abbattere i costi della cancellazione con l'annunciata semplificazione, sostituendosi, nell'inerzia della banca, l'avvocato al notaio, che dovrà costituirlo in mora ed in caso di reiterato inadempimento citarla in giudizio.

L'esito di una tale intrapresa giudiziale è del tutto scontato giacché, ogni tutela bancaria volta ad ottenere la permanenza dell'ipoteca è concentrata nella vigenza del termine dei trenta giorni considerato dalla legge, sì che, una volta decorso e verificatasi la decadenza dall'eccezione di permanenza della ipoteca in senso proprio, dovrà essere condannata alle spese del procedimento ordinario di cancellazione, ai danni cagionati all'utente, anche per il caso di perdita di *chance* nell'affare in corso di trattativa, unitamente alla eventuale resistenza temeraria, una volta dimostrata la regolarità della fase preparatoria della cancellazione automatica nei detti presupposti dell'estinzione dell'obbligazione garantita da ipoteca e della correlata quietanza.

L'atteggiamento refrattario dell'obbligato alla dichiarazione di estinzione dell'ipoteca altro non è che foriero di possibili contenziosi coltivati dal singolo, del caso inciso dal ritardo della banca e ciò che è ancor più grave dall'omissione di attivazione del rimedio legale, colla grave conseguenza

giudice, rispetto a certe pratiche bancarie in aperta violazione del principio di buona fede contrattuale, è giunto a ritenere illegittimo l'atto di suddivisione che non teneva in conto le quote di accollo stipulate dal mutuatario con in terzi acquirenti tramite un ingiustificato aumento del suo ammontare; cfr. Cass., 20 marzo 2008, n. 7453, in *CED Cassazione*, 2008; Id., 11 gennaio 2006, n. 264, in *Corr. giur.*, 2007, p. 385, con nota di M. V. MORELLI; Id., 12 febbraio 2003, n. 2073, in *Notariato*, 2003, p. 344.

di intasare i Tribunali e provocare ulteriori guasti al sistema della giustizia italiana già di per se alquanto sofferente. Ecco perché la *class action* impiantata sul tema in questione si appalesa utile e conducente alla tutela collettiva in un'unica soluzione, non solo per l'attivazione dell'obbligo legale con i rimedi che poi il Tribunale vorrà adottare in sede risarcitoria e/o restitutoria delle spese di cancellazione ordinaria, bensì in quanto realizzerebbe quella funzione di deterrenza sottesa alla novella azione mirabilmente divisata dal De Nova, con la sua relazione in tema di responsabilità del produttore, offerta al citato Convegno Agrigentino sulla *class action*.

Ora, quando gli istituti di credito non gradiscono la legge si assiste alle dette inespresse resistenze alla sua corretta applicazione, probabilmente organizzate al fine di convincere un futuribile legislatore a migliorare, per il suo favore, una norma che costringe viceversa le banche ad operazioni dovute ed in qualche modo incidenti sul loro apparato organizzativo in relazione ai costi aggiuntivi di esercizio della procedura automatica divisata nella l. n. 40/2007⁽²⁴⁾, di fatto tutelandosi, mantenendo il grado della iscrizione ipotecaria, in caso di reviviscenza del credito di cui si presuma già avvenuta l'estinzione, nei confronti di altri aventi causa del debitore ipotecario in sede di esecuzione sul bene immobile oggetto del mutuo.

⁽²⁴⁾ Basti qui considerare la parabola discendente delle tutele costruite dalla giurisprudenza (per prima Cass., Sez. un., 4 novembre 2004, n. 21095) in favore dell'utente di conti correnti di corrispondenza in tema di anatocismo bancario sulla semplice e corretta osservazione dell'art. 1283 c.c., e del sistema degli usi, cui è seguito un contrasto da parte del legislatore che ha fatto di tutto affinché queste si attenuassero a poco a poco fino a morire completamente (cfr. le interpretazioni di Corte cost., nn. 341/2007 e 354/2008), per consentire alla banca la stessa pratica sotto le mentite spoglie della capitalizzazione trimestrale congiunta, sia dal lato attivo (0,50%) che dal lato passivo del conto (abbondantemente oltre il 12%), considerato che i conti correnti degli imprenditori non presentano mai un'esposizione attiva.

ANDREA SASSI^(*)

CLASS ACTION AND CONSUMERS' PROTECTION IN THE ITALIAN LEGAL SYSTEM

SUMMARY: 1. Introduction. — 2. Scope of application. — 3. Standing. — 4. Admissibility of the claim. — 5. The opt-in mechanism. — 6. Compensation for damages of art. 140-*bis* of the Consumer Code in the light of the *Cassazione's* sentence, 11th November 2008, no. 26972. — 7. *Tribunale di Torino*, ord. of 27th May 2010 and *Tribunale di Roma*, ord. of 15th April 2011. First verdicts regarding «class action remedy» in the Italian Legal system. Reflexions

1. — *Introduction.*

Within the Italian legal system, all dispositions coming from the European Union legislation regarding consumer's protection have been collected into an Act called “*Codice del Consumo*” (Consumer Code). The Legislative Decree of 6th September 2005, no. 206 came into force on 23rd October 2005. It coordinates all existing consumer's protection provisions under the Italian legal system.

«The Consumers' Code is a fundamental reference law covering the protection of consumers' and users' rights. The need to collect all consumer protection legislation into a Consolidated Act could not be delayed any further, in view of the stratification of law and the experience of other European Union member states. For the first time, this Code gives consumer rights their own importance in legislation, and it is based upon theories about the purchase process. The Code brings together, coordinates, and simplifies current enacted law as it regards consumers, citizens aware of their rights and duties.»⁽¹⁾

^(*) Full Professor of Private Law, Faculty of Law, University of Perugia; Coordinator of Doctorate Course “Knowledge-based Society and legal discipline of the common market: interdisciplinary aspects of the European and international Integration”.

⁽¹⁾ Legislative Decree n. 206, dated 6 September 2005, *Foreword* of the Minister to the Consumer's Code

In the Italian legal system, the Decree no. 206/2005 can be considered a highlight in the consumer's protection for the importance that the new legislation acquires in terms of public policies. Previously, consumers were covered by specific regulations that were adopted each time, without coordination, mostly to implement the European Union Directives. The Consumer Code covers and combines all different stages in the consumer transactions, like correct information in consumer's contracts, product safety, access to justice and consumer's organizations.

The remedy analysed in this paper - the class action – was introduced in the Italian Consumer Code by article 140-*bis*⁽²⁾. The class action remedy takes place within the Consumer Code in the part regarding the trial, after the inhibitory remedy. With the class action remedy the legislator wants to fill the lack of collective remedies in the Italian legal system.

Indeed, the Italian civil procedural law was characterised by the absence of collective remedies, with the exception of art. 103 of the Code of Civil Procedure (CPC) for trials with a plurality of parties.

For the first time, articles 37 and 140 of the Consumer Code introduce a collective action as the inhibitory remedy.

Such dispositions amended article 140-*bis* of the Consumer Code, originally introduced by Law no. 244/2007⁽³⁾. The new article 140-*bis* was born as a reaction to financial scandals in which many small investors lost much money. If during the Parmalat bankruptcy, American investors had a collective way to recover the supposed damages, Italian investors were not able to do so⁽⁴⁾.

⁽²⁾ See G. CONTE, *I «diritti individuali omogenei» nella disciplina dell'azione di classe*, in *Riv. di diritto civile*, 5, 2001, pp. 609 ss.; R. CAPONI, *Il nuovo volto della class action*, in *Foro it.*, 2009, V, c. 383; A. RICCIO, *La nuova azione di classe: prime riflessioni critiche*, in *Contratto e impresa*, 2010, 11 ss.; I. PAGNI, *L'azione di classe del nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l'introduzione del giudizio e l'ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. civ.*, 2010, p. 354; C. PUNZI, *L'azione di classe a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. proc.*, 2010, p. 257;

⁽³⁾ A. RICCIO, *La nuova azione di classe: prime riflessioni critiche*, in *Contr. e impr.*, 2010, p. 12.

⁽⁴⁾ See A. PALAZZO, *Tutela del Consumatore e responsabilità civile del produttore e del distributore di alimenti in Europa e negli Stati Uniti*, in *Eu. Dir. Priv.*, 2001, p. 685 ss

2. — *Scope of application.*

Art. 140-*bis* Consumer Code: «1. The homogeneous, individual rights of consumers and users – as set forth in paragraph 2 – can also be enforced through class action as provided for by this article. To this end, each class member can individually, or through associations to which they grant power or committees in which they participate, take action to assess liability and claim an order to pay damages and repayments.

2. The action enforces:

a) the contractual rights of a number of consumers and users who find themselves in the same situation in relation to the same company, including the rights relating to contracts underwritten in accordance with Articles 1341 and 1342 of the Civil Code;

b) identical rights due to final consumers of a given product in relation to its manufacturer, even in the absence of a direct contractual relationship;

c) identical rights to payment of damages due to these consumers and users and deriving from unfair commercial practices or anti-competitive behaviour.».

Through the class actions, individual and homogenous rights of consumers and users regarding contractual claims, claims for product-related damage and claims for damage related to unfair competition practice may be enforced.

Art. 140-*bis* of the Consumer Code does not create new rights but only provides a new remedy to protect existing rights and claims; consumers or users are free to choose and to protect his/her existing rights through the class-action remedy or through preexisting remedies, in opposition to the USA class action⁽⁵⁾.

According to the USA law, class actions are “mandatory”, because the class members are not allowed to opt out of the litigation. Under the USA model of class action, the representative of the class takes legal action on behalf of all its members; those who intend to be excluded have to opt out.

⁽⁵⁾ See Rule 23 of Federal Rules of Civil Procedure.

With art. 140-*bis* of the Consumer Code, the Italian legislator bases the class action procedure on an “opt-in” mechanism and recognises the *locus standi* for the action to all people who have homogenous and individual rights. Thus in the preliminary hearing, the *Tribunale* has to determine the requirements that each member must fulfil to be part of the class and the existence of the homogenous and individual right.

Art. 140-*bis* opens the way to a new protection of consumer’s rights in the Italian Civil Code, because it gives them the most suitable remedy to satisfy their concrete needs when the other party of the contract does not fulfil its duties. This confirms the tendency, pointed out by literature, of the Italian Consumer Code to introduce a slow change and shows how a Civil Law version of the *ubi remedium ibi jus* has been created in the European context, where there is a growing circulation of juridical models.

Also article 64 (right of withdrawal from distance contracts and contractual offers, and from contracts negotiated away from business premises) and article 130 (rights of the consumers to claim repair or replacement) of the Italian Consumer Code are not subjective rights, but remedies, as in Common Law. The traditional approach under the continental Civil Law is to place rights before remedies; on the contrary, according to the Common Law system, the tradition puts remedies before rights - *ubi remedium ibi jus*⁽⁶⁾.

Thus, within the European legal context, characterised by a growing circulation of juridical models, articles 36, 64, 130 and article 140-*bis* of the Italian Consumer Code may be viewed as remedies, having their own autonomous and specific logic distinct from similar rules in the Italian Civil Code⁽⁷⁾.

3. — *Standing*.

Art. 140-*bis* of the Consumer Code: «3. Consumers and users who wish to avail of the enforcement referred to in this Article can join class action

⁽⁶⁾ See V. COLCELLI, *Reversing Ubi Jus ibi Remedium in Civil Law: the Italian case of consumer protection*, in *European Review of Privat Law*, vol. 18, 1, 2010, p. 143-154.

⁽⁷⁾ See V. COLCELLI, *Codice del consumo e circolazione dei modelli giuridici in Europa*, in *Jurispolis*, 1, 11, 2010, p.157-192.

without a counsel for the defence. Joining class action entails discontinuation of any individual restitutory or remedial action based on the same title».

The claim is submitted to the Court located in the capital of the Region in which the company has its legal office; however, the *Corte di Torino* has jurisdiction over the Region of Valle d'Aosta, the *Corte di Venezia* over the Regions of Trentino-Alto Adige and Friuli-Venezia Giulia, the *Corte di Roma* over Marche, Umbria, Abruzzo and Molise, and the *Corte di Napoli* over Basilicata and Calabria⁽⁸⁾.

A single consumer and user is entitled to enforce his/her homogeneous and individual rights through the class action, as provided for by article 140-*bis* of the Consumer Code. At the same time, each class member can enforce his/her homogeneous and individual rights also through associations of consumers.

This mechanism may potentially produce several individual claims, having a similar or identical object, against one or more defendants.

However, according to the law, the individual position of each plaintiff remains separate. Consolidation of separate actions may be ordered when two (or more) sets of proceedings are pending before the same Court and are related to the same or closely connected claims.

The proposing plaintiff is the only party of the trial. The other individual class members who joins afterwards are not considered parties in the trial.

The consumers or users having a homogeneous nature are members of a class and have the right to file the remedy. Thus it is possible to say that, in the preliminary hearing, the decision regarding the class action admissibility is also able to determine the requirements that each member must fulfil to be a party of the class.

The class member is a consumer or user who, according to article 3 of the Consumer Code, acts for purposes which are outside a trade, business or profession. Art. 140-*bis* does not give any relevance to the associations

⁽⁸⁾ Art. 140-*bis*, 4 c., of Consumer Code.

as “representative bodies”. This form of organization has the *locus standi* against public bodies’ actions for ‘diffuse interests’.

However, the consumer associations are entitled to take action on behalf of consumers and users, needing assistance against conducts which are prejudicial for their interest. As provided for by article 37 of the Consumer Code⁽⁹⁾, consumer associations may also promote a specific action in order to ascertain the abusiveness of unfair terms and conditions in consumers’ contracts.

All consumer associations listed in the register of the Ministry for Economic Development have the right to bring Representative Actions pursuant to both articles 140 and 37. Certain requirements must be met for associations to be registered in the list, as a specific national scale, the necessity of keeping a documented track record and the prohibition to promote products or services on behalf of third parties.

Also unregistered associations have the right to represent their members, provided that they are ‘adequately representative’ of collective interests in a particular case in which they may bring a collective action. This provision «entitles ad hoc associations to bring actions, i.e. even small associations set up for the sole reason of undertaking legal proceedings.(...) In practice this legislative choice is not so different from that of granting a standing to each consumer. Indeed, it is not difficult for interested consumers to found an association that acts as a plaintiff on the consumers’ behalf (moreover they are not required to transfer their individual claims to the plaintiff)»⁽¹⁰⁾.

⁽⁹⁾ Art. 37 of Consumer Code: 1. Consumers’ associations pursuant to Article 137, associations representing professionals, and Chambers of Commerce, Industry, Crafts and Agriculture, may bring proceedings against any professional or professional association that uses or recommends the use of contractual terms drawn up for general use, and may request the competent court to grant orders preventing the use of terms that have been found unfair pursuant to this Title. 2. The injunction may be granted, when there are fair grounds of urgency, pursuant to Articles 669-*bis* et seq. of the Civil Procedure Code. 3. The court may direct that the order be published in one or more newspapers, of which at least one is distributed nationally. 4. For all matters not covered by this Article, the provisions of Article 140 shall apply to applications for injunctions brought by consumers’ associations under paragraph 1 hereof.

⁽¹⁰⁾ R. CAPONI, *The collective redress action in the Italian legal system*, in *ERA Forum*, vol. 10, 1, 2009, pp. 63-9.

It is possible to think for the collective class action the same situation occurred for 'diffuse interests': only registered association have a collective dimension for the standing⁽¹¹⁾.

In any case, in a collective remedy action, illegal conduct infringes homogeneous and individual rights. Thus a consumer or user may be allowed to bring an individual action or to take part in a collective action for monetary compensation.

4. — *The admissibility of the claim.*

Art. 140-*bis* Consumer Code: «6. Upon first hearing, the Court shall decide by order on the admissibility of the claim; however, it may suspend judgment when there is an ongoing inquest before an independent Authority on the facts which are relevant to the decision, or a trial before the administrative judge. The claim shall be declared inadmissible if clearly unfounded or there is a conflict of interest, if the judge does not recognise the identity of the individual rights which are enforceable according to paragraph 2, and when the proposing party seems incapable of adequately protecting the class's interests.

7. The order that determines admissibility is subject to claim before the Court of Appeal in the peremptory time limit of thirty days from either its disclosure or notification, whichever occurs first. The Court of Appeal decides on the claim by order in closed session no later than forty days from the lodgement of the appeal. The appeal of the Court order upholding a motion does not suspend the proceeding before the Tribunal.

8. The judge settles the expenses in the inadmissibility order, also according to Article 96 of the Code of Civil Procedure, and orders the most appropriate form of public notice by and at the expenses of the unsuccessful party.»

⁽¹¹⁾ E. GRASSO, *Gli interessi della collettività e l'azione collettiva*, in *Riv. dir. proc.*, 1983, p. 24 ss; N. TROCKER, voce *Interessi collettivi e diffusi*, in *Enc. giur.*, XVII, Roma, 1989; R. DONZELLI, *La tutela giurisdizionale degli interessi collettivi*, Napoli 2008, p. 273 ss.

In the preliminary hearing, the class-action shall be declared inadmissible if clearly unfounded or if there is a conflict of interest; if the judge does not recognise that individual rights are enforceable according to paragraph 2 of art. 140-*bis*; and when the proposing party seems incapable to protect adequately the interests of the class⁽¹²⁾.

In order to satisfy the specific requirements of a class action, paragraphs 6 and 12 of article 140-*bis* of the Consumer Code also requests that it complies with the general conditions of any consumer action; the claimer must be a consumer and must have “an interest” in the action.

At this first stage, indeed, the Court checks the adequacy of the plaintiff as a representative of the class, as well as the grounds on which the he/she wishes to take a class action. Of course, the Court must also check whether the claim is effectively brought by a consumer or a user⁽¹³⁾.

Thus, in the preliminary hearing the Court decides whether the claim may be qualified as a class action and, in this case, it establishes the conditions and terms to pronounce its decision, in order to allow the members of the class to join timely.

Whenever the claim is dismissed, the Court awards the costs against the losing plaintiff and may even order its decision to be properly advertised.

The claim is put in with a writ of summons, notified also to the office of the Public Prosecutor at the Court in charge, who may intervene only for the judgment on admissibility.

The Court’s order regarding the admissibility of the action will define also the nature of the individual rights which will be the subject matter of the class action. And the same Court’s order will set the standards which will be used to determine whether joining members will be accepted or not in the action.

The legal doctrine considers article 140-*bis*, par. 6, of the Consumer Code as a filter.

The declaration of admissibility is a way to avoid an excessive use of

⁽¹²⁾ I. PAGNI, *L’azione di classe nel nuovo art. 140-bis: le situazioni soggettive tutelate, l’introduzione del giudizio e l’ammissibilità della domanda*, in *Riv. dir. Civ.*, I, 2010, p. 1 ss.

⁽¹³⁾ C. PUNZI, *L’«azione di classe» a tutela dei consumatori e degli utenti*, in *Riv. dir. Proc.* 2010, p. 253 ss.

«class action» and to prevent an abuse of trials against factories, trade stores or producers. The cases of *Tribunale di Torino* and *Roma* (see *infra* § 7) confirm the analysis and difficulties related to this preliminary inquiry.

5. — *The opt-in mechanism.*

Art. 140-*bis* Consumer Code: «9. The Court sets the terms and methods of the most appropriate form of public notice in the order with which it admits the action, so that those belonging to the class can join promptly. Public notification is a condition for the prosecution of the claim. By the same order the court shall:

a) determine the characteristics of the individual rights involved in the judgment, specifying the criteria according to which individuals seeking to join are included in the class or must be regarded as excluded from the lawsuit;

b) establish a peremptory time limit that does not exceed one hundred and twenty days from the deadline for public notification. By this date, the adhesion contracts shall be lodged at the registry, even by the plaintiff. A copy of the order is sent by the registry to the Ministry of Economic Development which is in charge of further publication, including on its website.

10. The intervention of a third party is excluded under Article 105 of the Code of Civil Procedure is excluded.»

The Italian legislator based the class action procedure on an “opt-in” mechanism. In order to make the decision applicable to them, the class members must affirmatively opt in to the class action, within 120 days from the date on which the Court’s order is published.

A deadline is fixed for class members to join in. Consumers and users who intend to join the class shall do so in the mandatory term set forth by the Court in the admissibility order. The mandatory term may not exceed 120 days from the expiry of the deadline to advertise the class action.

The decision on the class action is applicable to all those who joined the class. Consumers or users who have not opted in cannot begin an individual action.

The opt-in system also applies to the waivers and the settlements. The law recommends that waivers and settlements cannot influence the rights of consumers or users who wish to join the class action if they have not explicitly consented to the waiver or settlement.

The plaintiff has to be informed by the consumer who wishes to join the class action. Thus the consumer have to notify the plaintiff in written his/her decision to opt - in.

With regarding to the opt-in approach, two aspects linked to the Italian experience have to be highlighted. «Firstly, there is a growing awareness that opt-out is the most suitable system to achieve the goals of collective redress actions. Secondly, there is a growing awareness that opt - out does not clash with the constitutional principles of ‘due process’, at least in the field of small claims, where the disproportion between the legal costs of proceedings and the economic value of the claims is a deterrent for individual actions. This creates the option of a ‘dual system’, where the choice between opt – in and opt – out can be determined by the value of the claims»⁽¹⁴⁾.

According to the opt - in approach, only consumers who have joined the class action may invoke the sentence, but they are also bound by a judgment that rejects the claim. On the contrary, consumers who did not join the collective action are entitled to take individual actions.

Technically speaking, the class members who joined the action do not become parties in the trial, but they only share its results.

During the appeal proceedings it is still possible to take the decision regarding the joining in a the class action.

⁽¹⁴⁾ See R. CAPONI, *The collective redress action in the Italian legal system*, cit., p. 66, that regarding the choice on op-in or op out says: «This choice could be left either case by case to the judge (following the example of Danish law), or based on strict legislative quantification. Development towards an opt-out approach in the field of small claims is exemplified by a recent Italian court decision. In a proceeding for injunction, the *Tribunale di Roma* ordered *Sky Italia Pay Tv s.r.l.* to reimburse subscribers the amounts already paid for automatic mailing of the new TV programme magazine, since these amounts had been wrongfully claimed in breach of the contractual terms. In other words, the Court ordered the company to reimburse each subscriber, as, according to Article 140, par. 1, letter (b) cod. cons. this was the correct measure to eliminate the damaging effects of the infringement. In the case in question, a remedy similar to the results of a US class action was granted».

6. — *Compensation for damages provided for by art. 140-bis of the Consumer Code in the light of the of the Corte di Cassazione's sentence of 11th November 2008, n. 26972.*

Art. 140-*bis* Consumer Code: «12. If the Court grants the claim, it shall issue a verdict by which – according to Article 1226 of the Civil Code - the final amounts due to those who have joined the act shall be paid, or shall establish the homogeneous calculation criterion to pay these sums. In the event of the approval of a class action moved against operators of public services or utilities, the court takes into account what is acknowledged in favour of users and consumers claiming damage in the relevant service charters which may have been issued. The sentence becomes enforceable one hundred and eighty days from publication. Payment of the amounts due which are issued during that period are exempt from any right or increase, even as regards the accessories of the law accrued after publication of the verdict».

The Italian class action law was saluted by an explosion of media coverage. The most problematic topic of the law is the absence of punitive damages⁽¹⁵⁾.

Under article 140-*bis*, the judgment has to determine the compensation due to each class member, or set a minimum amount to be paid to each of them, if any.

Indeed, the problem is what type of damage is recoverable in a class-action? Article 140-*bis* is not clear.

Article 140-*bis* of the Consumer Code provides for monetary compensation to groups of consumers in the cases of breach of contract (only for standard form contracts: article 1342 of the Civil Code), torts, unfair commercial practices and breach of competition law.

This disposition should be interpreted in accordance with the case law of the *Corte di Cassazione*, which has clarified in four recent decisions (n. 26972, 26973, 26974 and 26975 of 11th November, 2008) its position regarding the

⁽¹⁵⁾ On the topic of punitive damages, in US class actions, F. MCGOVERN, *Punitive Damages and Class Actions*, in *Louisiana Law Review*, 70, 2009-2010, pp. 435-462.

non-patrimonial damage. In the aforesaid judgements, the *Corte di Cassazione* established that the compensation of the non patrimonial damage is possible only in the cases recognised by law or expressly by a norm *ad hoc* or under the constitutional interpretation of art. 2059 of the Italian Civil Code, if the dangerous fact prejudiced a personal fundamental right safeguarded by the Constitution.

The above mentioned judgments analysed also the notion of non - patrimonial damage. The *Corte di Cassazione* established that the existential damage is not an autonomous sub-category of non-patrimonial damage. Like the biological and moral damage, the existential damage describes a type of prejudice of a non-patrimonial right.

But if the *Corte di Cassazione's* judgements are applicable to individuals, they are not to a class of injured people.

For instance, in the similar case of the *Tribunale di Roma's* ordinance, relevant to the smoker and his/her family, the problem could be linked to the existence of a non-economic damage and to the fact that the damage is claimed by a class action promoted by a consumer association.

If the class action is taken under contract law, the recoverable damages resulting from a breach of contract include both actual damage and lost profit. The damages are a direct and immediate consequence of non - performance or failure to perform a contract.

If the class action is brought under tort liability, the «damages for personal injury arising out of any partial or total failure to meet contractual obligations for services covered by a package may be paid up to the limits established by International Conventions thereon, of which Italy or the European Union are members(...)».

When the damage derives from the prejudice of inviolable rights of the person which are the subject matter of a constitutional protection, it is necessary to consider the limit for the loss redress in the light of the *Corte di Cassazione's* decision of 11th November 2008, if possible⁽¹⁶⁾. For this reason,

⁽¹⁶⁾ F. GALGANO, *Le antiche e le nuove frontiere del danno risarcibile*, in *Contr. e impr.*, 2008, p. 104.

compensation of non patrimonial damage requires the assessment of the existence of all elements of torts, with no possibility to refer to the criteria of contractual liability.

As above mentioned, in the case of recoverable damages in product liability cases, the Consumer Code establishes that the injured party may claim damages to life and for personal injury, as well as for destruction or worsening of goods, and damages related to the defective product itself (if normally intended for private use or consumption and employed accordingly by the injured party).

The plaintiff may redress no more than damages actually occurred (economic and non-economic), to restore the victim's position prior to the tort. The nature of non-economic damages, including existential, not biological and moral damages, could often be incompatible with the collective judgment of a trial followed to a class action.

There is an objective difficulty to determine non-patrimonial damages in class actions.

Indeed, "if the Court grants the claim, it shall issue a verdict by which – according to Article 1226 of the Civil Code – the final amounts due to those who have joined the act shall be paid, or it shall establish the homogeneous calculation criterion to pay these sums. In the event of the approval of a class action moved against operators of public services or utilities, the court takes into account what is acknowledged in favour of users and consumers claiming damage in the relevant service charters which may have been issued"⁽¹⁷⁾. This income, due to each consumer, has to be paid according to the same methods, criteria and principles and will be awarded in the same amount for each class member.

Indeed, the only perspective that may justify the recommendation of paragraph 12, art. 140-*bis* of the Consumer Code is just the non – pecuniary loss redress for the various members who joined the class action. On the basis of this provision, it is possible to say that the aim of the class-action rule is to grant an effective access to justice for small claims – i.e. it reduces liti-

⁽¹⁷⁾ Art. 140-*bis*, par. 12, of Consumer Code.

gation costs - and to prevent unlawful conducts; but it is impossible for the plaintiff who joined a class action to have a complete satisfaction, because a full compensation of damages, above all non patrimonial, is not possible. Italian law certifies this evidence in the provision of paragraph. 12, art. 140-*bis* of the Consumer Code.

7. — *Tribunale di Torino, ord. of 27th May 2010 and Tribunale di Roma, ord. 15th April 2011. First verdicts regarding «class action remedy» in the Italian Legal system. Reflexions.*

On 27th may 2010, the Court of first instance of Torino – I section of *Tribunale di Torino* – declared the inadmissibility of the first Italian «class action»⁽¹⁸⁾. At the same time, on 15th April 2011, the Court of first instance of Rome – XII section of *Tribunale di Roma* – issued the final decision concerning the first «class action». Three «class actions» are still pending before the Italian Courts⁽¹⁹⁾, and six more are currently being organized⁽²⁰⁾.

However, Torino and Rome's ordinances open the reflection also on the first step of the «class action» claim ruled by art. 140-*bis*, paragraph 6, of the Consumer Code⁽²¹⁾.

⁽¹⁸⁾ *Intesa Sanpaolo v. Codacons.*

⁽¹⁹⁾ *Trb. Milano, Codacons v. Voden Medical Instruments Spa about EGO TEST FLU; Trib. Roma, Codacons v. Unicredit about Commissione di massimo scoperto; Trib. Torino, Codacons v. Intesa SanPaolo, about Commissione di massimo scoperto.*

⁽²⁰⁾ *Class-actions under organization: Unione Nazionale Consumatori v. Wecantour, about Vacanza-pacco a Zanzibar (20 febbraio 2010); Unione Nazionale Consumatori v. Questura of Provincia of Roma about Permessi di soggiorno CE per soggiornanti di lungo periodo; Cittadinanzattiva v. Questura of Provincia of Roma about Permessi di soggiorno; Cittadinanzattiva v. Acquedotto Lucano SPA (Potenza), AATO Idrico (Potenza), Comune of Cineto Romano about Tassa di depurazione; Cittadinanzattiva v. ASP Reggio Calabria about Invalidità civile; Adusbef v. Unicredit and Banca D'Italia, about Ammortamento alla francese.*

⁽²¹⁾ See A. GIUSSANI, *La prima "uscita" della class action all'italiana soffocata da meccanismi preclusivi penalizzanti*, in *Guida dir.*, 2010, 27, p. 16; *App. Torino 27 October 2010, ord.*, in *Guida dir.*, 2010, 47, p. 60.

In the case of the *Tribunale di Torino*, the judges decided whether the claim may be qualified as a class action under the procedural law requirements; in the second case – *Tribunale di Roma* – the judges took into consideration the nature of individual rights.

The claim of the Consumers Association Codacons was aimed at the declaration of the nullity of the bank contract norms relevant to the fee on bank overdraft, as determined by the Legislative Decree of the 29 November 1998, n. 185, converted into the Law of 28th January 2009, n. 2.

The *Tribunale di Torino* declared the claim not admissible for defect of the Consumers Association's power of attorney. According to the judges, the letter of attorney gave to the Consumers Association only the power of representation and assistance of the parties – consumers in the trial, but not a corresponding power of substantial representation, as provided for by article 77 of the Code of Civil Procedure. According to the *Tribunale di Torino*, the claimer – Consumers Association – should be itself a member of the class and entitled with the rights that it intends to protect through the collective action.

Indeed, the above mentioned ordinance shows interesting elements of study and introduces the first analysis of article 140-*bis* of Consumer Code made by judges. Firstly, the plaintiff is a lawyer in his quality of a bank's client. The plaintiff is a class member that individually, and not through associations, takes an action to assess liability and claim an order to the bank to pay damages.

In this ordinance the plaintiff was a consumer of services. We are at the presence of a remedy promoted by a consumer individually. Consumers of both goods and services are encompassed, since only individuals are considered consumers under the Italian Consumer Code.

The *Tribunale di Torino* verified the existence of the plaintiff's homogenous and individual right. The plaintiff argues that the consumer's qualification (according to article 3 of the Consumer Code) is not sufficient to bring the class action (pursuant to article 140-*bis*). Article 3 of the Consumer Code only allows the access of the plaintiff to the remedies of article 33. In the class-action, the *locus standi* should not only be a right of the consumer, but also of all people who are protected against unfair contract terms.

The *Tribunale* did not accept that opinion, pointing out that, in order to establish the *locus standi* for class actions, the judge must refer to the definition under article 3.

Therefore, the *Tribunale di Torino* established that the definition of consumer is the *locus standi* to bring the class-action. The plaintiff was a lawyer.

In accordance with the common interpretation of the Italian case law, the *Tribunale* argued that the plaintiff is not a consumer. The plaintiff is not a natural person who is acting for purposes which are outside his trade, business or profession. This fact is confirmed by the plaintiff's affirmation that the bank account was opened on the basis of the Legislative Decree of 4th July 2006, n. 433. Indeed, article 35, paragraph 12, of that law is related to bank accounts dedicated to professional activities.

The right to bring the class-action must exist at the moment of the action itself. Turin's judge did not recognise the nature of individual rights, enforceable according to paragraph 2 of article 140-*bis*. Also in the opinion of the *Tribunale di Torino*, the right to bring the class-action was not concrete and actual⁽²²⁾.

The *Tribunale di Roma* declared inadmissible the «class action» versus “Bat Italia Spa”, producer of cigarettes, and promoted by Codacons.

In opposition to the Turin's case, Codacons took an action on behalf of consumers. Codacons assessed the liability and claimed an order to pay damages to Bat Italia Spa cigarettes' smokers, because the producer added to cigarettes a large number of additives, i.e. n. 200.

The Court declared inadmissible the «class action», valuing it was clearly unfounded. The *Tribunale di Roma* considered that smokers perfectly knew the dangers of smoke and cigarettes. The awareness about the dangers of cigarettes is a common fact; people who smoke know the probability of illness and death for smoke. The knowledge of the presence of additives in the cigarettes does not change the common awareness about their dangers, thus the Court did not consider “Bat Italia Spa” liable.

⁽²²⁾ Cass. 20 luglio 2007, n. 16159, in *Società*, 2008, p. 1483; Cass. 15 aprile 2002, n. 5420, in *Vita not.*, 2002, I, p. 1532.

However, the first class action *versus* Public bodies had a different outcome (See *Consiglio di Stato*, 9th June 2011, n. 3512). The class action *Codacons vs. Ministero della Pubblica Istruzione* took into consideration the problem of the supernumerary students in class-rooms, and sentenced to the *Ministero* the emanation of a legal Plane on building school.

But the above mentioned decision is not based on Article 140-*bis* of the Consumer Code, but on the Legislative Decree n. 198/2009, a special set of rules regarding the class-action remedy *versus* Public bodies. The nature of class actions against public administration seems even more apt to be used for political purposes than consumer class actions. With these class actions it is not possible to claim damages, but only the correction of the inefficiency or negligence of the public bodies⁽²³⁾.

⁽²³⁾ See R. EGIDI, *L'azione collettiva per l'efficienza delle pubbliche amministrazioni e dei concessionari dei servizi pubblici* (C.d. Class Action Pubblica), in L. Mezzasoma, F. Rizzo (edit by), *L'art. 140-bis del Codice del Consumo. L'azione di Classe*, Napoli, 2011, p. 206 - 230.

FRANCESCO SCAGLIONE (*)

RIGHT TO FREE ENTERPRISE AND CIVIL DEMOCRACY

SUMMARY: 1. Right to free enterprise in the civil democracy perspective . — 2. *Consumer welfare* and market private law. — 3. The problem of contractual efficiency. — 4. The equity of the exchange.

1. — *Right to free enterprise in the civil democracy perspective.*

Art. 16 of the Charter of Fundamental Rights of the European Union, which has the same juridical value of the European Treaties (Article 6 of the Treaty on European Union), states that “the freedom to conduct a business in accordance with Community law and national laws and practices is recognised.”⁽¹⁾ Similarly, Article 41, paragraph 1, of the Italian Constitution,

(*) Università degli Studi di Perugia.

⁽¹⁾ See *Spiegazioni relative alla Carta dei diritti fondamentali* (2007/C 303/02), in *Gazzetta uff. dell'Unione europea* of 14th December 2007, - *Spiegazione relativa all'articolo 16 — Libertà d'impresa*: “Questo articolo si basa sulla giurisprudenza della Corte di giustizia che ha riconosciuto la libertà di esercitare un'attività economica o commerciale (cfr. sentenze del 14 maggio 1974, causa 4-73, Nold, Racc. 1974, pag. 491, punto 14, e del 27 settembre 1979, causa 230/78, SpA Eridania e a., Racc. 1979, pag. 2749, punti 20 e 31) e la libertà contrattuale (cfr., tra l'altro, sentenze Sukkerfabriken Nykøbing, causa 151/78, Racc. 1979, pag. 1, punto 19; del 5 ottobre 1999, causa C-240/97, Spagna/Commissione, Racc. 1999, pag. I-6571, punto 99) e sull'articolo 119, paragrafi 1 e 3 del trattato sul funzionamento dell'Unione europea che riconosce la libera concorrenza. Beninteso, questo diritto si esercita nel rispetto del diritto dell'Unione e delle legislazioni nazionali. Esso può essere sottoposto alle limitazioni previste all'articolo 52, paragrafo 1 della Carta.” [This article is based on the case law of the Court of Justice, which has recognized the freedom to carry out an economical or commercial activity (see decisions of 14th May 1974, case 4-73, Nold, Racc. 1974, p. 491, point 14, and of 27th September 1979, case 230/78, SpA Eridania e a., Racc.

states that «*l'iniziativa economica privata è libera*» (private economic enterprise is free), adding in paragraph 2 that «*non può svolgersi in contrasto con l'utilità sociale o in modo da recare danno alla sicurezza, alla libertà, alla dignità umana*» (it may not be carried out against the common good or in a way that may harm public security, liberty, or human dignity)⁽²⁾. With regard to this matter, it has been argued that the guarantee *erga omnes* of private economic enterprise derives from Article 41 of the Italian Constitution, which is actionable both against State and private individuals⁽³⁾. Therefore, the constitutional recognition of the freedom of enterprise implies that a fundamental right emerges in charge of the undertaker, which has been exactly qualified by the general theory of law as a *right of private autonomy*⁽⁴⁾. The main characteristic of this right is to be a *power* -, “il cui esercizio, al pari di quello di tutti i poteri, deve essere nello Stato di diritto, che non ammette poteri *legibus soluti*, sottoposto alla legge: precisamente ai limiti e ai vincoli imposti dai diritti di libertà e dai

1979, p. 2749, points 20 and 31) and contractual freedom (see, among others, decisions *Sukkerfabriken Nykobing*, case 151/78, Racc. 1979, p. 1, point 19; of 5th October 1999, case C-240/97, *Spain/Commission*, Racc. 1999, p. I-6571, point 99) and about article 119, paragraphs 1 and 3 of the Treaty on the Functioning of the European Union, which recognizes free competition. Certainly, this right is exercised in accordance with EU law and national regulations. It can be subject to limitations provided for by Article 52, paragraph 1, of the Charter.]

See, with regard to this matter, G. ALPA, M. ANDENAS, *Fondamenti del diritto privato europeo*, in *Trattato di dir. priv.* Iudica-Zatti, Milano, 2005, p. 575 ff.; G. ALPA, *I principi generali*, 2nd ed., in *Trattato di dir. priv.* Iudica-Zatti, Milano, 2006, p. 503 ff. With reference to the relationship between National and Community principles, see E. RUSSO, *L'interpretazione dei testi normativi comunitari*, in *Trattato di dir. priv.* Iudica-Zatti, Milano, 2008, p. 239 ff.

⁽²⁾ See F. GALGANO, *Commento all'art. 41 Cost.*, in *Commentario della Costituzione*, edited by G. Branca, *Rapporti economici*, II, Bologna, 1982, p. 11 ff.. The supreme value of human dignity, on the other hand, represents the foundation of the Treaty on European Union (article 2) and of the Charter of Fundamental Rights of the European Union (article 1).

⁽³⁾ See G. MORBIDELLI, *Iniziativa economica privata*, in *Enc. giur.* Treccani, XVII, Roma, 1989, p. 6; A. PACE, *Libertà “del” mercato e “nel” mercato*, in AA.VV., *La Costituzione economica*, Padova, 1997, p. 178 ff.; B. LIBONATI, *Ordine giuridico e legge economica del mercato*, in *Riv. soc.*, 1998, p. 1540 ff., specifically p. 1550 ff.

⁽⁴⁾ See L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia*. 1. *Teoria del diritto*, Roma-Bari, 2007, p. 752 ff.

diritti sociali non solo alla rappresentanza politica e alla legislazione prodotte dall'esercizio dei diritti politici, ma anche al mercato e alla contrattazione privata prodotti dall'esercizio dei diritti civili.” (the exercise of which, as the one of all powers, must be, in a State based on the rule of law, where *legibus soluti* powers are not admitted, subject to law: precisely to limits and bonds imposed by the rights of freedom and by social rights, not only to the political representation and to legislation produced by the exercise of political rights, but also to the market and private negotiation arising from the exercise of civil rights)⁽⁵⁾. Under this aspect, the *right to free enterprise* – as the fundamental right of private economic initiative can be defined – becomes a part of the network of powers represented by civil rights and developed by their exercise, which can be qualified as *civil democracy*. On the other hand, it has been remarked that “l'autodeterminazione in materia economica, e in generale il potere di agire con effetti giuridici sulla sfera privata propria ed altrui, è una dimensione essenziale dell'autogoverno, e perciò della democrazia formale, non meno dell'autodeterminazione in materia politica, ossia nella sfera pubblica.” (self – determination in the economic field, and in general the power of acting with juridical effects on its own and other people's private sphere, is an essential dimension of self – government, and therefore of formal democracy, not less than self – determination in the political field, that is, in the public sphere)⁽⁶⁾.

Therefore, civil democracy implies that the freedom of enterprise is guaranteed by Article 41 of the Italian Constitution only as a *socially useful*

⁽⁵⁾ L. FERRAJOLI, *Principia iuris. Teoria del diritto e della democrazia. 2. Teoria della democrazia*, Roma-Bari, 2007, p. 227.

⁽⁶⁾ L. FERRAJOLI, *op. ult. cit.*, p. 229. Also the institutional conception of employer – employee relationship can be placed in this view, with particular reference to the root of article 46 of the Italian Constitution, according to which “la Repubblica riconosce il diritto dei lavoratori a collaborare, nei modi e nei limiti stabiliti dalle leggi, alla gestione delle aziende” (For the economic and social betterment of workers and in harmony with the needs of production, the Republic recognises the rights of workers to collaborate in the management of enterprises, in the ways and within the limits established by law): cfr. L. MENGONI, *Il contratto di lavoro*, edited by M. Napoli, Vita e Pensiero, Milano, 2008, p. 21 ff.

situation. In particular, the limit of the social usefulness is directly connected to the delicate matter of its concrete specification⁽⁷⁾, which is referred not only, as we will see, to the application of the anti – trust regulations⁽⁸⁾, but above all also to the rules aimed at the protection of consumer or users, which are the “weak” party of the contractual relationships with an undertaker.

Therefore, the constitutional reference to the concept of *social utility* is in line with the *social* economic model of market, already outlined by the Ordoliberalism School of Freiburg (*Soziale Marktwirtschaft*)⁽⁹⁾, which the Treaty on the European Union is expressly related to. In fact, Article 3 of the Treaty on the European Union states that “The Union shall establish an internal market. It shall work for the sustainable development of Europe based on balanced economic growth and price stability, a highly competitive social market economy, aiming at full employment and social progress, and a high level of protection and improvement of the quality of the environment. It shall promote scientific and technological progress (...)”. In this direction, Article 3, paragraph 1, lett. b), of the Treaty on the Functioning of the European Union provides that the Union has the exclusive competence in the definition of competition rules, which are necessary for the functioning of the internal market (see Articles 101 and ff. of TFUE)⁽¹⁰⁾.

The concrete expression of market sociality can be found above all in Article 9 of the Treaty on the Functioning of the European Union, according to which “In defining and implementing its policies and activities,

⁽⁷⁾ See M. NUZZO, *Utilità sociale e autonomia privata*, Milano, 1975; S. MAZZAMUTO, *Libertà contrattuale e utilità sociale*, in *Europa e dir. priv.*, 2011, p. 365 ff.

⁽⁸⁾ See G. GHIDINI, *Slealtà della concorrenza e costituzione economica*, Padova, 1978, p. 87 ff.; ID., *Profili evolutivi del diritto industriale. Proprietà intellettuale e concorrenza*, Milano, 2001, p. 171 ff.

⁽⁹⁾ See P. KOSLOWSKY, *The social market economy: theory and ethics of the economic order*, Berlin-Heidelberg, 1998, p. 255 ff.; F. FELICE, *L'economia sociale di mercato*, Catanzaro, 2008, p. 19 ff., 33 ff., 69 ff., where wide and deepened references to Walter EUCKEN's and Wilhelm ROPKE's works (founders of the School of Freiburg together with Alexander RUSTOV, Hans GROSSMAN-DÖRTH e Franz BÖHM). On this matter, see J. C. VAN HOOK, *Rebuilding Germany: the creation of the social market economy, 1945-1957*, New York, 2004.

⁽¹⁰⁾ See M. LIBERTINI, *Concorrenza*, in *Enc. dir., Annali*, III, Milano, 2010, p. 192 ff.; G. BENACCHIO, *Diritto privato della Unione Europea. Fonti, modelli, regole*, Padova, 2010, p. 455 ff.

the Union shall take into account requirements linked to the promotion of a high level of employment, the guarantee of adequate social protection, the fight against social exclusion, and a high level of education, training and protection of human health” and in the following article 12 of the Treaty on the Functioning of the European Union, pursuant to which “Consumer protection requirements shall be taken into account in defining and implementing other Union policies and activities”⁽¹¹⁾.

2. — Consumer welfare *and private market law*.

The attention of the European system the protection of consumers clearly shows that the preservation and the increase of individual and common welfare results not only from the effectiveness of a concrete competition among undertakers, but also from the protection of each contracting party against the abuses of contractual freedom and/or power arising from the other party’s conduct⁽¹²⁾. Competition rules and rules of the contract are then linked in a symbiotic relationship and combine each other⁽¹³⁾.

The private market law is the result of this inseparable union and pursues a double aim:

a) the protection of all contracting subjects considered “weak” by the legal system, being parties of asymmetrical contracts, where the economic power of a party turns out to be an overwhelming instrument towards the other party and a source of allocation inefficiency;⁽¹⁴⁾

⁽¹¹⁾ See G. AMATO, *Il mercato nella costituzione*, in *Quaderni costituzionali*, 1992, p. 16, who remarks on the decisive influence of European law for the penetration of the culture of market in the Italian legal system.

⁽¹²⁾ Cfr. H. COLLINS, *The Law of Contract*⁴, New York, 2003, p. 10 ff.

⁽¹³⁾ Cfr. P. PERLINGIERI, *Diritto dei contratti e dei mercati*, in *Rass. dir. civ.*, 2011, p. 877 ff., specifically p. 881.

⁽¹⁴⁾ Cfr. V. ROPPO, *Parte generale del contratto, contratti del consumatore e contratti asimmetrici (con postilla sul “terzo contratto”)*, in *Riv. dir. priv.*, 2007, p. 669 ff.; P. GALLO, *Contratto e buona fede. Buona fede in senso oggettivo e trasformazioni del contratto*, Torino, 2009, p. 160 ff.; G. VETTORI, *Contratto e rimedi*², Padova, 2009, p. 41 ff.

b) protection of subjects, competing undertakers and consumers, not involved in the contract, but who can suffer a so – called antitrust damage arising from its performance⁽¹⁵⁾.

In this perspective, we can argue that private law, and in particular contractual law, also accomplish a *regulating function* of the market⁽¹⁶⁾, which is no longer an exclusive prerogative of the rules of public law of economy. The radical mingling between the public and private interests represents the distinguishing mark and, at the same time, the justification of the current remedy system of contract law, especially within the undertaking bargaining, as proved by the recent legislative intervention in the field of the network contract⁽¹⁷⁾.

In other words, the civil judge is called today to orient his decisions on the basis of competitive market values, above all whenever he exercises his corrective power in an equitable light, giving rise to the *etero* – integration of the contract⁽¹⁸⁾.

⁽¹⁵⁾ Cfr. L. PROSPERETTI, E. PANI, I. TOMASI, *Il danno antitrust. Una prospettiva economica*, Bologna, 2009, p. 19 ff.

⁽¹⁶⁾ Cfr. A. ZOPPINI, *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, in M. MAUGERI, A. ZOPPINI (edited by), *Funzioni del diritto privato e tecniche di regolazione del mercato*, Bologna, 2009, p. 9 ff.

⁽¹⁷⁾ See the Law 8th April 2009, no. 33. See F. CAFAGGI, *Introduzione*, in F. CAFAGGI, (edited by), *Il contratto di rete. Commentario*, Bologna, 2009, pp. 19 ff., 25 ff., where the coexistence of the cause of the exchange and the common aim in the network contract is well highlighted. This implies that also the phenomenon of network of enterprises deals with the problem of guaranteeing the equity of the exchange with reference to the exigencies of the market.

⁽¹⁸⁾ See S. MONTICELLI, *I poteri officiosi del giudice nella riconduzione ad equità dei termini economici del contratto: proporzionalità dello scambio ed etica degli affari*, in *Studi in onore di Antonio Palazzio. Diritto privato*, vol. 3, *Proprietà e rapporti obbligatori*, edited by A. Garilli and A. Sassi, Torino, 2009, p. 599 ff., specifically p. 607; S. MAZZAMUTO, *Il contratto ed il potere correttivo del giudice*, in AA. VV., *I rapporti civilistici nell'interpretazione della Corte costituzionale. Iniziativa economica e impresa*, t. III, Napoli, 2007, p. 79 ff.; C.M. NANNA, *Eterointegrazione del contratto e potere correttivo del giudice*, Padova, 2010, p. 69 ff.; A. D'ADDA, *Nullità parziale e tecniche di adattamento del contratto*, Padova, 2008, p. 277 ff.; R. LANZILLO, *Introduzione*, in R. LANZILLO, A. RICCIO, *Della rescissione del contratto*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, edited by F. Galgano, Bologna- Roma, 2005, p. 56 ff.

Market values are essentially *freedom values*: free enterprise and free competition among undertakers aimed at profit maximization, in accordance with the rules of competition and of meta - value of human dignity; freedom and awareness of the contractual choice of each contracting party, so that the concluded economic operation fully achieves a balanced set up of patrimonial interests, according to the economic convenience of both parties⁽¹⁹⁾. Under this aspect, the competitive market values in contract law can be summed up in the constitutional principles of freedom of private economic initiative (Article 41 of the Italian Constitution) and of substantial equality among parties (Article 3, paragraph 2 of the Italian Constitution), which are fulfilled in accordance with the rule of fairness in the formation and performance of the contract pursuant to Articles 1337 and 1375 of the Civil Code and in the competition regulations, in order to protect the contractual freedom of private individuals and the equity of the exchange⁽²⁰⁾.

⁽¹⁹⁾ On the other hand, since longtime contractual freedom represents the highest expression of private autonomy: in Teophile's Justinian Institutions paraphrase, following the footsteps of Ulpian's *definitio* of the agreement (*duorum vel plurium in idem placitum consensus*: D. 2,14,1,2), the contract is "il convenire di due o più persone verso lo stesso punto e l'accordo di creare un'obbligazione e di render l'una debitrice dell'altra" (the agreement of two or more individuals towards the same point to create an obligation and make one of them debtor of the other one): Theoph. *Paraphr.* 3,13,2. On this point, see G. NOCERA, *La definizione bizantina di contractus*, in *Riv. it. sc. giur.*, 1936, p. 278 ff. But see also D. 2, 14, 1,3 (Ulp. IV ad ed.): «*Conventionis verbum generale est ad omnia pertinens, de quibus negotii contrahendi transigendique causa consentiunt qui inter se agunt: nam sicuti convenire dicuntur qui ex diversis locis in unum locum colliguntur et veniunt, ita et qui ex diversis animi motibus in unum consentiunt, id est in unam sententiam decurrunt. Adeo autem conventionis nomen generale est, ut eleganter dicat Pedius nullum esse contractum, nullam obligationem, quae non habeat in se conventionem, sive re sive verbis fiat: nam et stipulatio quae verbis fit, nis habeat consensum, nulla est*». On the *dictum* of Sesto Pedio, referred by Ulpian, see above all G. LA PIRA, *La personalità scientifica di Sesto Pedio*, in *BIDR*, XLV, 1938, p. 293 ff.; S. RICCOBONO, *Corso di diritto romano. Stipulationes, contractus, pacta*, Milano, 1935, p. 309 ff.; finally, see L. GAROFALO, *Contratto, obbligazione e convenzione in Sesto Pedio*, in A. BURDESE (edited by), *Le dottrine del contratto nella giurisprudenza romana*, Padova, 2006, p. 337 ff.

⁽²⁰⁾ Also business economy shows to acknowledge these principles of freedom; in fact, according to the standards of evaluation of the social balance introduced by international accounting principles recognized by the European Union, issued by the *International Accounting Standard Board (IASB)*, the *fair value* or equitable value or value of market represents

3. — *The problem of contractual efficiency.*

Private autonomy has to be addressed towards ends which are consistent with the common economic structure of the whole European Union. It is a competitive market structure, which represents the basis of the European economic constitution, as we can argue also from the Treaty on the Functioning of the European Union (Articles 119, 120, 127 TFEU: *open market economy with free competition*)⁽²¹⁾. On the other hand, Article 117 of the Italian Constitution states that the legislative power of the State and Regions is submitted also to the bonds arising from the EU system and provides, for the subjects assigned to the State exclusive competence, the protection of competition⁽²²⁾.

In this perspective, the attention of the most recent studies⁽²³⁾ to the conceptual category of «economic operation» has certainly to be shared, as a notion which allows to capture, better than the notion of contract, the essence of the bargain as a whole,⁽²⁴⁾ highlighting that contractual law has actually to conform to market exigencies in order to regulate its functioning for the protection of consumers, considered – we will see in what sense afterwards – as «weak» parties of the relationship established with «professional parties» (see Articles 3 and 33, Legislative Decree no. 206/2005, hereinafter Consumer Code)⁽²⁵⁾.

the consideration of exchange of a good within a negotiation (*i.e.* in a contract) between *aware and independent* parties.

⁽²¹⁾ See L. CASSETTI, *La cultura del mercato fra interpretazioni della Costituzione e principi comunitari*, Torino, 1997, p. 107 ff., 183 ff.; L. DI NELLA, *Mercato e autonomia contrattuale nell'ordinamento comunitario*, Napoli, 2003, p. 101 ff.

⁽²²⁾ See on this subject G. CORSO, *La tutela della concorrenza come limite alla potestà legislativa (delle Regioni e dello Stato)*, in *Dir. pubbl.*, 2002, p. 980 ff.; M. D'ALBERTI, *Libera concorrenza e diritto amministrativo*, in *Riv. trim. dir. pubbl.*, 2004, p. 347 ff.

⁽²³⁾ Cfr. AND. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992; E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 905 ss.

⁽²⁴⁾ Cfr. AND. D'ANGELO, *Contratto e operazione economica*, Torino, 1992; E. GABRIELLI, *L'operazione economica nella teoria del contratto*, in *Riv. trim. dir. proc. civ.*, 2009, p. 905 ff.

⁽²⁵⁾ Under this aspect, as the Relation to the Consumer Code highlights, the Consumer Code is based “sull'approccio specifico, ignoto al codice civile del 1942, fondato invece su

Therefore, the guarantee of a correct functioning of a competitive market is achieved through the category of economic operation; the discipline to be applied to the concrete case is identified no longer through the type of contract, but through the type of economic operation, or even of performance⁽²⁶⁾. The attention of the legislator to the complexity of the economic operation appears meaningfully testified, for example, by Article 34, paragraph 1, of the Consumer Code, according to which the inequitable clause of a contract concluded between a professional party and a consumer, is evaluated in consideration «della natura del bene o del servizio oggetto del contratto e facendo riferimento alle circostanze esistenti al momento della sua conclusione ed alle altre clausole del contratto medesimo o di un altro collegato o da cui dipende» (of the nature of the good or service which is the object of the contract, and referring to existent circumstances at the moment of its conclusion and to other clauses of the contract itself or of another or depending one⁽²⁷⁾).

Moreover, if we take into consideration the important guidelines established by the economic analysis of law (according to the Anglo - Saxon acronym, EAL, *Economic Analysis of Law*), the notion of economic operation is useful to highlight the vocation of efficiency of the contract⁽²⁸⁾.

un concetto formale di eguaglianza, diretto a garantire una tutela sostanziale, attenta all'equilibrio effettivo – normativo ed economico – del contratto” (on the specific approach, unknown to the Civil Code of 1942, based, instead, on a formal concept of equality, aimed at guaranteeing a substantial protection, attentive to the effective – normative and economical – balance of the contract. See R. ROLLI, *Codice del consumo, commentato per articolo con dottrina e giurisprudenza*, edited by R. Rolli, Piacenza, 2010, *sub art.* 1, p. 79; E. MINERVINI, *Dei contratti del consumatore in generale*, Torino, 2006, p. 27 ff.; M.C. CHERUBINI, *Tutela del contraente debole nella formazione del consenso*, Torino, 2005, p. 129 ff. In the opinion of G. VETTORI, *Codice del consumo. Commentario*, edited by G. Vettori, Padova, 2007, *sub art.* 1, p. 4, the Consumer Code “crea un diritto diseguale” (creates an unequal law).

⁽²⁶⁾ See E. GABRIELLI, *Mercato, contratto e operazione economica*, in A.M. AZZARO (edited by), *Contratto e mercato*, Torino, 2004, p. 63 ff.

⁽²⁷⁾ In this sense, see E. GABRIELLI, A. ORESTANO, *Contratti del consumatore*, in *Dig. Disc. Priv., Sez. civ., Agg.*, vol. I, Torino, 2000, p. 250.

⁽²⁸⁾ See R. COOTER, U. MATTEI, P.G. MONATERI, T. ULEN, *Il mercato delle regole. Analisi economica del diritto civile*, vol. I, *Fondament²*, Bologna, 2006, p. 133.

In other words, the aim of the economic analysis of law is to draw up juridical rules which guarantee transactions (exchanges and assignments of resources) able to maximize general welfare⁽²⁹⁾. This implies that an efficient rule (both autonomous or heteronymous) fosters the cooperation among individuals, orienting it in such a way as to maximize the profit of all parties of the economic operation, with disregard to distributive problems. In fact, the problem of an equitable allocation of the meagre resources which constitute the circulating wealth is traditionally considered as a matter of re – distribution of incomes, whose solution is referred to measures of public finance⁽³⁰⁾.

From the point of view of economists, there is a distinct clear separation between allocative and distributive aspects; hence, the aim of these scholars has been traditionally considered solely that of economic efficiency (allocative), dating back to Vilfredo Pareto's theories, according to which the situation is efficient when it is not possible to improve the condition of an individual within the system without making as other individual's one worse (Pareto optimal)⁽³¹⁾.

But the failure of Pareto's criteria has been highlighted by scholars such as Guido Calabresi, whose analyses are marked by the balance of values of efficiency and distributive justice of wealth, justifying public intervention in the economy⁽³²⁾.

⁽²⁹⁾ In these terms, see F. DENOZZA, *Norme efficienti. L'analisi economica delle regole giuridiche*, Milano, 2002, p. 3 ff.

⁽³⁰⁾ A. MITCHELL POLINSKY, *An introduction to Law and Economics*, Boston, 1983, p. 10.

⁽³¹⁾ V. PARETO, *Manuale di economia politica, con una Introduzione alla scienza sociale*, Milano, 1906, p. 357.

⁽³²⁾ See G. CALABRESI, *The Pointlessness of Pareto: Carrying Coase Further*, in *Yale Law Journal*, C, 1991, p. 1211-1237, where the Author refers to the so – called *test of Kaldor – Hicks*, which defines an efficient displacement «tutte le volte in cui coloro che traggono un utile guadagnano più di quanto perdono coloro che subiscono un danno, per cui, se i vincitori compensassero i perdenti, otterrebbero comunque un miglioramento della loro posizione rispetto a quella precedente lo spostamento» (whenever those who gain a profit earn more than the loss of those people who suffer a damage, so that if winners were to compensate losers, they would achieve in any case an improvement of their position in comparison with

The issue to be raised, therefore, is the admissibility of the equitable intervention of the judge, through the clause of fairness, in order to settle an (not only regulative, but) economical balance of the contract, potentially different from the one arising from the genesis of the relationship, in view of safeguarding the real interests of *both* parties.

4. — *The equity of the exchange*

The themes of equity and efficiency of juridical rules are strictly connected: in fact, the current system of private patrimonial law shows unequivocal signs of partiality for justice and equity of contractual exchanges and, more generally, the fairness of conduct of subjects involved in an economic operation which aims to assume a precise juridical form⁽³³⁾.

In this regard, it is significant that Article 2, paragraph 2, lett. e) of the Consumer Code recognizes consumers' and users' fundamental rights of fairness, transparency and equity of contractual relationships.

The conception of man as a relational being is the centre of contractual law, where the reference to fairness and equity is inspired by clear intent to promote and protect the ethic of bargains.

It can be useful, in this regard, to clearly define firstly the meaning of the equitable procedure in contract law.

The notion of equity refers to a procedure of integration of the contract (see Article 1374 of the Civil Code), which highlights the circumstances of the concrete case to set forth a discipline of the relationship which is

the previous one). The fact that the criterion of the Paretian optimum, applied to define the distribution of goods in a system of pure competition, is not on the contrary applicable in a context of tragic choices (*tragic choices*, concerning basic goods and fundamental values), where limits of pure market emerge, has been confirmed by G. CALABRESI, P. BOBBIT, *Scelte tragiche*, Italian translation edited by C. M. Mazzoni e V. Varano, 2^a ed., Milano, 2006, p. 89 ff.

⁽³³⁾ In argomento, v. F. VOLPE, *La giustizia contrattuale tra autonomia e mercato*, Napoli, 2004, p. 260 ff.; M. PERRECA, *La congruità dello scambio contrattuale*, Napoli, 2006, p. 117 ff.; PIER. MENGOZZI, *Lo squilibrio delle posizioni contrattuali nel diritto italiano e nel diritto comunitario*, Padova, 2004.

adequate for the substantial protection of interests involved, as they arise from an interpretation of the will of the parties in conformity with good faith (Article 1366 Civil Code)⁽³⁴⁾. But the equity too – as Aristotle argued in his *Retorica* – is an interpretative criterion, as fairness, since it allows turning one's attention to the spirit, rather than literally to the law⁽³⁵⁾.

⁽³⁴⁾ On this theme, also in a historical perspective, the contribution of A. PALAZZO, *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna*, in A. PALAZZO, I. FERRANTI, *Etica del diritto privato*, Padova, 2002, vol. I, p. 2 ff., is fundamental. Here the Author analyses the roots of the principle of equity and the role of values and of «permanencies», as a fundamental principle of the juridical culture. On this subject, see S. RODOTÀ, *Le fonti di integrazione del contratto*, cit., p. 205 ff., specifically p. 246, where the Author underlines that equity is not a general clause «proprio perché essa non si risolve nella individuazione di un parametro, sia pure elastico, ma unicamente in un ampliamento dei poteri del giudice in ordine all'apprezzamento di circostanze altrimenti irrilevanti» (because it is not resolved by identifying a standard, even elastic, but solely by increasing of the powers of the judge related to the evaluation of circumstances which would otherwise be insignificant.)

The integrative profile of equity emerges especially during the interpretative phase of the contract (Article 1371 of the Civil Code), where interests of the parties and the programmatic set up they pursued are particularly emphasized: see F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, Milano, 1970, specifically p. 304 ff.; A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006, p. 15 ff., 35 ff., 339 ff.

⁽³⁵⁾ The definition of equity as «giustizia del caso concreto» (justice of the concrete case), as V. FROSINI, *Equità (nozione)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966, p. 69-70 underlines, is only a conventional phrase of the Scholasticism which resumes the Aristotelian thought relevant to the problem of equity, which should be therefore better defined as “law of the single case”.

ARISTOTLE deals with equity both in *Etica Nicomachea* (V, 1136 a – 1138 a) and in *Retorica* (I, 1374 a-b). In particular, see ARISTOTELE, *Etica Nicomachea*, Italian translation with introduction and notes of C. Natali, 4^a ed., Roma-Bari, 2005, p. 215; ID., *Retorica*, introduction of F. Montanari, critical text, Italian translation and notes edited by M. Dorati, Milano, 1996, p. 111-112. See A. PALAZZO, *Interessi permanenti nel diritto privato ed etica antica e moderna*, cit., p. 17-18; A. GIULIANI, *La definizione aristotelica della giustizia. Metodo dialettico e analisi del linguaggio*, Perugia, 1971.

Another notorious definition of equity is provided by the fragment of one of the first glossators, according to which it is «quella armonia di fatti che esige un pari trattamento giuridico a parità di cause»: *Aequitas est rerum natura convenientia quae in paribus causis paria iura desiderat*. (the harmony of facts which requires the same juridical treatment with the same causes). It is the *Fragmentum Pragense*, widely referred by P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, 6^a ed., Roma-Bari, 2000, p. 176.

The task of fairness is to make the conduct of the parties fit a model which is coherent with the fundamental principles of the legal system, while equity allows to take into consideration the particular exigencies not made clear by legal provisions, guaranteeing a set up of interests which suits the will of the parties⁽³⁶⁾.

Nevertheless, since fairness and equity take their rightful place among the sources of integration of the contract, the border between the two concepts grows considerably finer when we interpret the concrete case in order to achieve a resolution of the conflict of patrimonial interests which suits the will of the contracting parties.

Essentially, fairness is the rule of conduct of the parties which is

The concept of *aequitas* is characterized by a continuous line which arises from a passage of Ulpian's *Digesta*, where we can find Celsus' famous definition, according to which *ius est ars bonum et aequum* (but see Cicerone's and Labeone's natural equity), up to the reflections of glossators and canonists (from Imerio to Graziano), both attentive towards the factual dimension of law. On this subject, see the valuable analysis of A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*, Torino, 2005, p. 361 ff., specifically p. 366-367, and of P. GROSSI, *L'ordine giuridico medievale*, quoted, p. 175 ff., 203 ff., specifically p. 213: «I fatti, i fatti particolari, che avevano tanta forza da piegare la rigidità dello *strictum ius*: questo era congenialissimo a un diritto canonico umano che era stato da secoli strutturato come materiale pieghevole. I glossatori parlavano lo stesso linguaggio: bastava soltanto dare un contenuto spirituale ai fatti invocati dai civilisti, inquadrare norme e fatti nell'ottica squisitamente pastorale d'una società religiosa, e l'*aequitas* poteva prestarsi ad essere la chiave di volta, la cifra secreta, la costituzione materiale di tutto l'ordinamento della Chiesa». (Facts, particular facts, which had as much force as bending the rigour of *strictum ius*: this was very congenial to a human canon law which had been for a long time structured as a flexible material. Glossators spoke the same language: giving a spiritual content to facts invoked by experts in civil law, setting rules and facts within an exquisitely spiritual pastoral vision of a religious society, was enough to make *aequitas* the keystone, the secret code, the material constitution of the entire system of the Church).

The historical perspective is well highlighted by V. SCIALOJA, *Del diritto positivo e dell'equità*, in *Studi giuridici*, vol. III, Roma, 1932, p. 1 ff., and by E. OSILIA, *L'equità nel diritto privato*, Roma, 1923, *passim*.

⁽³⁶⁾ Cfr. M. FRANZONI, *Buona fede ed equità tra le fonti di integrazione del contratto*, in *Contr. e impr.*, 1999, p. 83 ff.; ID., *Degli effetti del contratto*, vol. II, *Integrazione del contratto. Suoi effetti reali e obbligatori*, artt. 1374-1381, in *Cod. civ. Commentario* directed by P. Schlesinger, Milano, 1999, p. 165 ff.; F. GALGANO, *Degli effetti del contratto*, in *Comm. cod. civ. Scialoja e Branca*, edited by F. Galgano, Bologna- Roma, 1993, p. 65 ss.

exploitable for the achievement of an equitable reconciliation of the involved interests. This implies a very important consequence: an unfair conduct can only lead to an unrighteous and unlawful contract.

Therefore, the concrete set up of the interests of the parties, in accordance with a balance which takes into consideration the legitimate aspiration of each of them to the maximization of the profit deriving from the economic operation, in keeping with the values of the human being, can be only achieved through an interpretation of the contract according to the principle of fairness.

To confirm the above, it is appropriate to take into account that our *Corte Suprema* has expressly recognized «il principio di correttezza (art. 1175 c.c.) costituisce il limite interno di qualunque posizione giuridica di origine contrattuale e contribuisce alla conformazione (in senso ampliativo o restrittivo) delle stesse posizioni, in modo da assicurare l'ossequio alla giustizia sostanziale del rapporto. Il principio suindicato (buona fede oggettiva) concorre a creare la *regola iuris* del caso concreto»⁽³⁷⁾ (the principle

⁽³⁷⁾ It is the famous decision relevant to the case *Comune di Fiuggi c. Ente Fiuggi s.p.a.*, Cass., 20 aprile 1994, n. 3775, in *Foro it.*, 1995, I, c. 1296 and in *Giur. it.*, 1995, I, 1, c. 852. In the case in question, the judges set forth that «La clausola, inserita nei contratti “per la condizione e l'esercizio delle concessioni delle sorgenti di acqua minerale” e “per la locazione degli stabilimenti termali” conclusi dal Comune di Fiuggi con un privato, che, attribuendogli “la piena libertà” di determinare il prezzo in fabbrica delle bottiglie, consente al medesimo privato di bloccare tale prezzo nonostante la svalutazione monetaria, impedendo allo stesso Comune di conseguire anche l'adeguamento del canone correlato al ripetuto prezzo, è contraria al principio di buona fede che, per il suo valore cogente, concorre a formare la “*regola iuris*” del caso concreto, determinando, integrativamente, il contenuto e gli effetti dei contratti e orientandone, ad un tempo, l'interpretazione e l'esecuzione». (the clause, included in contracts “for the condition and exercise of the concession of sources of mineral water” and “for the lease of thermal spas” concluded between Comune di Fiuggi and a private subject, which through the recognition of “the full freedom” to determine the factory price of bottles, allows the private subject to freeze that price in spite of the monetary depreciation, preventing the Comune to also adjust the rent related to the repeated price, is in contrast with the principle of good faith which, for its legally binding value, concurs to form the “*regola iuris*” of the concrete case, determining, in an integrative way, the content and the effects of contracts and orienting, at the same time, their interpretation and performance). The decision has been commented, among others, by Authors, by

of fairness (Article 1175 of the Civil Code) represents the internal limit of all juridical positions having a contractual origin and contributes to their conformation (in an extensive or restrictive sense), guaranteeing the respect of the substantial equity of the relationship. The aforesaid principle (objective good faith) concurs to create the *regola iuris* of the concrete case).

Under this aspect, fairness, as a rule of evaluation of the conduct of parties involved in a compulsory relationship (Article 1175 and 1375 of the Civil Code) has become, during the last years, a real means of the legally binding interpretation of the contract, in order to guarantee the so – called «equity of the exchange»; it is identifiable with the concept of equity⁽³⁸⁾, particularly of *aequitas singularis* in its medieval meaning⁽³⁹⁾, which strongly comes up again, whenever the judge underlines the factual dimension of the law to be applied, giving a decisive importance to the subjective qualities of the parties and to the «history» of their relationships (the so – called circumstances of the case) for the interpretation of contractual declarations and the balance of respective positions⁽⁴⁰⁾.

L. NANNI, *Scelte discrezionali dei contraenti e dovere di buona fede*, in *Contr. e impr.*, 1994, p. 475 ff., and by V. CARBONE, *La buona fede come regola di governo della discrezionalità contrattuale*, in *Corr. giur.*, 1994, p. 566 ff. See, on this point, also E. FABIANI, *Clausole generali e sindacato della Cassazione*, Torino, 2003, p. 663, who classifies the sentence in question among the hypotheses in which the *Cassazione* has not stated the unquestionableness in the field of legitimacy with reference to the concept of good faith.

⁽³⁸⁾ Actually, according to authoritative doctrine, the distinction between fairness and equity follows the thread, respectively, of the behavioural and performance profile, or of the regulating and objective compulsory rapport: see F. GAZZONI, *Equità e autonomia privata*, quoted, p. 292.

⁽³⁹⁾ See F. CALASSO, *Equità (storia)*, in *Enc. dir.*, vol. XV, Milano, 1966, p. 67 ff.

⁽⁴⁰⁾ Cfr. A. SASSI, *Equità e buona fede oggettiva nel diritto interno ed europeo*, in *Cultura dell'integrazione europea*, edited by T. Sediari, Torino, 2005, p. 209 ff., specifically p. 260 ff.

In this perspective, one of the keystones offered from time to time by the current system of private law to accomplish the principle of equity, can be found in the coherent lecture of Article 1366 of the Civil Code, according to which the contract has to be interpreted by the standard of the general clause of good faith, together with Article 2721, paragraph 2, pursuant to which the judge can allow testimonial evidence of contracts over the limit of value of the object specified by paragraph 1 (€ 2,50) «tenuto conto della *qualità delle parti*, della *natura del contratto* e di *ogni altra circostanza*» (taken into consideration the *quality of parties*,

So, if the efficiency of the economic system is a prerogative of perfectly competitive markets, where consumers and producers are well informed and no externalities exist (the price of each good is equal to its marginal cost), it is essential for the legal system to be constantly oriented to guarantee firstly the removal of *informative asymmetries* in the relationships of exchange⁽⁴¹⁾ since, as a result of a breach of the rule of fairness, they represent one of the main obstacles for the economical development of the country.

In this perspective, the aim of contract law is not only to provide the

the *nature of the contract and all other circumstances*) (the cursive is ours). Another legal example of the actual significance in the determination of the meaning to be assigned to the contractual is represented by Article 7 of the Legislative Decree of 9th October 2002, no. 231 (implementation of the Directive 2000/35 CE related to the fight against the delays in the payment of commercial transactions), according to which «L'accordo sulla data del pagamento, o sulle conseguenze del ritardato pagamento, è nullo se, avuto riguardo alla *corretta prassi commerciale, alla natura della merce o dei servizi oggetto del contratto, alla condizione dei contraenti ed ai rapporti commerciali tra i medesimi, nonché ad ogni altra circostanza*, risulti gravemente iniquo in danno del creditore» (The agreement on the date of the payment, or on consequences of delayed payment, is void if, with regard to the *correct commercial general rule, to the nature of goods or services object of the contract, to the condition of parties and to the commercial relationships among them, and to all other circumstances*, it turns out as seriously unfair for the creditor) (the cursive is ours). See AND. D'ANGELO, *La buona fede*, in *Trattato di diritto privato*, directed by M. Bessone, XIII, t. IV**, Torino, 2004, specifically p. 155 ff.; the exigency of the respect of the principle of proportionality between contractual performances is highlighted by P. PERLINGERI, *Equilibrio normativo e principio di proporzionalità nei contratti*, in *Rass. dir. civ.*, 2001, p. 334 ff.; ID., *Nuovi profili del contratto*, *ivi*, 2000, p. 560 ff. See A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, quoted, p. 391., where the Author underlines the importance of the application of the equitable principle for the evaluation of fundamental (patrimonial or patrimonially neutral) interests of the parties of the relationship. Substantially, an apparent juridical balance or an apparent disproportion between performances can be considered in accordance with justice if they are reviewed in the light of an «esatta conoscenza delle singole circostanze e della storia personale dei soggetti (*fides*)» (exact knowledge of single circumstances and of the personal history of subjects). See also G.M. UDA, *La buona fede nell'esecuzione del contratto*, Torino, 2004, p. 109 ff.; U. PERFETTI, *L'ingiustizia del contratto*, Milano, 2005, specifically p. 230 ff., where the accent is placed on the necessity to guarantee the *material equity* of the contract.

⁽⁴¹⁾ On this subject, see F. SCAGLIONE, *Il mercato e le regole della correttezza*, in *Trattato di diritto commerciale e di diritto pubblico dell'economia*, directed by F. Galgano, vol. LVII, Padova, 2010, p. 145 ff.; M. DE POLI, *Asimmetrie informative e rapporti contrattuali*, Padova, 2002, p. 71 ff., where the Author appropriately underlines that in the field of common law the existence of a duty of disclosure where the responsibility lies on the parties, represents an exception.

parties with *default* rules, that is optional provisions, which cut down the compromise costs related to negotiations of clauses not considered essential in view of the conclusion of the agreement⁽⁴²⁾, but above all to set out mandatory rules that prevent inefficiencies from arising from warranties based on a will invalidated by error, violence, malice or on other serious contractual informative and/or economical asymmetries, considering the aforesaid warranties not binding⁽⁴³⁾.

The guarantee of the substantial parity of the starting conditions in the bargaining⁽⁴⁴⁾ (phase of negotiation) also means, under the aspect of ethic of private law, to make equity and justice of contracts effective, taking into consideration the peculiarity of the concrete case. This task is assigned to the judicial discretion of the judge, which is not *legibus soluta*, but it is subject to the binding force of the rule of the objective good faith, risen to the rank of economic fairness.

In this sense, as we will see, the economical perspective of the juridical analysis does not exclude the consideration of the human vicissitude as the central moment of the hermeneutics of the private action, which must

⁽⁴²⁾ Cfr. R. PARDOLESI, *Regole di default e razionalità limitata: per un (diverso) approccio di analisi economica al diritto dei contratti*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 1996, p. 451 ff.; A. GAMBARO, *Contratto e regole dispositive*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 1 ff. On this subject, see G. BELLANTUONO, *I contratti incompleti nel diritto e nell'economia*, Padova, 2000.

⁽⁴³⁾ Cfr. U. MATTEI, *Regole sicure. Analisi economico-giuridica comparata per il Notariato*, Milano, 2006, p. 185 ff., where the Author specifies that also the third aim of contract law is to provide «regole esecutive, che introducono incentivi alla prestazione, per evitare comportamenti opportunistici della parte che deve adempiere per seconda, perseguendo così l'efficienza attraverso l'aumento del numero degli scambi e della dimensione del mercato» (executive rules, which introduce incentives, to avoid opportunistic conduct of the party which has to fulfil secondly its performance, in this way pursuing efficiency through the increase of the number of exchanges and of the dimension of the market).

⁽⁴⁴⁾ Cfr. F. MESSINEO, *Il contratto in genere*, in *Trattato di dir. civ. e comm.* Cicu-Messineo, vol. XXI, t. I, Milano, 1973 (reprint), p. 47: «Dal dato che il contratto è istituto giuridico privatistico, discende il principio della *pariteticità* (o *parità*) fra i contraenti (consistente nell'uguaglianza di essi, *nel punto di partenza*), sì che il contratto è, per sua natura, paritetico» [In consideration of the fact that the contract is a juridical figure of private law, it results in the principle of *parity* between the parties (which consists in their equality, at the *starting point*), so that the contract is, by nature, equal].

always be aimed at the research of wealth and civil growth of all main characters of the market⁽⁴⁵⁾.

Economics and law find a harmonious synthesis in the concept of fairness⁽⁴⁶⁾, which has become, among the general clauses of private law, the fundamental one to aim the contractual conduct at the maximization of individual and collective wealth.

Nevertheless, as we already remarked, Article 41 of the Italian Constitution itself states that the private economical initiative is free, but it cannot be carried out in contrast with social usefulness in a way which could damage safety, freedom, human dignity.

In particular, if the criterion of social usefulness can be concretized with reference to the consumers' legislation, it is precisely the reference to the meta – value of human dignity⁽⁴⁷⁾ that reflects a precise prescriptive guideline

⁽⁴⁵⁾ The risks arising from the economical analysis of law, as a field of comparison between law and economy, are highlighted by P. PERLINGIERI, *Il diritto dei contratti fra persona e mercato. Problemi del diritto civile*, Napoli, 2003, p. 273, whenever it «a) diventa la prospettiva esclusiva di lettura degli istituti giuridici e non riconosce i suoi limiti (in quanto la società non si esaurisce in rapporti economici o nella categoria della patrimonialità); b) trascura che ciò che è patrimonialmente conveniente non sempre risponde all'etica e al rispetto della dignità della persona; c) non considera che efficienza e giustizia sono aspetti a volte conflittuali i quali vanno coordinati dal potere politico e rimessi alla sua decisione». [a] becomes the exclusive perspective of the lecture of juridical figures and does not recognize its limits (since the society does not turn out solely in economic relationships or in the patrimonial category b) neglects that what is convenient under a patrimonial aspect does not always correspond to ethic and to the respect of dignity of the individual; c) does not consider that efficiency and justice are sometimes conflictual aspects which have to be coordinated by the political power and referred to its decision.]

⁽⁴⁶⁾ On the historical significance of the civil interpretation through general clause, see above all A. PALAZZO, *Profili dell'interpretazione civile tra XVII e XX secolo*, in N. PICARDI, B. SASSANI, F. TREGGIARI (edited by), *Diritto e processo. Studi in memoria di Alessandro Giuliani*, Napoli, 2001, II, p. 372; the more recent use of general clauses in the jurisprudential hermeneutics is testified by essays compiled by L. CABELLA PISU, L. NANNI (edited by), *Clauseole e principi generali nell'argomentazione giurisprudenziale degli anni novanta*, Padova, 1998, and previously by the rich study of F. ROSELLI, *Il controllo della Cassazione civile sull'uso delle clauseole generali*, Napoli, 1983, spec. p. 171 ff.

⁽⁴⁷⁾ See G. PIEPOLI, *Dignità e autonomia privata*, in *Pol. dir.*, 2003, p. 56 ff.; ID., *Tutela della dignità e ordinamento della società secolare europea*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2007, p. 7 ff.; P. MOROZZO

of entrepreneurial ethic, which highlights the fundamental principle of the protection of the individual, considered «nella sua intrinseca e coessenziale dinamica esplicativa» (in its intrinsic and co-essential explicative dynamics)⁽⁴⁸⁾, as a standard of evaluation of the morality of competitive conduct and, after all, of its legality; this principle is not susceptible of any balance with other values, even of constitutional rank.

Also the role of Articles 2 and 3 of the Italian Constitution cannot be neglected since, through the principles of economic and social solidarity and of (formal and) substantial equality⁽⁴⁹⁾, orient the interpreter towards an analysis of the acts of private autonomy, particularly attentive to the considerable aspects of the individual, whose central significance is undoubted⁽⁵⁰⁾.

In this sense, fairness become the vehicle for the concretization of constitutional principles of solidarity, substantial equality and of freedom of private economical initiative.

The key to interpreting through which the traditional definitions of the problem of pre – contractual liability have to be reviewed and interpreted is the unification of standards of evaluation of «actors» or subject of market, both professionals or consumers, in the light of the principle of fairness provided for by Article 1337 of the Civil Code and specified in its whole complex system of private law.

Therefore, the pre – contractual liability must be considered not only as a means of protection of the weak party of the bargaining, but moreover as a defence of efficient and pro – competitive economic – juridical conducts, in accordance with human dignity, as an essential prerogative of the different

DELLA ROCCA, *Il principio di dignità della persona umana nella società globalizzata*, in *Dem. dir.*, 2004, p. 195 ff.

⁽⁴⁸⁾ In these terms, v. N. LIPARI, *Diritti fondamentali e categorie civilistiche*, in *Riv. dir. civ.*, 1996, I, p. 420.

⁽⁴⁹⁾ On this subject, v. A. CERRI, *L'eguaglianza*, Roma-Bari, 2005, p. 67 ff.

⁽⁵⁰⁾ Cfr. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*³, Napoli, 2006, t. I, p. 376 ff.; P. RESCIGNO, *Il principio di eguaglianza nel diritto privato*, in ID., *Persona e comunità*, Bologna, 1966, p. 335 ff.

expressions of its personality, including those which show themselves within juridical market relationships⁽⁵¹⁾.

So, the exigency of a conceptual category of the economical operation is to be connected properly to the necessity of «processing» the bargain undertaken by the private parties in order to be able to regulate its most important phases from the point of view of the interests of the market.

In fact, if the ultimate end of the prescriptive interventions to guarantee the efficiency of the market, the result is that exchanges must be carried out between subjects with no informative asymmetry and no disparity of economic power which obstruct the free and unaffected formation of the contractual agreement, in the light of the circumstances of the concrete case.

In fact, the current system of pre – contractual liability is mainly characterised by the centrality of public interest in the performance of exchanges among private subjects without any alterations of their substantial parity, as a starting – point of the negotiations aimed to set out the contractual conditions⁽⁵²⁾.

⁽⁵¹⁾ Nevertheless, see, in this regard, A. DI MAJO, *Delle obbligazioni in generale*, in *Commentario del cod. civ.* Scialoja-Branca, Bologna-Roma, 1988, p. 314: «l'ancoraggio anche ai valori costituzionali (ad es. ai principi del rispetto della dignità dell'uomo) non sempre è risolutivo dei problemi connessi ad una valutazione, in termini di correttezza-buona fede, dell'agire del soggetto. Si potrebbe dire che questa valutazione si colloca all'ultimo gradino dell'agire. Essa guarda alle modalità della condotta e ciò nel piccolo universo della singola relazione bilaterale così come questa relazione si è venuta costruendo, più che ad una astratta comparazione tra l'agire del soggetto e i principi della Costituzione. È per questa ragione che gli stessi principi costituzionali offrono criteri poco praticabili. Sicuramente, siffatti principi dovrebbero subire mediazioni e filtri ulteriori, che abbiano riguardo al *concreto* rapporto tra le parti instaurato». (the link also to constitutional values is not always resolute of problems connected to an evaluation, in terms of fairness – good – faith, of the conduct of the individual. We could say that this evaluation takes its place at the last stage of the conduct itself. It concerns the modality of the conduct, in the little universe of the single bilateral relationship within which the latter has been built, more than an abstract comparison between the conduct of the individual and the principles of Constitution. It is for this reason that the same constitutional principles offer not very practicable criteria. Certainly, the aforesaid principles should undergo further mediations and filters, which concern the concrete relationship between the parties).

⁽⁵²⁾ Another problem is the *parity of treatment* between contractual counterparties (which are in a homogeneous position: parity between buyers, sellers, etc.): under this aspect, see D. MAFFEIS, *Il contraente e la disparità di trattamento delle controparti*, in *Riv. dir. priv.*, 2006, p. 281 ff.

The substantial disparity in the pre – contractual relationships results in unfair behaviour, which we define economical to underline that it is in contrast with respect to the tenet – principles of the market economy, where the fundamental premise is represented by the guarantee of competitiveness, to be meant as the ability of the actors of the market – undertakers and consumers – to orient their decisions of exchange without any conditioning arising from the subjection to other parties’ contractual power.

This lack of conditioning must characterise not only the relationships among undertakers (according to the Anglo – Saxon acronym, B2B, *business to business*), whose conduct is subject to the assessment of professional fairness (Article 2598 Civil Code and Article 39 Consumer Code⁽⁵³⁾, but also the relation between the professional and the consumer (B2C, *business to consumer*, Articles 18-27 and 33-38 Consumer Code) and among consumers (C2C, *consumer to consumer*)⁽⁵⁴⁾.

⁽⁵³⁾ If professional fairness is the behavioural rule of the undertaker within the competition relationship, in the contract of exchange among undertakers it is necessary to protect the «weak» one, as the possible victim of an economical dependence abuse. In this regard, the doctrine speaks about a «third contract», to be placed close to the traditional model of contract (individually negotiated) and the contract concluded with the consumer (standardized): see R. PARDOLESI, *Prefazione* a G. COLANGELO, *L'abuso di dipendenza economica tra disciplina della concorrenza e diritto dei contratti*, Torino, 2004, p. XI ss.; G. GITTI, G. VILLA (edited by), *Il terzo contratto*, Bologna, 2008; E. MINERVINI, *Il “terzo contratto”*, in *Contratti*, 2009, p. 493 ss.; E. RUSSO, *Imprenditore debole, imprenditore-persona, abuso di dipendenza economica, «terzo contratto»*, in *Contr. e impr.*, 2009, p. 120 ss.; G. GITTI, *Premessa*, in G. GITTI (edited by), *L'autonomia privata e le autorità indipendenti*, quoted, p. 12; G. AMADIO, *Nullità anomala e conformazione del contratto (note minime in tema di abuso dell'autonomia contrattuale)*, in *Riv. dir. priv.*, 2005, p. 285 ff., specifically p. 303, where the Author evokes the image of the weak professional.

⁽⁵⁴⁾ See G. DE NOVA, *Contratti di impresa*, in *Enc. dir., Annali*, IV, Milano, 2011, p. 243 ff.; P.G. MONATERI, *I contratti di impresa e il diritto comunitario*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, I, p. 490, who reminds that, together with the aforesaid theories, «si pone il problema dei contratti B to b, ovvero degli accordi contrattuali con piccoli imprenditori. Questi ultimi, infatti, non dispongono delle medesime capacità di ausilio contrattuale (conoscenze, studi legali, ecc.) che caratterizzano la contrattazione fra imprese, ma nemmeno possono essere considerati come agenti non professionali» (we have to deal with the problem of contracts B to b, that is contractual agreements with few undertakers. In fact, the latter do not have the same possibilities of contractual support (acquaintances, law firms, etc.) which characterise the negotiation among enterprises, but they can not even been considered as a non professio-

nal subject); G. CIAN, *Contratti civili, contratti commerciali e contratti d'impresa: valore sistematico-ermeneutico delle classificazioni*, in *Riv. dir. civ.*, 2004, I, p. 849 ss.; G. OPPO, *I contratti d'impresa tra codice civile e legislazione speciale*, in *Studi in onore di Cesare Massimo Bianca*, t. III, Milano, 2006, p. 666, where the Author underlines that «la distinzione forse oggi più rilevante è da farsi in termini per così dire soggettivi anche se esprime fondamentali posizioni di mercato, le posizioni cioè dei portatori tipici della domanda (e di bisogni) e dell'offerta: è la distinzione, dei contratti del mercato, in contratti tra imprenditori e consumatori, da un lato, e contratti tra imprenditori *inter se* dall'altro. Contratti unilateralmente e bilateralmente imprenditoriali» (the probably most important distinction nowadays has to be made in subjective terms, even if it expresses fundamental market positions, that is, positions of typical holders of demand (and needs) and offer: it is the distinction, within the market contracts, between contracts between undertakers and consumers, on one hand, and contract among undertakers *inter se* on the other hand. Unilaterally and bilaterally entrepreneurial contracts.

LUANA SCARCELLA (*)

COMMANDER RESPONSIBILITY FOR “OMISSION”: TO WHAT EXTENT ARTICLE 28(A) OF THE ROME STATUTE OF THE ICC HAS PROVIDED A NEW *MENS REA* STANDARD

SUMMARY: 1. Introduction. — 2. Commander’s *Means Rea* in Crimes of Omission. — 3. The “Strict” and “Lenient” Approach. — 4. The Interpretation of *Mens Rea* until World War II. — 5. Codification of the Principle of Command Responsibility. — 6. The ICTY Cases on Command Responsibility. — 7. Command and Superior Responsibility under the ICC’s Statute. — 8. ICC *Mens Rea* in Command Responsibility. The “Culpable” Doctrine in the Crime of Omission. — 9. Relevance of the “Culpable” Doctrine at the International Criminal Level. — 10. Conclusion.

1. — *Introduction*

Command responsibility, in International Criminal Law, may be defined as “the responsibility of commanders for war crimes committed by subordinate members of their armed forces or other persons subject to their control”⁽¹⁾.

This responsibility may be either direct or indirect. As a matter of International Criminal Law the responsibility of the commander/superior⁽²⁾ can be established on two grounds:

(*) Italian Lawyer; LL.M International Human Rights Law, City University, London, UK; Legal Adviser at Humanitarian and Human Rights Law Center, Al-Quds University, Occupied Palestinian Territory.

(1) W. BRUNETT, *Command Responsibility and a case Study of the Criminal Responsibility of Israeli Military Commanders from the Pogrom at Shatila and Sabra*, in *Military Law Review* (1985), p. 71. See also P. VERRI, “*Dictionnaire Du Droit International Des Conflits Armés*”, in *CICR*, 1988, p. 108: «Le droit des conflits armés prévoit également une responsabilité pour les commandants militaires qui: a) donnent à leurs subordonnés l’ordre de violer les règles de ce droit; b) n’empêchent pas de telles violations; c) ne les répriment pas. Enfin, chaque militaire encourt une responsabilité directe pour les infractions qu’il a lui-même commises.»

(2) They are not equivalent. The difference between commander and superior would be of great importance as analysed hereinafter particularly with reference to of Article 28 of the Rome Statute of International Criminal Court (ICC).

- Direct form of responsibility for actions committed/ordered/facilitated by the commander/superior under the principles of individual criminal responsibility⁽³⁾.

- Indirect form of responsibility for having omitted to stop the perpetration of crimes committed or attempted by his subordinates acting under his effective control. More recently, the theory that a failure may well be considered as grave as a commission when the *agens* (i.e. the commander/superior) had the legal duty to act and failed to⁽⁴⁾.

The appropriate standard of *mens rea* required by both individual criminal responsibility and commander criminal responsibility, have raised a big debate amongst scholars and commentators. However, for the purpose of this paper, only the level of commander's knowledge requested to be held accountable for the failure to stop the acts committed by his subordinates (i.e. commander *mens rea* in case of omission crimes) will be analysed⁽⁵⁾.

2. — *Commander's Means Rea in Crimes of Omission.*

According to the fundamental principles of Criminal Law, in order to be held criminally responsible a person must have acted with *dolus* which is composed of two conjunctive elements: the knowledge of the illegitimacy and the intent of committing a crime.

This principle has been acknowledged by the the International Criminal Tribunal for the former Yugoslavia (hereinafter ICTY), the International Criminal Tribunal for Rwanda (hereinafter ICTR) and the International Criminal Court's (hereinafter ICC) Statutes. According to the latter: "unless

⁽³⁾ See Article 25 ICC, Article 7 of International Tribunal for the Former Yugoslavia (ICTY), Article 6 of International Tribunal for Rwanda (ICTR).

⁽⁴⁾ See in this respect the principle stated in Article 40(2) of Italian Criminal Code for its plain words: «Not to prevent a fact which it is legal duty to prevent, is equivalent to cause it» [translation added].

⁽⁵⁾ The author will not venture in analysing the material element of commander crimes, which may well exempt his criminal liability.

otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for a crime only if the material elements are committed with “intent and knowledge” (see Article 30 as better analysed at chapter 3, para “a”). The first element – the intent – however is difficult to be proven in crimes of omission. While it is pellucid, to the extent of the *mens rea*, that an express illegitimate order of a commander/superior includes both the knowledge of the illegitimacy and the intent to commit the crime, even by means of subordinates, the responsibility for omission, instead, is more problematic. In the latter it is more complicated to assess the intent of a commander with no direct express order or active contribution even in the form of aiding and abetting, coming from the commander himself. It is the case, in this regard, that commanders quite often attempt to avoid criminal liability by simply invoking the absence of intent in their actions.

This difficulty has led part of the case law to profess that only the knowledge of subordinate’s crime may be sufficient to incriminate the commander. On the contrary other judicial decisions still require the intent as a fundamental factor of the commander’s criminal liability for omission as further described in the following paragraphs.

3. — *The “Strict” and “Lenient” Approach.*

Over the past decades, jurisprudence has developed two different theories regarding the *mens rea*: the “strict” approach, and the “lenient” approach the latter better known as the “appropriate standards of constructive knowledge”. Both theories are based on two different ideas of placement of the burden of responsibility, and in particular:

For the “strict approach” the commander, “should have known” that his subordinates, operating under his effective control, were committing or attempting to commit a crime. The strict approach is based on the existence of two elements. The first being the responsibility of the commander to oversee the acts committed or attempted by his direct subordinates. The second being his duty to prevent the commission of crimes, in the name of

the military rank of the commander who, according to this approach, is in a position to be aware of such illegitimate actions, and therefore to prevent the perpetration.

For the “lenient” approach, instead, commander’s responsibility is to be found only when he “had reason to know” that the subordinates were committing a crime. Therefore this approach requires commander’s real knowledge of the subordinate’s misconduct; namely he had real, effective knowledge of the perpetrations or attempts but he avoided to control them. This may occur, for example, when the commander had been put on notice but the notice was *intentionally* ignored.

The difference between the two mentioned theories has been analysed both by the Nuremberg and Tokyo Tribunals, as well as by the *ad hoc* ICTY and ICTR. From an initial trend affirming the “should have known” test in the *Yamashita*⁽⁶⁾ and *Toyoda*⁽⁷⁾ cases, subsequent case law by the ICTY, i.e. the *Čelebići*⁽⁸⁾ and *Blaškić*⁽⁹⁾ cases, have acknowledged the “had reason to know” test⁽¹⁰⁾, on the basis of the wording of Article 7 of the ICTY (as reported and explained in the following paragraph) and of an alleged customary law rule able to give greater judicial criminal law certainty on the *means rea* of the commander as further analysed below in paragraph 6.

Nonetheless, it is interesting to note that the ICCourt Rome Statute, in the formulation of Article 28 (a), has restored the strict “should have know” test on the basis of the specific position held by the person responsible of a certain crime. Namely, it has separated the position of the *commander* from the position of the *superior*, for the *superior*, i.e. a person considered not a

⁽⁶⁾ Prosecutor v. Yamashita, Case No. 21, U.S. Military Commission in Manila, 8 October- 7 December 1945.

⁽⁷⁾ Prosecutor v. Soemu Toyoda and others, Case No. FO 648/161-187, U.S. Military Tribunal in Tokyo, 1946–1948.

⁽⁸⁾ Prosecutor v. Delalic and others (the “*Celebici?*”), Case No. IT-96-21-T, Trial Chamber 16 November 1998.

⁽⁹⁾ Prosecutor v. Blaskic, Case No. IT-95-14-T, Trial Chamber 3 March 2000.

⁽¹⁰⁾ Held in Prosecutor v. Delalic and others (the “*Celebici?*”), Case No. IT-96-21-T, Trial Chamber, 16 November 1998 and at the Appeals Chamber, 20 February 2001.

direct commander from a pure military hierarchical point of view, the ICC statute has adopted the “had reason to know” test; for the direct *commander*, instead, it has restored the strict “should have known” test. As a result, the commander liability for crimes committed or attempted by his subordinates seems to be broadened because of the lower standard of *mens rea* required.

These different approaches adopted by the both the ad hoc Tribunals and the ICC Statute will be extensively scrutinized in the following paragraphs.

4. — *The Interpretation of Mens Rea until World War II.*

Command responsibility is not a completely new doctrine. Trace of such principle can be found as far as the 13th century and during the US Civil War⁽¹¹⁾. The first codification at the international level of the command responsibility was embodied in the Hague Convention of 1907⁽¹²⁾ which is commonly acknowledged to be its “foundational root”⁽¹³⁾. Article 1 of the Annex to the Convention stated that an armed force had to be “*commanded by a person responsible for his subordinates*”. This has been held as a law principle to date, even though at the time of its enactment it was *de facto* never applied

⁽¹¹⁾ In 1493, Charles VII of France issued the ordinance of Orleans, which imposed blanket responsibility on commanders for all unlawful acts of their subordinates, without requiring any standard of knowledge. The first international recognition of commander’s obligations to act lawfully occurred during the trial of Peter Von Hagenbach by an ad hoc tribunal in the Holy Roman Empire. He was convicted of murder, rape, and others crimes which he as a knight was deemed to have a duty to prevent. Later, in the 19th century, Article 71 of General Orders No. 100 enacted during the US Civil War (“Instructions for the Government of Armies of the United States in the Field”) provided criminal responsibility to those commanders who had ordered or encouraged subordinates to kill enemies though already disarmed. See W. PARKS, *Command Responsibility for War Crimes*, in *Military Law Review*, 1, 62, 1973, p. 5.

⁽¹²⁾ The Hague Convention (IV), Respecting the Laws and Customs of War on Land (1907).

⁽¹³⁾ B. WOMACK, *The Development and Recent Applications of the Doctrine of Command Responsibility: With Particular Reference to the Mens Rea Requirement*, in *International Crime and Punishment*, 2003, p. 117.

for the lack of precise rules on the commander's specific obligations. Later, the theory of command responsibility based on «the failure to prevent subordinates' crimes» found worldwide recognition after the First World War when the established Allied Powers' Commission recommended the creation of an International Tribunal, to try individuals for «order[ing], or, with knowledge thereof and with power to intervene, abstain[ing] from preventing or taking measures to prevent, putting an end to or repressing, violations of the laws or customs of war»⁽¹⁴⁾. The above mentioned Commission had the merit to assess, for the first time ever, two hypotheses in which a commander could be held responsible for acts committed by his subordinates and in particular:

The well-established direct responsibility for a crime committed by his subordinate in compliance with an express commander's order (*direct responsibility*).

The responsibility for the failure to stop, or attempt to stop, the commission of crimes by subordinates in case the commander had knowledge of those actions (*responsibility for omission*).

As said before, the latter raised a great number of questions especially in relation to the boundaries of commander's knowledge, which would have been analysed by the *ad hoc* Tribunals established after the end of the Second World War. The first case of command responsibility for omission was the *Yamashita* case⁽¹⁵⁾. The American Military Commission in Manila, despite a different opinion of the Supreme Court of the United States held Mr. Yamashita, a Japanese Admiral, was responsible for not having prevented the perpetration of atrocities committed by soldiers under his command⁽¹⁶⁾. The Tokyo Tribunal was later even more explicit about imposing this strict standard of knowledge on commanders. In the trial against Admiral Toy-

⁽¹⁴⁾ See: *Committee on the Responsibility of the Authors of the War and on Enforcement of Penalties*, Report Presented to the Preliminary Peace Conference, 1919, reprinted in 1920.

⁽¹⁵⁾ *Prosecutor v. Yamashita*, Case No. 21, U.S. Military Commission in Manila, 8 October- 7 December 1945.

⁽¹⁶⁾ *Yamashita v. Styer*, 327, U.S. 1, 1946. This is however relevant as regard to customary law. It cannot be held that customary law is settled on this precise point, differently, as we will see, for the case of the "lenient" approach which seems to have "reached" the level of customary law.

oda⁽¹⁷⁾ it declared that the principle of command responsibility must have been applied to the commander who «knew, or should have known, by use of reasonable diligence, of his subordinates’ unlawful actions». The criterion held by the Commission first, and by the Tokyo Tribunal later, led to different comments. On one hand, it was considered to be emblematic in assessing the level of *mens rea* of the commander. According to those cases a commander failing to exercise control over subordinates, under his control, is *per se* responsible simply for the position held. On the other hand, some international jurists considered the said criterion to be “excessive” and “too burdensome”. They argued that it did not take into account the high position of some commanders who, because of their high hierarchical position, could not have had information about the atrocities committed by their subordinates to allow them to exercise the duty to prevent the commission of crimes⁽¹⁸⁾. On the basis of this criticism the “strict” doctrine, adopted in the *Yamashita and Toyoda cases*, was later doubted. In the *Hostage case*⁽¹⁹⁾ the US Military Tribunal held that the commander was to be found liable only if he had already received some information about his subordinates’ unlawful crimes and he did not prevent them from carrying out their actions. In the opinion of the Tribunal a commander is responsible when, being charged with notice of occurrences taking place within his territory, he «fails to require and obtain complete information». Failing this, «the dereliction of duty rests upon him and he is in no position to plead his own dereliction as a defence». However, these *dicta* were only held *obiter* and therefore they cannot be considered judicially binding⁽²⁰⁾. Conversely, the US Military Tri-

⁽¹⁷⁾ Prosecutor v. Soemu Toyoda and others, Case No. FO 648/161-187, U.S. Military Tribunal in Tokyo, 1946-1948.

⁽¹⁸⁾ Notably, the circumstances of the *Toyoda case* showed that Admiral Toyoda had completely lost control over the soldiers under his command.

⁽¹⁹⁾ Prosecutor v. Wilhelm List and others, Case No. 47, International Military Tribunal Nuremberg, 1948.

⁽²⁰⁾ Prosecutor v. Wilhelm List and others, *ibidem*. A scrutiny of the exact wording of the case will help explain the lack of any purpose to hold that issue as a cogent principle. And *a fortiori* it cannot be deemed to be customary law.

bunal in the *High Command* case was much more direct⁽²¹⁾. It was held that the commander must have had effective knowledge of the crime committed by his subordinate to be held criminally responsible. The Tribunal stated in plain words that for a commander, to be criminally liable on account of the actions committed or attempted by his subordinates «there must be a personal dereliction which can only occur where the act is directly traceable to him or where his failure to properly supervise his subordinates constitutes criminal negligence on his part (.omissis.) tantamount to a wanton, immoral disregard of the action of his subordinates amounting to acquiescence» [emphasis added].

From this point onwards, this “effective” knowledge test would be the basis on which enactments were built, as better scrutinized below.

5. — *Codification of the Principle of Command Responsibility.*

In light of the analysed case law the first codifications of command responsibility were released in the Additional Protocol I of 1977 to the Geneva Conventions of 1949, and later in the settling of the *ad hoc* Tribunals for the Former Yugoslavia and Rwanda.

- Additional Protocol I of 1977. In this respect Article 86 (2)⁽²²⁾ applied and referred to the «had reason to know» test. From the wording «had information which should have enabled» makes it unambiguous that the com-

⁽²¹⁾ Prosecutor v. Wilhelm von Leeb and others, Case No. 12 (and No. 72), U.S. Military Court in Nuremberg, 1949.

⁽²²⁾ Additional Protocol I of 1977 to the Geneva Conventions of 1949. Article 86 (2): «the fact that a breach of the Conventions or of this Protocol was committed by a subordinate does not absolve his superiors from (*omissis*) responsibility (*omissis*) if they knew, or had information which should have enabled them to conclude in the circumstances at the time, that he was committing or about to commit such a breach and if they did not take all feasible measures within their power to prevent or repress the breach» [emphasis added]. In addition to this, Article 87 of the same protocol requires a commander «to prevent and, where necessary, to suppress and report to competent authorities» any breaches of the Geneva Conventions of 1949 and its Protocols of 1977.

mander was supposed to have already had – directly or indirectly – some information to be held accountable for failing to prevent the commission of such acts. In other words and within the scope of the aforementioned article, the responsibility was only to be found if the commander could have learned of subordinates’ unlawful conduct from information already available to him, which he ignored.

ICTY and ICTR Statute. Article 7⁽²³⁾ of the Statute of the *ad hoc* Tribunal for the Former Yugoslavia, and Article 6⁽²⁴⁾ of the Statute of the *ad hoc* Tribunal for Rwanda, similarly applied the “had reason to know” test. Also in these cases the legislator seemed to have professed the “effective knowledge” standard test according to which some information should have already been available to the commander to allow him to prevent the commission of the crimes by his subordinates. Despite the “had reason to know” test was clearly included in the Statute, two cases brought before the ICTY – and namely the *Čelebići*⁽²⁵⁾ and

⁽²³⁾ ICTY, Article 7 (Individual Criminal Responsibility): «A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 5 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime (*omissis*) The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 5 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his superior of criminal responsibility if he knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof».

⁽²⁴⁾ ICTR, Article 6 (Individual Criminal Responsibility): «A person who planned, instigated, ordered, committed or otherwise aided and abetted in the planning, preparation or execution of a crime referred to in articles 2 to 4 of the present Statute, shall be individually responsible for the crime. (*omissis*). The fact that any of the acts referred to in articles 2 to 4 of the present Statute was committed by a subordinate does not relieve his or her superior of criminal responsibility if he or she knew or had reason to know that the subordinate was about to commit such acts or had done so and the superior failed to take the necessary and reasonable measures to prevent such acts or to punish the perpetrators thereof. The fact that an accused person acted pursuant to an order of a Government or of a superior shall not relieve him or her of criminal responsibility, but may be considered in mitigation of punishment if the International Tribunal for Rwanda determines that justice so requires».

⁽²⁵⁾ Prosecutor v. Delalic and others (the “*Celebići*”), Case No. IT-96-21-T, Trial Chamber 16 November 1998.

the *Blaškić*⁽²⁶⁾ cases – which reached conflicting decisions that will be analysed in the following paragraph..

6. — *The ICTY cases on Command Responsibility.*

In the *Čelebići* case the Trial Chamber held that under international customary law the knowledge requirement⁽²⁷⁾ had been changed by the Additional Protocol I, because «an interpretation of the terms of this provision in accordance with their ordinary meaning (*omissis*) led to the conclusion, confirmed by the travaux préparatoires, that a superior can be held criminally responsible only if some specific information was in fact available to him which would provide notice of offences committed by his subordinates» [emphasis added]. Accordingly, the “had reason to know” test requires the commander to have «had in his possession information of a nature, which at the least, would put him on notice of the risk of (*omissis*) offences by indicating the need for additional investigation».

Instead, in the *Blaškić* case, the Trial Chamber followed a different approach. Though not disregarding the customary law position⁽²⁸⁾, it stated that commanders have an enduring proactive duty to remain apprised of the acts of subordinates. In particular, the Trial Chamber, basing its reasoning on the International Committee for the Red Cross Commentary to the Additional Protocol I, which states that Article 87 imposes a duty on commanders to be «constantly informed of the way in which their subordinates carry out the tasks entrusted to them, and to take the necessary measures

⁽²⁶⁾ Prosecutor v. Blaskic, Case No. IT-95-14-T, Trial Chamber 3 March 2000.

⁽²⁷⁾ Even though it held – erroneously – that on the basis of the post-WWII jurisprudence a strict liability (i.e. “should have known” test) should have been applied. Indeed, as analysed before, such test was not unanimously recognised after WWII, as there were dissenting opinions.

⁽²⁸⁾ Which states that «knowledge may not be presumed. However, ‘knowledge’ may be proved through either direct or circumstantial evidence», Prosecutor v. Blaskic, Case No. IT-95-14-T, *ibidem*.

for this purpose», held that «ignorance cannot be a defence [if] the absence of knowledge is the result of negligence in the discharge of [the commander’s] duties». On such basis, in the belief of the Trial Chamber, the *mens rea* should have been assessed in a stricter way, thus on the basis of the “should have known” test⁽²⁹⁾.

The disagreement between the *Čelebići* and *Blaškić* cases was settled by the decision of the *Čelebići* appeal⁽³⁰⁾. The Chamber of Appeal held, in fact, that the «ordinary meaning of the provisions indicated that the commander must have some information available to him, which puts him on notice of the commission of unlawful acts by his subordinates». The Chamber of Appeals availed itself, therefore, to the lenient “effective” knowledge doctrine based on the “had reason to know” test.

In summing up, from an initial and sporadic “strict” doctrine (only the cases *Yamascita* and *Toyoda* had acknowledged the “should have known” test, while the *Hostage* case was not that clear-cut, and the *Blaškić* case was later overruled by the *Čelebići* Court of Appeal judgement) customary law developed the lenient doctrine of the “had reason to know” test⁽³¹⁾ which required the commander to have an effective knowledge of the crime committed by his soldiers in order to be held criminally liable.

Such trend, however, seems to have been changed by the ICC Statute as examined in depth in the following section.

⁽²⁹⁾ See the wording: «an individual’s command position *per se* is an indicium that he knew about the crimes committed by his subordinates», Prosecutor v. Blaskić, Case No. IT-95-14-T, *ibidem*.

⁽³⁰⁾ Prosecutor v. Delalić and others (“*the Celebići*”), Case No. IT-96-21-T, Appeals Chamber, 20 February 2001.

⁽³¹⁾ Though it cannot be hidden that the above mentioned *Celebići* Appeal Chamber disagreed with both Trial Chambers in the matter of customary law established by the post-WWII jurisprudence, it held that «there is no consistent trend in the decisions that emerged out of the military trials conducted after the Second World War».

7. — *Command and Superior Responsibility under the ICC's Statute.*

According to the ICC Statute, a more precise definition of commander's criminal responsibility is envisaged. In particular, the ICC Statute takes into consideration the difference between the role and position of the *commander* who has direct command over his subordinates and the role and position of the *superior* who holds "mere" authority over subordinates being in an higher hierarchical position but exercising a different relation/control with subordinates in the name of which the superior should be judged differently⁽³²⁾.

In this respect, Article 28 (a)⁽³³⁾ considers the position of the *commander*

⁽³²⁾ Notably, this idea was already mentioned in the case Prosecutor v. Kordic and Others, Case No. IT-95-14/2, Trial Chamber, 26 February 2001, where it was held: «Depending on the position of authority held by a superior, whether military or civilian, de jure or de facto, and his level of responsibility in the chain of command, the evidence required to demonstrate actual knowledge may be different. The actual knowledge of a military commander may be easier to prove considering the fact that he will presumably be part of an organised structure with established reporting and monitoring systems. In the case of de facto commanders of more informal military structures, or of civilian leaders holding de facto positions of authority, the standard of proof will be higher».

⁽³³⁾ ICC, Article 28 (Responsibility of commanders and other superiors): «In addition to other grounds of criminal responsibility under this Statute for crimes within the jurisdiction of the Court: (a) A military commander or person effectively acting as a military commander shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by forces under his or her effective command and control, or effective authority and control as the case may be, as a result of his or her failure to exercise control properly over such forces, where: (i) That military commander or person either knew or, owing to the circumstances at the time, should have known that the forces were committing or about to commit such crimes; [emphasis added] and, (ii) That military commander or person failed to take all necessary and reasonable measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution. (b) With respect to superior and subordinate relationships not described in paragraph (a), a superior shall be criminally responsible for crimes within the jurisdiction of the Court committed by subordinates under his or her effective authority and control, as a result of his or her failure to exercise control properly over such subordinates, where: (i) The superior either knew, or consciously disregarded information which clearly indicated, that the subordinates were committing or about to commit such crimes [emphasis added]; (ii) The crimes concerned activities that were within the effective responsibility and control of the superior; and, (iii) The superior failed to take all necessary and reasonable

who directly orders the soldiers. Given his hierarchical proximity to them, he carries a duty to know that they were committing a crime. On the contrary Article 28 (b), analyses the position of the (non military⁽³⁴⁾) *superior*. Considering that he is not in a close military hierarchical proximity with the soldiers who committed crimes, he does not carry such a strict duty to know. Accordingly, he can only be held criminally responsible if he had some information and did not pay attention to it⁽³⁵⁾.

This different approach can be seen in the wording of ICC Statute itself. While the *commander* «owning the circumstances at the time» (*omissis*) «should have known» that the forces were committing a crime, the *superior* is requested to have «consciously disregarded information» which indicated that forces were committing a crime. Such a difference in wording, though it may appear trivial, is instead absolutely crucial to the extent of the mental element required.

The *commander*, in fact, is requested to be responsible because he – negligently – did not observe some rules, and particularly those rules which provide for a positive duty to be constantly informed of the activities of subordinates; the *superior*, instead, is requested to have done something more than the negligent infringement of the duty to be constantly informed of the activities of his subordinates; he is required to have acted with intent; the in-

measures within his or her power to prevent or repress their commission or to submit the matter to the competent authorities for investigation and prosecution».

⁽³⁴⁾ Notably, it is commonly understood at the doctrinal level that the superior is a non-military agent, see G. VETTER, *Command responsibility of Non-military Superior in International Criminal Court*, p. 25. Be that as it may the Statute of the ICC does not envisage any criteria for distinguishing military from non-military commanders. Nor does it provide any parameters for superiors with both military and civilian responsibilities. Accordingly, it must be assumed that any other superior, military or non-military, falls within the category of “superior” in every case in which it does not fall within the “military commander” category.

⁽³⁵⁾ This aspect also had been mentioned, though *obiter*, in the Prosecutor v. Kordic and others, *ibidem*: «It should be emphasised that the doctrine of command responsibility does not hold a superior responsible merely because he is in a position of authority since, for a superior to be held liable, it is necessary to prove that he ‘knew or had reason to know’ of the offences and failed to act to prevent or punish their occurrence. Superior responsibility, which is a type of imputed responsibility, is therefore not a form of strict liability».

tent to consciously disregard the information available to him. Article 28 of the ICC Statute suggests, therefore, that from a criminal law point of view, the *mens rea* of the *commander* is different from the *mens rea* of the *superior*. Namely, while the mental element of the *commander* seems to be based on the “gross negligence”, or the “culpable” negligence, the *superior mens rea* would require something more: i.e. the “active” intentionality (“*dolus*”) not to make reasonable interference on the information available to him in order to prevent the commission of crimes⁽³⁶⁾. In other words, while the *commander* mental element is given by the mere knowledge of illegitimacy, the *superior* mental element is given by both the knowledge of the illegitimacy and the intent (even in the slight form of recklessness, i.e. “*dolus eventualis*”⁽³⁷⁾) to disregard information already available. On such basis, a *commander* may be held guilty even without intention but on the basis of his mere – objective – “culpable” omission, i.e. the failure to observe precise rules, in case military rules, which compel the commander to be constantly informed about the actions of subordinates⁽³⁸⁾.

⁽³⁶⁾ Those positions are perfectly adherent to the jurisprudence developed before respectively on the issue of the “should have known” test, for the position of the *commander*, and the issue of the “had reason to know” test, as analysed in depth by the *Celebici* Court of Appeal, for the position of the *superior*.

⁽³⁷⁾ The slighter form of intent (also known as “*dolus eventualis*”) means the mental status of one who did not want the exact result (material element) of his criminal action but only forecasted it as a likely result and accepted the risk that that result might have occurred; instead the higher form of intent (“*dolus directus*”) means the mental status of who wanted the result of his action. In the case of commander responsibility the former may suffice. The commander is not required to want just the result of his action (better omission); he, in intentionally disregarding the information available to him, forecasted the occurrence of the event (the crimes committed by the subordinates) as a likely probability and accepted the risk that that probability (the crimes committed by the subordinates) might occur. This has led some commentators to acknowledge the slighter form of intent also for the case of commander responsibility *mens rea*. For a deep analysis about the extent of the intentionality in criminal law, and particularly about the difference among the direct intentionality (“*dolus directus*”, the recklessness (“*dolus eventualis*”), and the gross negligence (“*culpa*”) see: F. ANTOLISEI, *Manuale di Diritto Penale. Parte Generale*, Milano, 1997, p. 361.

⁽³⁸⁾ And in fact, the Trial Chamber in *Celebici* strongly suggested that the language of Article 28(a) may reasonably be interpreted to impose an affirmative duty to remain informed of the activities of subordinates.

Some scholars, however, have doubted this approach, and assumed that the phrase “owing to the circumstances at the time” included in article 28(1) (a)⁽³⁹⁾ might lead to a different interpretation. Particularly, they argued that the phrase may lead the Tribunal to a “lenient” interpretation because it only requires the commander to investigate once he has been put on notice⁽⁴⁰⁾. Such theory, however, does not seem to have grounds. If it were applicable the commander may escape criminal liability by merely avoiding receiving information, and such could be easily set up by not instituting appropriate monitoring and communication systems⁽⁴¹⁾. Instead, the present paper acknowledges that Article 28 (a) uses the “should have known” test for the case of command responsibility and accordingly has codified a type of “culpable” crime as considered in depth hereinafter.

8. — *ICC Mens Rea in Command Responsibility: The “Culpable” Doctrine in the crime of omission.*

As said before, it can be argued that Article 28 (a) is sufficiently clear to envisage for the command responsibility an “unintentional” crime (i.e. a

⁽³⁹⁾ Article 28, part (a), *cit.*

⁽⁴⁰⁾ Particularly, those scholars who are in favour of such doctrine think that a liability which does not take into consideration the circumstances of the fact (for example the possibility not to be put in notice for difficulties in communication) would place «too heavy a burden on commanders to be informed of every action that occurs in their territory».

⁽⁴¹⁾ See: K. M. KEITH, *The Mens Rea of Superior Responsibility as Developed by ICTY Jurisprudence*, in *Leiden Journal of International Law*, 2001, p. 631, who sagaciously suggested that “the more lenient standard”, which only imposes a duty to investigate once the commander has been put on notice by receiving some general information, would allow superiors to argue that they are not criminally responsible for their subordinates’ crimes because, having negligently failed to carry out their duty to institute a proper reporting system, they never received reports of these subordinates’ actions. This standard may, in fact, discourage commanders from instituting appropriate monitoring and communication systems in order to avoid receiving information, which would put them on notice. Moreover, it may even “encourage a commander to destroy documents that would prove his awareness of war crimes, thereby escaping punishment”.

crime committed without intention) or, as said above, a “culpable” crime.

The following may be grounds thereof:

Firstly, the construction of Article 30 of the ICC Statute provides for a mental requirement which needs to be committed with “intent and knowledge”⁽⁴²⁾; it does not exclude that some crimes may require only the knowledge of the perpetrator. As a matter of law, the beginning of that Article expressly provides that: “..unless otherwise provided..”, being as such, no doubt, a “reserve clause”⁽⁴³⁾. In other terms, the aforementioned wording allows the drafters to provide for some crimes for which the mere knowledge of illegitimacy would be enough to integrate the *mens rea* requirement⁽⁴⁴⁾. It must be recalled what has been mentioned in the introduction regarding the difficulty of proving intentionality in a crime of omission: in the case of “culpable” omission, the Tribunal will be exempted from scrutinizing this particular intent and, therefore, whether or not the commander has acted with the intent of covering his subordinates’ misconduct. Such a doctrine, although subject to criticisms, is admissible at the International Criminal Law level. Domestic legislators harken

⁽⁴²⁾ ICC, Article 30 (Mental Element): «1. Unless otherwise provided, a person shall be criminally responsible and liable for punishment for a crime within the jurisdiction of the Court only if the material elements are committed with intent and knowledge. 2. For the purposes of this article, a person has intent where: (a) In relation to conduct, that person means to engage in the conduct; (b) In relation to a consequence, that person means to cause that consequence or is aware that it will occur in the ordinary course of events. 3. For the purposes of this article, “knowledge” means awareness that a circumstance exists or a consequence will occur in the ordinary course of events. ‘Know’ and ‘knowingly’ shall be construed accordingly».

⁽⁴³⁾ In this respect, it may be argued that no *express* provision about the unwillingness has been specifically provided (by putting precise words such as, for instance: “unwilling”, or “culpably”, or similar). However, this is in our opinion not crucial. In fact, as a matter of law, attention must be paid – in order to understand and interpret any law – to the rule as it is completely structured, and as it is put in the context, rather than focusing on the words singularly considered.

⁽⁴⁴⁾ See: A. CASSESE, *Lineamenti di Diritto Internazionale Penale*, Bologna, 2005, p. 70 on this precise point: «when international rules do not provide, neither implicitly, the mental element, it should be held that it is the intention or, at least, the recklessness, as provided by the majority of the law systems».

back to this definition of crime, better known as “unpredicted or culpable crime”⁽⁴⁵⁾, for socio-political reasons; this is on account of prosecuting serious crimes, such as manslaughter, whose relevance endangers and alarms the international community even if perpetrated without intentionality. At the International Criminal Law level, the same political reasons may be well-adopted for the commission of serious crimes which create a very high social alarm, regardless of the intention of the perpetrator, especially with respect to very serious crimes (e.g. crimes of genocide or torture, but this is something to which we will return). In this respect, Cassese has professed: «the widening of criminal liability under the jurisdiction of international criminal tribunals due to the inclusion of the responsibility for gross negligence seems to be in harmony with the general purposes and objectives of international humanitarian law». And this, it can be argued, is just what occurred in enacting commander responsibility⁽⁴⁶⁾.

The second consideration is on account of the wording of Article 28 (a). It is worth noting that, the said Article has adopted the same wording (“should have known”) as used in the cases *Yimashita*, *Toyoda*, and partially in *Hostage* and *Blaškić*, which were professed to be emblematic of the strict approach; the *dicta* of the Tokyo Tribunal in the *Toyoda* case are representative: the commander «should have known, by use of reasonable diligence

⁽⁴⁵⁾ It may be worth quoting the definition of “culpable crime” as provided for under Article 42(3) of the Italian Criminal Code, because of its clarity: «the crime is of a “culpable”, or “without intention” type when the fact, though foreseen is not wished by the perpetrator and it occurs because of negligence or lack of prudence or inexperience or non-observance of laws, regulations, orders or rules».

⁽⁴⁶⁾ A. CASSESE, *Lineamenti di Diritto Internazionale Penale*, cit., p. 70. For the original wording: «l’ampliamento dell’ambito del penalmente rilevante soggetto alla giurisdizione dei tribunali penali internazionali conseguente all’ammissibilità della responsabilità per colpa grave appare tuttavia in armonia con scopi ed obbiettivi generali del diritto internazionale umanitario. Così questa particolare forma di elemento soggettivo può, ad esempio, trovare applicazione nei casi di responsabilità del superiore (command responsibility). In tale ipotesi, infatti, l’imputazione colposa al superiore dei crimini di guerra commessi dai suoi subordinati potrebbe trovare fondamento nella circostanza che il superiore avrebbe dovuto sapere che questi ultimi si rendevano responsabili della commissione di tali atti».

of his subordinates' unlawful actions»; this plainly presupposed the commander's gross negligence (see chapter 2, para "a").

Thirdly, as a practical consideration a "culpable" doctrine seems to be more appropriate to *command responsibility*. In fact, as mentioned before, while it is simple to get proof of crimes committed by soldiers, it is more difficult to gather evidence about the intent of commanders. Moreover, often this evidence is controlled by the commanders themselves (take the case of reports, minute of meetings, or telephone conversation's records, etc.), or, at least, they are in the possession of superiors who may be reluctant to release them. Therefore, to provide for a "culpable" responsibility for a *commander* which leaves out of his intent may be the only way to prosecute – *de facto* – such peculiar crimes.

Nonetheless, it cannot be hidden that the said doctrine has been subjected to criticism by some scholars and commentators.

They argued that this approach creates, upon the commander, a very burdensome and pervasive liability as Darcy held: «there are significant questions ... as to whether negligence is an appropriate standard for serious international crimes»⁽⁴⁷⁾. Nonetheless, some scholars acutely highlighted that it is just typical of hierarchical structures in which the direct superior – statutorily – must oversee the execution of his orders. The comment of Isernia⁽⁴⁸⁾ may be very helpful to understand this allegation for its straightforward words: «in reality, it should be noted that it is fully adhering not only to those ethical principles on which the figure of the commander is still based (i.e. "the commander is responsible for his subordinate"), but especially to those principles – more "laic", or anyway far from any "military emphasis" – which state that any hierarchical structure cannot delegate his institutional responsibilities, and thus must oversee the proper execution of their orders and directives».

Those being the standards, it might be forecasted that the future ju-

⁽⁴⁷⁾ S. DARCY, *Collective Responsibility and Accountability under International law*, New York, 2006, p. 352.

⁽⁴⁸⁾ P. ISERNIA, *Gestione delle Crisi*, in *Riv. Militare*, 1994.

risprudence will be released on this strict “culpable” test, and such a new kind of responsibility (this would be the focal point) may “go outside the scope” of customary law, as explored in more detail in the following section.

9. — *Relevance of the “Culpable” Doctrine at the International Criminal Level.*

As mentioned before, the ICC has codified⁽⁴⁹⁾, the theory of “culpable” crimes in relation to the question of commander criminal liability. Up until this enactment, International Criminal law envisaged the accountability of the commander – as far as the mental element was concerned – only for “intentional” omissions, even though perpetrated with the minimum *mens rea* required (and namely “recklessness”⁽⁵⁰⁾).

Therefore, after the codification of ICC Article 28 (a), even serious crimes, such as genocide and torture, may be assessed on a “culpable” basis (so far as the *mens rea* of commander responsibility for omission is concerned). This would be the “wrenching”⁽⁵¹⁾ novelty under International Humanitarian Law.

And in fact, as far as genocide is concerned, a new upcoming trend must be reported which admits that ICC’s Statute provides for the *commander’s* responsibility for genocide even in case of a level of *mens rea* which is inferior to recklessness and, therefore, even in case of a commander’s

⁽⁴⁹⁾ Previous codifications expressly reported that the crime must have been perpetrated “intentionally”. See, for instance, Article 130 Geneva Convention (1949): «grave breaches to which the preceding Article relates shall be those involving any of the following acts, if committed against persons or property protected by the Convention: *wilful* killing, torture or inhuman treatment, including biological experiments, *wilfully* causing great suffering or serious injury to body or health, compelling a prisoner of war to serve in the forces of the hostile power, or *wilfully* depriving a prisoner of war of the rights of fair and regular trial prescribed in this Convention». Article 7 of ICTY, instead, has been interpreted in different way in the cases “Celecici” and “Blaskic”, as analysed before.

⁽⁵⁰⁾ While the strict test was just a matter of some law cases, see chapter 2, para a.

⁽⁵¹⁾ Obviously, in a positive meaning.

gross negligence⁽⁵²⁾. Notably, this trend has taken its cue from what has been professed by Schabas⁽⁵³⁾, who expressly acknowledged the commander's responsibility for genocide committed by subordinates «*even though [commanders] did not have effective knowledge of the crimes*». However, it cannot be hidden that doubts still remain in some commentators that a commander might be automatically attributed knowledge of any intent of subordinates without actually knowing about it⁽⁵⁴⁾.

Be that as it may, the same commander's responsibility for omission in terms of the lower mental element of negligence may be upheld even in case of torture. In fact, we do not see any reason why the commander may not have acted in the same "culpable" way as in the case of genocide. Moreover, we are of the opinion that customary law, which requires intentionality in torture (as unanimously recognised by scholars⁽⁵⁵⁾), cannot be invoked in the case of *commander* responsibility, for the following reasons.

Firstly, the ICC jurisdiction is based on the new Rome Statute which has completely and accurately reviewed all International Criminal Law, without any grounds for interpretation different from its clear wording; therefore, though the "culpable" doctrine is very burdensome for the

⁽⁵²⁾ Nonetheless, the dissenting opinion of A. CASSESE, *cit.*, p. 143 must be reported, according to whom the commander in such a case would be held liable for another type of crime, and more specifically: «gross negligence in his obligation of supervision». We do not agree with such theory, very briefly, because of the *nullo crimen sine lege* principle in accordance to which any crime must be specifically provided for by law; indeed, the alleged crime of «gross negligence in his obligation of supervision» does not seem to have been expressly provided for by any ICC rule.

⁽⁵³⁾ W.A. SCHABAS, *Commentary on the Rome statute of International criminal Court*, Oxford, 1999. It must be noted for the sake of clarity that the said commentator, in another previous comment, casted some doubt on the possibility of envisaging a mental element for the commander ("recklessness" or "*culpa*") lower than that required for the perpetrator ("intent"): "it is even more doubtful that command responsibility can be reconciled with a crime requiring the highest level of intent". The same commentator, however, acknowledged that "nonetheless, the concept is now well accepted".

⁽⁵⁴⁾ For an extensive analysis of the issue see G. METTRAUX, *The Law of Commander Responsibility*, Oxford, 2009, pp. 210-213.

⁽⁵⁵⁾ See A. CASSESE, *cit.*, p. 162.

commander, it appears rather difficult, that at a judicial level, a precedent doctrine might be adopted to lessen its precise statement.

Secondly, the role of the commander was not expressly provided for in Article 1 of UN Convention against Torture (1984), and as a result it cannot be said that customary law has been established on this precise point.

10. — *Conclusions.*

Command responsibility has always been a matter of contention. Its most critical aspect is to regulate «the behaviour of superiors and their subordinates in times of war». It is therefore essential «to arrive at a precise formulation of its *mens rea* requirement.»⁽⁵⁶⁾

The ICC has attempted to enact the precise formulation of the mental element and, in fact, it can be argued that it has reached a high grade of certainty. This is due to its clear formulation and, above all, to the fact that the *commander's* responsibility – as far the omission is concerned – has been approached in a very strict manner.

We may name such approach the “culpable” doctrine which professes that the accountability of the *commander* for the action of his subordinates may occur even without there being intentionality in his conduct. His mere knowledge (or, to be more precise, foresight thereof on his part), may be sufficient to hold him responsible. Moreover, such a doctrine cannot be considered to be the same as the customary law previously developed which had - not without criticism - theorised the necessity of an actual knowledge of the commander (i.e. the “had reason to know” test), requiring a minimum of intentionality on his part (even in the slight form of recklessness).

Accordingly, this theory cannot be invoked to the extent of the “new” ICC Article 28 (a); this leads to the novelty that – even in case of serious

⁽⁵⁶⁾ A. MITCHELL, *Failure to Halt, Prevent, or Punish: the Doctrine of Command Responsibility for War Crimes*, in *Sydney Law Review*, 2000, p. 410.

crimes such as genocide and torture – of which a commander may be found guilty merely on the ground of his gross negligence.

Be that as it may, the topic needs the judgements of some leading cases to understand how international jurisprudence will address this important issue⁽⁵⁷⁾.

⁽⁵⁷⁾ In this respect it is worth mentioning the case *Sturpar et al*, concerning the issue of whether a commander could be held liable for genocide even without his genocidal intent. The Chamber, however did not decide on this particular issue.

STEFANIA STEFANELLI^(*)

NOMBRE Y STATUS DE LA PERSONA ENTRE DERECHO INTERNO Y DERECHO COMUNITARIO^(**)

SUMARIO: 1. La elección del nombre de pila y del apellido de sus hijos en la jurisprudencia italiana y europea — 2. La atribución del nombre — 3. Derecho al apellido y elección por parte de los padres del nombre — 4. Elección del apellido, potestad y responsabilidad de los padres — 5. Status personales y definición de familia en el derecho comunitario.

1. — *La elección del nombre de pila y del apellido de los hijos en la jurisprudencia italiana y europea.*

La imposición del nombre de pila y la transmisión del apellido a los hijos son asuntos a los que se aplica, tradicionalmente, la legislación interna de cada estado, y puede parecer extraño que se discuta de esto en los Tribunales Europeos de Justicia y de Derechos Humanos. Mayor sería la sorpresa del jurista de formación clásica, al conocer que hay sentencias incluso sobre el reconocimiento del permiso de residencia al ciudadano extranjero, que penalizan la negación estatal en función de la tutela de un *status* de huella comunitaria, mediada por el vínculo familiar o incluso por eso del cuidado espontáneo, a pesar de la ausencia parentelar.

El Tribunal Europeo de Derechos Humanos ha recibido varias veces demanda de tutela por los padres contra la prohibición del Estado de inscribir el nombre que eligieron para sus hijos, afirmando que violaba el artículo 8 de la Convención Europea de los Derechos Humanos, es decir

^(*) Università degli Studi di Perugia.

^(**) El saggio riproduce, con l'aggiunta di note, il testo della lezione tenuta il 22 febbraio 2012 per il Doctorado en Derecho de la Sociedad del Conocimiento, presso l'Instituto Tecnológico y de Estudios Superiores de Monterrey, Campus Ciudad de México.

lamentando la intromisión del estado, en desprecio del derecho a la tutela de la vida privada y familiar del nacido.

Sólo en el caso *Johansson c. Finlandia* reconoció la violación del precepto de tutela de la vida privada y familiar por negar la inscripción del nombre Axl, mientras rechazó las mismas peticiones en los casos *Guillot c. Francia* (Fleur-de-Marie), *Salonen c. Finlandia* (Ainut Vain Marjaana), *Baylac-Ferre et Suarez c. Francia* (Martí) ⁽¹⁾.

Al contrario, a menudo fue aceptada la petición de aquellos que censuraban, desde el mismo punto de vista, el rechazo de los Estados a rectificar el nombre atribuido según las disposiciones de un estado y erróneamente transcrito en los registros civiles de otro, también en circunstancias que no implican ningún elemento de internacionalidad ⁽²⁾. No faltan sin embargo casos en los que se consideran justificadas las restricciones para tutelar un objetivo legítimo, como por ejemplo la conservación de la lengua y de la democracia del estado ⁽³⁾.

Más incisiva es la jurisprudencia del Tribunal de Justicia de la UE que se ha formado en contraste con el Tratado de las disposiciones o de las prácticas nacionales que, aunque sea posible aplicarlas sin distinción de nacionalidad, constituyen un obstáculo a las libertades fundamentales, como en el caso de las dificultades y de las incomodidades que por la alteración del nombre se causan al ciudadano, al que se impide el pleno ejercicio de la libertad de circulación dentro de la Unión y del derecho de residencia ⁽⁴⁾.

⁽¹⁾ Dec. 25.9.2008, C. 279777/04: «Après avoir constaté d'une part que la différence de graphie du prénom de l'enfant est minime, puisqu'elle ne porte que sur l'accent, d'autre part qu'elle ne semble pas présenter un obstacle à l'identification personnelle de l'enfant et enfin la possibilité ouverte par l'article 60 du code civil de demander le changement du prénom de l'enfant, la Cour conclut qu'il n'y a eu aucun manquement au respect de la vie privée et familiale des requérants sous l'angle de l'article 8 de la Convention et elle rejette le grief comme manifestation mal fondée».

⁽²⁾ *Güzel Erdagöz c. Turquie*, 21.10.2008, C. 37843/02.

⁽³⁾ *Mentzen alias Mencena c. Latvia*, 7.12.2004, C. 71074/01, v. A. Lang, *Problemi di traslitterazione del nome di fronte alle corti Europee: i casi Konstantinidis e Mentzen*, en C. Honorati, *Diritto al nome e all'identità personale*, cit., p. 138 ss.

⁽⁴⁾ *Christos Konstantinidis c. Stadt Altensteing, Standesamt e Land ratsamt Cav*, 30.3.1993, C. 168/91.

En particular, el caso en que el nombre reclamado se utilice con eficacia non jurídica en las relaciones de la vida social sería, según el Tribunal de Estrasburgo, una «situación de hecho [...] adecuada para reducir el daño o solamente la incomodidad del interesado que tiene que llevar oficiosamente un nombre diferente»⁽⁵⁾. En efecto el Tribunal había obligado a la demandante a demostrar las dificultades considerables que había encontrado en función de la ley vigente en Letonia, que imponía la adaptación gráfica a la pronuncia del apellido que contenga letras que no encuentran correspondencias fonéticas en el alfabeto letón, como en el caso de «tz» contenido en el apellido alemán *Mentzen* transformado en «c», que expresa un valor fonético equivalente.

Al contrario, en consideración de la importancia de la libertad de circulación, el Tribunal de Justicia llamado a juzgar la transliteración desde el alfabeto griego hacia el alemán del nombre *Christos Konstantidinis*, antes inscrito como Christos Konstadinidis y luego como Hréstos Kónstantinides, aplicando en práctica el estándar ISO-18, en vigor en Grecia y Alemania en base al Convenio de Berna del 13 de septiembre de 1973, considera que la solución elegida por la autoridad alemana viola el derecho de residencia, porqué se trata de un profesional griego que trabajaba como masajista en Alemania, y considera abstractamente integrado el riesgo de confusión, que deriva del hecho que el nombre del interesado es diferente si la pronuncia es la suya o de un hablante alemán.

Es evidente que los ordenamientos en los que obran los dos tribunales tienen diferentes bases jurídicas y un diverso nivel de integración, a pesar de eso el desacuerdo entre los dos parece más bien consecuencia de la

⁽⁵⁾ C. HONORATI, *Il diritto al nome della moglie e dei figli nell'ordinamento italiano ed europeo. Osservazioni generali*, en Id. (cur.), *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento comunitario*, Milano, 2010, p. 25: «una situazione di tale genere non può non lasciare perplessi, sul piano politico prima che giuridico, poiché registra uno scollamento tra la posizione formale e legalista dei governi e quella reale e corrispondente al diritto vivente posta in essere, con la complicità e l'accettazione degli stessi governi, da coloro che ritengono di avere un interesse a essere conosciuti nella propria rete di relazioni sociali con un nome diverso da quello attribuito loro dallo Stato».

peculiaridad de los casos ⁽⁶⁾ juzgados, especialmente porqué el Tribunal Europeo de los Derechos Humanos pone en evidencia que el pasaporte de la señora *Mentzen* tiene la versión original del apellido y la define equivalente a la versión adaptada.

Por esta razón, el Tribunal Constitucional nacional, había considerado ilegítima la norma que ponía esta indicación en la página 14, sosteniendo que deberían haberla inscrito en una página cercana a la página 3, página que contiene los datos identificativos del titular. El legislador ha acogido estas indicaciones y las del Tribunal de Estrasburgo en un reglamento que establece la inscripción en la página 4 de la antedicha cláusula de equivalencia.

De esta manera, libertad de circulación del ciudadano y derecho fundamental al nombre se revelan factores de corrección que pueden imponer el reconocimiento de *status* o situaciones personales, cuando la falta de reconocimiento de un *status* válido en un Estado cree un obstáculo a la libertad de circulación del ciudadano en la Unión, y precisamente la referencia al artículo 8 del Convenio EDH funda la consideración de la menor facultad del Estado de imponer limitaciones al cambio del apellido «en el diferente contexto de la ciudadanía de la Unión europea» en las conclusiones del Abogado general del caso *Garcia Avello* ⁽⁷⁾.

Un fenómeno de «fertilización» recíproca entre derechos fundamentales y libertad de circulación, que ha llevado al Tribunal de Justicia a tutelar la unidad familiar de los ciudadanos de la Unión, porqué realiza la libertad de circulación y residencia ⁽⁸⁾, y a considerar una «posible limitación de la competencia del Estado en materia de individuación de los presupuestos

⁽⁶⁾ A. LANG, *Problemi di traslitterazione del nome di fronte alle corti Europee: i casi Konstantinidis e Mentzen*, en C. HONORATI, *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento comunitario*, cit., p. 148: «se il caso *Mentzen* fosse stato presentato di fronte alla Corte di Giustizia, con ogni probabilità sarebbe stato esaminato in base alle norme sulla cittadinanza dell'Unione e non sotto il profilo dell'art. 8 CEDU [...] Con ogni probabilità la modifica del cognome sarebbe considerata come un ostacolo alla libera circolazione, perché in grado di ingenerare confusione sull'identità della persona non tanto per le differenze fonetica – come nel caso *Konstantinidis* – quanto per le differenze di grafia».

⁽⁷⁾ Avv. Gen. Jacobs, *Carlos Garcia Avello c. Belgique*, 22.5.2003, C. 148/02.

⁽⁸⁾ *Metock*, 25.7.2008, C. 127/08.

para el reconocimiento del permiso de residencia y trabajo a ciudadanos de otros Estados⁽⁹⁾, en una circunstancia carente de elementos de conexión con el derecho de la Unión, ya que no existía cualquiera circulación entre estados.

Se trata del caso de cónyuges colombianos domiciliados en Bélgica irregularmente, padres de hijos que tienen la ciudadanía belga según el *Code de la nationalité belge*, art. 10, párrafo 1, que demuestran de poseer los medios suficientes para sustentarlos: sin ninguna referencia a la jurisprudencia del Tribunal EDH, aunque haya sido mencionado por las partes y en las conclusiones del Abogado General, el Tribunal de Justicia basa su decisión en el art. 20 del Tratado de funcionamiento de la Unión, determinando que la tutela de la efectiva utilización del los derechos conexos al *status* de ciudadano europeo obstaculiza el rechazo del reconocimiento del permiso de residencia al ciudadano de un país tercio, que asista los hijos menores ciudadanos del Unión, porque de esta manera obligaría los menores a «abandonar el territorio de la Unión para seguir a sus padres»⁽¹⁰⁾.

La sentencia llevó al ministro de justicia irlandés a ordenar un nuevo examen de los casos pendientes ante los tribunales del estado, atribuibles al dicho modelo, demostrando la importancia de la sentencia del tribunal de Luxemburgo. Con respecto a la competencia estatal en materia de atribución del permiso de residencia, unánimemente la materia es considerada prerrogativa de cada estado sobre cada medida que se refiera a «aspectos del derecho de familia con implicaciones supranacionales» ex art. 81, párrafo 3, TFUE, testimoniado de la aversión de los estados a renunciar a su soberanía bajo este perfil.

Paralelamente, el Tribunal EDH enseñaba que los artículos 8 y 14 del Convenio obstaculizan el rechazo de la autoridad nacional de añadir el apellido materno o uno diferente del elegido como nombre de familia, puesto que el principio de la unidad de la familia se puede realizar también de

⁽⁹⁾ I. OTTAVIANO, *La Corte di Giustizia riconosce all'art. 20 un'autonoma portata attributiva di diritti al cittadino europeo*, en *Europa e diritto privato*, 2011, p. 809.

⁽¹⁰⁾ *Ruiz Zambrano c. Belgique*, 8.3.2011, C. 34/09, en *Communiqué pour la presse* 16/11, en www.curia.europa.eu.

manera diversa que transmitiendo un único apellido⁽¹¹⁾, aunque tendríamos que analizar atentamente las razones de interés público estatal en limitar los nombres compuestos, sin embargo utilizados en las relaciones sociales⁽¹²⁾.

Aunque no falten sentencias de nuestro Tribunal Constitucional, contrarias a la ilegitimidad de la norma de atribución automática del sólo apellido paterno a los hijos matrimoniales, la primera sección del Tribunal de Casación ha nuevamente enviado al primer presidente la cuestión «si se pueda adoptar una interpretación de la norma de sistema orientada hacia la constitución o bien – si se considera que esa solución exceda los límites de la actividad interpretativa – se pueda remitir nuevamente la cuestión al Tribunal Constitucional», en consideración de la interpretación del Tribunal de Estrasburgo, acogiendo como criterio de legitimidad el artículo 117, párrafo 1, Cost, con el presupuesto que, «con la ratificación del Tratado de Lisboa, en la L. 2 agosto 2008, n.130, se debería abrir camino a la aplicación directa de las normas del mismo tratado y de aquellas a las que el tratado se remite y, en cualquier caso, al control de constitucionalidad que, también en las relaciones entre derecho interno y derecho comunitario, no se puede excluir: a) cuando la ley interna impida o perjudica el continuo acatamiento de los tratados de la comunidad en consideración del sistema o del núcleo esencial de sus principios, b) cuando se ponga de relieve el límite del respecto de los principios fundamentales del ordenamiento constitucional y de los derechos inalienables de la persona, c) cuando se identifique un conflicto entre norma interna y disposición comunitaria sin efecto directo»⁽¹³⁾. La renuncia a la acción, de parte de los demandantes, ha dado lugar a una resolución, excluyendo, por el momento, un estatuto de las Secciones Unidas, esperada por muchas partes como una verdadera revolución que habría podido adaptar, finalmente, el ordenamiento italiano al sentido común y al Convenio EDH.

(11) *Burghartz c. -Svizzera*, 22.2.1994, C. 16213/90, en www.echr.coe.int.

(12) *Rehlingen c. Allemagne*, 6.5.2008, n. 33572/02.

(13) Cass., ord. 22.9.2008, n. 23934, en C. HONORATI, *Diritto al nome e all'identità personale*, cit., p. 323 ss., en *Corriere Giur.*, 2009, p. 489 ss., nt. G. Autorino Stanzione, R. Conti, *Autonomia familiare e attribuzione del cognome: i dubbi in Italia e le certezze in Europa - il diritto comunitario ed il doppio cognome: un primato in espansione?*

2. — *La atribución del prenombre.*

El nombre, compuesto de prenombre y apellido, de la persona humana es objeto de tutela del ordenamiento interno y comunitario en cuanto eje de la identidad personal, que se constituye en torno a este signo identificativo con el tiempo, en las relaciones sociales⁽¹⁴⁾.

Así a la elección del nombre no es atribuible la misma tutela, porque precede, incluso a nivel temporal, la formación de esa identidad, y constituye un ejercicio de la potestad – o mejor de la responsabilidad⁽¹⁵⁾ – de los padres⁽¹⁶⁾, sostenido por el canon del acuerdo paritario y sobre todo

⁽¹⁴⁾ En efecto se afirma que la partida de nacimiento, estableciendo el nombre, apellido y nacionalidad, enriquece la identidad personal y establece la personalidad jurídica del nuevo sujeto: L. LENTI, *L'identità del minorenne*, en M. CINQUE, *L'identità nell'orizzonte del diritto privato*, *Supplemento a Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2007, 55 ss. *Contra*: A. DONATI, *La cognominazione dei figli da parte della madre*, en *Diritto di famiglia e delle persone*, 2009, 341 ss., por el cual el art. 29 Cost. se funda en una idea de familia relacionada con el derecho público, en la preeminencia del marido, y que la asignación del apellido del padre realiza el interés de los hijos de ser reconocidos en la sociedad como legítimos, y de “*cognoscere*” su padre, “que ocurre por medio de la atribución de *cognomen* en cuestión”. V. G. GUERRA, *Scelta genitoriale e tutela dell'identità della persona*, en *Nuova Giur. Civ. comm.*, 2009, I, p. 166 ss.; G. DI ROSA, *Attribuzione del nome e dignità della persona*, en *Famiglia, persone e successioni*, 2009, p. 101 ss.; D. ZIINO, *Diritti della persona e diritto al (pre)nome - Riferimenti storico-letterari e considerazioni giuridiche*, en *Giust. civ.*, 2004, II, 355; F. CIONTI, *Considerazioni sull'evoluzione del nome*, en *Riv. dir. industriale*, 1990, p. 68 ss.; M. CLAUDIO, *Diritto al prenome e diritto alla scelta del prenome*, nt. Cass., 9.5.1981, n. 3060, en *Riv. giur. scuola*, 1985, p. 759 ss.; M. FINOCCHIARO, *Ancora sulla potestà dei genitori e sull'imposizione del prenome al neonato*, en *Giust. civ.*, 1981, I, p. 1226; M. NUZZO, *Nome (diritto vigente)*, en *Enc. Dir.*, vol. XXVIII, Milano, 1978, p. 304; N. VISSALI, *Sulla possibilità di imporre come secondo prenome quello del padre vivente*, en *Riv. dir. civ.*, 1976, p. 550 ss.

⁽¹⁵⁾ A. PALAZZO, *La filiazione*, en el *Tratt. Dir. civ. comm.* Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger, Milano, 2007, p. 578 ss., v. art. 18 del Convenio sobre los derechos del niño y el Reglamento CE n. 2201/2003.

⁽¹⁶⁾ M. DOSSETTI, *La disciplina del nome nella famiglia legittima ed il suo rapporto con il principio di eguaglianza tra i coniugi: la giurisprudenza italiana*, en C. HONORATI, *Diritto al nome e all'identità personale*, cit., p. 34; M. FINOCCHIARO, *Ancora sulla potestà dei genitori e sull'imposizione del prenome al neonato*, cit., en disenso con la tesis que atribuye la disciplina al art. 144 c.c., en cuanto cuestión relacionada con la orientación de la vida familiar, de la cual se originaría la posibilidad de tutelar, a través de la ejecución específica, el acuerdo de los padres antes del nacimiento o de la concepción.

por el canon del interés del menor que iguala el poder discrecional de los padres al del sujeto pasivo de una obligación, que tiene como resultado la cura del menor⁽¹⁷⁾.

Así se habría podido resolver la cuestión sobre la legitimidad de la disposición judicial de rectificación del nombre “venerdì” elegido por los padres de un niño nacido en Génova en el 2006, porque considerado ridículo o vergonzoso, y por eso prohibido por el art. 34, 1º párrafo, D.P.R. 396/2000 del ordenamiento del estado civil⁽¹⁸⁾.

La norma, excluyendo el rechazo de registro que estaba contemplado antes, obliga al oficial mayor a quien se dirijan los padres para declarar el nacimiento de un niño a quien quieren imponer un nombre que viole la prohibición, a informar inmediatamente al fiscal, para que decida de promover en el Tribunal competente el juicio de rectificación ex art. 95 D.P.R. 396/2000⁽¹⁹⁾.

En el caso específico, el primero en llegar al examen de nuestro Tribunal Supremo, el Tribunal de Génova rectificaba el nombre cambiándolo en Gregorio (nombre del santo del día de nacimiento del niño), con decreto ratificado por el Tribunal de Apelación que decía como “la singular relevancia del nombre, en cuanto primer elemento connotativo del individuo en su proyección social, a través de su comunicación en cada contacto cognoscitivo y relacional, habría acentuado el carácter ridículo y susceptible de ironía y

⁽¹⁷⁾ Así, eficazmente, A. PALAZZO, *La filiazione*, cit., p. 588 e *ivi* nt.122.

⁽¹⁸⁾ Cass. 20.10.2008, n. 25452, en *Dir. famiglia persone*, 2009, p. 601 ss., con nota di L. BARDARO, *Si può dichiarare il proprio figlio con il nome di Venerdì? I giudici di merito lo negano, la Suprema Corte si lava le mani*, *ivi*, p. 605 ss.; en *Nuova giur. Civ. comm.*, 2009, I, p. 164 ss, con nota di G. GUERRA, *Scelta genitoriale e tutela dell'identità della persona*, cit., p. 166 ss.; v. anche ROSSI, *Robinson Crosuè e la Corte d'appello di Genova*, en www.personaedanno.it, il quale osserva criticamente col il necessario rilievo socio-culturale del senso del ridicolo o vergognoso «non può, però, implicare una delega in bianco alla sensibilità o formazione culturale dei giudici, ma deve portare – in conformità al principio pluralistico – al riconoscimento della rilevanza di altre storie, sensibilità e persone, lasciando che voci diverse e discordanti consentano una “fusione di orizzonti” tale da far comprendere che l’alterità è in noi stessi».

⁽¹⁹⁾ G. BERLOCO, *Il nome: segno distintivo della propria identità personale*, en *Stato civ. it.*, 2008, I, 92.

afrenta, propio del nombre elegido, con un gran daño a la persona”, además porqué existe un único caso de atribución de ese nombre a una persona, en la novela *Robinson Crusoe* de Daniel Defoe, que hace pensar a un ser humano no civilizado, caracterizado por la sujeción y por inferioridad ⁽²⁰⁾.

El Tribunal Supremo no analizó la disputa en el merito, rechazando el recurso en cuanto inadmisibile, debido a la ausencia de la cuestión de derecho necesario *ex art. 360 bis c.p.c.*, y por la falta de indicación del hecho controvertido en la formulación de los motivos de impugnación.

Más recientemente el Tribunal de Novara ⁽²¹⁾, en aplicación del art. 6 c.c., interpretado según el art. 2 Cost., consideró que «el nombre no ejerce más, o por lo menos no en exclusiva, la función de identificación de la persona en el derecho público, pero que, al contrario, éste sea expresión del inviolable derecho de la personalidad de quien lo lleva, más precisamente que sea el primer baluarte – cronológicamente hablando – del derecho “de ser sí mismos” y que en cuanto tal, «se debe tutelar desde el momento inicial, genético y formativo, de la elección y de la imposición del nombre al niño. Se trata de una elección que ciertamente corresponde ante todo a los padres, que pueden elegir con la máxima libertad el nombre de los hijos, considerando, sin embargo, que los efectos de la decisión caerán sobre los hijos. Consecuentemente al criterio de un juicio *ex ante*, y por el *id quod plerumque accidit*, en relación con el contexto socio-ambiental de vida de la familia, los padres deberán evitar los nombres que, en un futuro más o menos lejano, podrían provocar relevante molestia, o perjuicio, al hijo».

Los límites marcados por el art. 34 D.P.R. n. 196/2000 no están relacionados con una aspiración de derecho público, sino con la tutela de la personalidad del individuo, y por eso se consideran de estricta interpretación,

⁽²⁰⁾ *Contra* L. BARDARO, *Si può dichiarare il proprio figlio con il nome di Venerdì?, cit.*, 612 s., «Venerdì diviene uomo buono e intelligente. Ciò in quanto esso è il riflesso della rivincita da parte di colui che viveva in uno stato primitivo di natura (privo di regole); in esso non aveva stimoli tali da poter esplicitare differentemente la propria personalità. Egli rappresenta, peraltro, l'archetipo del buon selvaggio; successivamente la sua “sfera” civile fu presa a modella da Jean Jacques Rousseau, al quale ispirò in parte le teorie pedagogiche dell'*Emile*».

⁽²¹⁾ Trib. Novara, decr., 12.11. 2009, en www.novaraius.it

hasta calificar «como totalmente excepcionales los conceptos de ridículo y de vergonzoso que, además, son extremadamente vagos» y concluyendo que «el adjetivo “ridículo” se considera en una acepción exclusivamente negativa, es decir como susceptible de escarnio, “que puede volver el sujeto en el hazmerreír de la pandilla”, no se puede simplemente asimilar al sentido, de por sí neutro, de nombre curioso, o singular o inusual».

La doctrina es concorde, con referencia a la formulación del texto único del estado civil antes de la reforma⁽²²⁾, que, sobre el nombre “venerdì” escribe: «El nombre ridículo y también el vergonzoso, no es sólo el curioso o extraño, sino el nombre inaceptable en cuanto tal, que provoca escarnio y desprecio, y por lo tanto – en último término – origina deshonor o desaprobación, precisamente vergüenza. [...] La prohibición, en último término, se refiere exclusivamente a los nombres que pueden ofender directamente, provocar el escarnio y el desprecio de los socios, y especularmente el desaliento y el tendencial aniquilamiento de la personalidad de quien lo lleve»⁽²³⁾.

Coherente es la jurisprudencia del Tribunal europeo de derechos humanos, en relación a los límites de la potestad pública de interferir en la elección del nombre impuesto al menor por los padres, que es defendida a

⁽²²⁾ S. ARENA, *L'imposizione del nome o del cognome alla persona da parte dell'ufficiale dello stato civile*, en *Stato civ.*, 1987, 420; Calleri, *Spunti di giurisprudenza sul diritto al nome*, en *Giur. Fam.*, 1974, p. 1248 ss.; O. VERCELLI, *Questioni sempre attuali in materia di nomi: pluralità di nomi, corrispondenza tra sesso e nome, i nomi ridicoli e vergognosi ... Per una revisione dell'art. 72 dell'ord. dello stato civile*, en *Stato civ.*, 1992, p. 571 ss.; G. ZUDDAS, *Considerazioni sopra l'attribuzione del prenome, en Dir. famiglia, 1986, p. 723 ss.*; R. Pacia Depingente, *Immacolata: un nome da cambiare?*, nt. Trib. Verona 4 dicembre 1999, en *Famiglia e diritto*, 2000, p. 280 ss.; P. STANZIONE (cur.), *Il nuovo ordinamento dello stato civile - Commento al d.p.r. 3 novembre 2000 n. 396*, Milano, 2001; O. VERCELLI, *Stato civile, p. I, Materie Generali - La nuova disciplina in materia di nomi e cognomi con riferimento alla normativa introdotta dal D.P.R. 396/2000 ed alle norme attuative contenute nella circolare MLA-CEL n. 2/2001 e nella circolare prot. n. 0010366*, en *Stato civile*, 2001, p. 586 ss.; D. BERLOCO, *La scelta del nome di cui all'art. 36 d.p.r. 396/2000*, en *Stato civile*, 2007, 245; G. CAFFARELLI, *Qualche volta lo stesso nome vale sia per i maschi che per le femmine*, en *Ammin. civ.*, 2007, fasc. 1, 47; R. MAZZA, *Limiti all'attribuzione del prenome e diritti dell'uomo*, en *Stato civile*, 2009, p. 166 ss.; G. DI ROSA, *Attribuzione del prenome e dignità della persona*, en *Famiglia, persone, successioni*, 2009, p. 101 ss.

⁽²³⁾ G. CASABURI, *Sabato, Domenico ma non Venerdì. La scelta del prenome tra tradizione, innovazione, limitazioni legislative*, en *Giur. merito*, 2009, p. 357 ss.

razón del respeto de la vida privada y familiar por el art. 8 del Convenio para la protección de los derechos humanos y de las libertades fundamentales⁽²⁴⁾.

Antes⁽²⁵⁾, el Tribunal de Estrasburgo ha considerado oportuno el rechazo de las autoridades administrativas franceses de inscribir una niña con el nombre de “Fleur-de-Marie”, porque no existía en ningún calendario, sino evocaba el personaje de Eugène Sue en “Los Misterios de París”.

El *tribunale de grande instance* de Nanterre rechazó el recurso de los padres, admitiendo sólo los dos nombres “Fleur Marie”, ya reconocidos por la ley francés⁽²⁶⁾; la *Cour d'appel* de Versailles ratificó la decisión, como la *Cour de Cassation*, porque el nombre, demasiado excéntrico, habría podido perjudicar la menor.

Principio fundamental de la decisión es el interés del menor a no llevar un nombre ridículo⁽²⁷⁾, y el Tribunal EDH concluye apoyando la legítima limitación de la autoridad de los padres para decidir, también porque no se consideraría violación de la vida privada en cuanto, aunque la niña lleve habitualmente el nombre controvertido, la autoridad estatal ha encontrado la lógica solución, en el interés de la menor, de eliminar el pronombre “de”, aceptando la petición subordinada de los padres de inscribir el nombre “Fleur-Marie”⁽²⁸⁾.

⁽²⁴⁾ *Burghartz-Switzerland*, cit.

⁽²⁵⁾ *Guillot-France*, 23.9.1996, C. 22500/93.

⁽²⁶⁾ Loi 11 germinal an XI; Loi 93-22, 8.12.1993, art. 57 code civil: «Les prénoms de l'enfant sont choisis par ses père et mère (...). L'officier de l'état civil porte immédiatement sur l'acte de naissance les prénoms choisis. Tout prénom inscrit dans l'acte de naissance peut être choisi comme prénom usuel. Lorsque ces prénoms ou l'un d'eux, seul ou associé aux autres prénoms ou au nom, lui paraissent contraires à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers à voir protéger leur patronyme, l'officier de l'état civil en avise sans délai le procureur de la République. Celui-ci peut saisir le juge aux affaires familiales. Si le juge estime que le prénom n'est pas conforme à l'intérêt de l'enfant ou au droit des tiers à voir protéger leur patronyme, il en ordonne la suppression sur les registres de l'état civil. Il attribue, le cas échéant, à l'enfant un autre prénom qu'il détermine lui-même à défaut par les parents d'un nouveau choix qui soit conforme aux intérêts susvisés. Mention de la décision est portée en marge des actes de l'état civil de l'enfant».

⁽²⁷⁾ Cour de Cassation, 10.6.1981, en *Recueil Dalloz Sirey*, 1982, p. 160.

⁽²⁸⁾ Opuesto la *Opinion dissidente commune Macdonald et De Meyer*.

En el examen que la Comisión condujo, en el año de adhesión de Finlandia a la Unión Europea, en la controversia entre los Salonen y su Estado⁽²⁹⁾, por el rechazo de registro del nombre “Ainut Vain Marjaana” (la única y sola Marjaana), la decisión (confirmatoria del rechazo) fue inspirada por la protección del niño con respecto al posible perjuicio causado por un nombre que otros consideran improcedente.

Diferente la suerte de la causa iniciada por los cónyuges Johansson contra el mismo Estado⁽³⁰⁾, contra el rechazo de inscribir sus hijo con el nombre “Axl” porqué no utilizado y por lo tanto contrario al *Names Act* del 1985 sección 32 b, subsección. 2 (1) e 3 (2), modificado dal Act n. 253/1991.

El Tribunal EDH, aunque el nombre fuera insólito y poco utilizado, consideró que el interés público no pudiera justificar la anulación de la autoridad de los padres para elegir el nombre, garantizada en cuanto aspecto de la vida privada de los demandantes, y la diferencia con los casos más remotos es que el nombre elegido ya haya sido inscrito, en los casos de otras personas, en Finlandia.

Es relevante notar que la motivación es estrictamente vinculada al argumento de defensa propuesto por el gobierno, que, considerando la escasa población, afirmaba la necesidad de limitar la elección de nombres extranjeros (o con grafía extranjera), para defender su identidad lingüística: sin embargo, el nombre Axl “was not ridiculous or whimsical, not was it likely to prejudice the child”... “and it was also pronounceable in the finnish language and used in some other countries”.

Recientemente, en una nueva ocasión⁽³¹⁾, el Tribunal EDH ha censurado la violación del art. 8 del Convenio, en relación a la legislación turca, corroborando que el margen del juicio, reconocido a los Estados en el ejercicio de su potestad, exclusiva, de reglamentar esta materia⁽³²⁾, se entiende

⁽²⁹⁾ Décret *Salonen/Finlandia*, Comm., 2.7.1997, n. 27868/95.

⁽³⁰⁾ *Johansson/Finlandia*, 6.9.2007, C. 10163/02, en *Famiglia, persone successioni*, 2008, 1, 92.

⁽³¹⁾ *Güzel Erdagoz c. Turchia*, cit.

⁽³²⁾ Se trata de un *modus operandi* característico del Tribunal: por algunas sentencias, relacionadas con materias de competencia estatal, censuradas sólo dentro de los límites de la sensatez en la comprensión de los derechos fundamentales por necesidades públicas,

en el sentido que las restricciones legales a la autoridad de cambio (o de elección) de un nombre son admisibles sólo en el caso que sean de interés público: “por ejemplo, para garantizar un correcto registro de la población o para proteger a los medios de identificación personal o para relacionar a una familia todo los que llevan un cierto nombre”. El gobierno turco no adujo estos asuntos y fundó el rechazo de corregir el nombre inscrito por un cambio en los registros de estado civil en el 1989 (Gözel, mientras que la demandante pedía el cambio en Güzel, nombre de origen dialectal curda con el cual la inscribieron en el 1993, y siempre la habían llamada, aduciendo una falta ortográfica de transcripción) sólo porqué este último no figuraba en el diccionario turco.

La decisión recuerda, entre los precedentes, el caso *Stjerna contra Finlandia*⁽³³⁾, en que se negaba la posibilidad de cambiar el apellido (Stjerna) en otro, del cual el primero era una abreviación (Tawastastjerna), de antigua origen sueca, que también los antepasados del demandante habrían querido llevar, sufriendo la injusticia de tener que llevar la mitad del nombre original de familia, aduciendo también dificultades ortográficas y de pronuncia. El demandante afirmaba que el rechazo de las autoridades finlandesas, no fuera justificado por la protección de los miembros de la familia Tawastatstjerna, ni por la necesidad de registro de la población, y que por lo tanto la legislación interna fuera excesivamente protectora con los apellidos en uso.

El Tribunal EDH, notando que el ultimo antepasado a llevar el apellido completo vivió más de doscientos años antes del demandante, y que las mismas dificultades ortográficas y de pronuncia podían interesar el apellido reclamado, concluía rechazando el recurso y afirmando que “las autoridades nacionales son, por principio, más adecuadas para juzgar el nivel de incomodidad al utilizo de un apellido antes que otro en su propia nación”.

Aunque había explicado, interpretando el art. 8, que “tout en reconnaissant donc qu’il peut exister de véritables raisons amenant un

véase. *Olsson c. Sweden*, 24.3.1988, C. 10435/83, § 54; *Hokkanen c. Finlandia*, 23.9.1994, C. 19823/92, § 55.

⁽³³⁾ *Stjerna c. Finlandia*, 25.11.1994, C. 18131/91.

individu à désirer changer de nom, la Cour admet que des restrictions légales à pareille possibilité puissent se justifier dans l'intérêt public; par exemple, afin d'assurer un enregistrement exact de la population ou de sauvegarder les moyens d'une identification personnelle et de relier à une famille les porteurs d'un nom donné", el TEDH concluye así, formulando un principio de derecho que es tan simple en la enunciación como es difícil reconocer "las razones suficientes para llevar el Tribunal a decidir en manera diferente de las autoridades" estatales.

3. — *Derecho al nombre y elección por parte de los padres del prenombre.*

El nombre, en el sentido de unión de prenombre y apellido, es tutelado como derecho fundamental por el art. 2 Cost., constituyendo una de las principales manifestaciones del derecho a la identidad personal, en cuanto connota el individuo en las relaciones sociales, desde el primer encuentro con los demás⁽³⁴⁾. Esto es el resultado de la evolución⁽³⁵⁾ desde una interpretación «publicista», en que el nombre es importante en cuanto instrumento de identificación de asociados, hasta una «social», que evidencia en el nombre la adhesión a la familia, hasta llegar con una famosa decisión constitucional al reconocimiento de su «función de instrumento identificativo de la persona que, en cuanto tal, constituye parte esencial y irrenunciable de la personalidad»⁽³⁶⁾.

Según el art. 22 Cost., está además prohibido privar la persona de su nombre por razones políticas, ya sea italiano o extranjero.

⁽³⁴⁾ A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *Nome civile*, en *Enc. Giur. Treccani*, XXI, Milano, 1990, 1 ss.

⁽³⁵⁾ C. HONORATI, *Il diritto al nome della moglie e dei figli nell'ordinamento italiano ed europeo. Osservazioni generali*, en ID., *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, cit., p. 4.

⁽³⁶⁾ C. Cost., 3.12.1994, n. 13, en *Foro it.*, 1994, I, c. 1668 ss.; C. Cost. 11.5.2001, n. 120, en *Giur. it.*, 2001, c. 2238 ss.; L. CAROTA, *Il diritto al nome e all'immagine*, en M. SESTA, V. CUFFARO, *Persona, famiglia e successioni nella giurisprudenza costituzionale*, Napoli, 2006, p. 75 ss.; A. RICCI, *Il diritto al nome*, en G. FINOCCHIARO, *Diritto all'anonimato: anonimato, nome e identità personale*, Torino, 2008, p. 77 ss.

La tutela que ofrece el art. 2 del código civil, en combinación con el art. 8, se realiza en la acción de daño por la usurpación del propio nombre por otras personas, en la reclamación, y en la objeción contra quien impugne el uso⁽³⁷⁾; se une la tutela penal que se realiza con el imputación del delito de sustitución de persona, art. 494 c.p., que puede integrarse, por ejemplo, aun por medio de la apertura de una cuenta de correo electrónico utilizando los datos de otra persona existente⁽³⁸⁾; también es relevante la disciplina de los artículos 495 (declaración falsa ante un funcionario público sobre la identidad o sobre características propias o de otros) y 495 c.p. (declaración falsa sobre la identidad o sobre características propias o de otros, texto modificado con la ley 125 del 24 septiembre 2008, así llamado *decreto sicurezza*)⁽³⁹⁾.

⁽³⁷⁾ A. RICCI, *Tutela del nome e rimedi specifici*, en G. FINOCCHIARO, *Diritto all'anonimato, nome e identità personale*, Padova, 2008, p. 352 ss. Exceden a los objetivos de la presente investigación las disposiciones en defensa del nombre social, en cambio para la jurisprudencia sería hipótesis de usurpación del nombre dar el nombre de un artista fallecido a una fundación en ausencia de la autorización de los herederos (*De Chirico*, Trib. Roma, 20.3.1985, en *Diritto d'autore*, 1987, 67). Se considera, en fin, que la disciplina de la tutela del nombre se extiende a las asociaciones no reconocidas: G. PIEPOLI, *Associazioni non riconosciute e tutela del nome*, en *Giur. Merito*, 1972, 172; App. Milano 24.7.1953, en *Riv. dir. comm.*, 1954, II, 74, nt. P. FIORETTA, *L'art. 7 cod. civ. e le associazioni non riconosciute*.

⁽³⁸⁾ Cass. Pen. 8/14.12.2007, n. 46674, en *Riv. pen.*, 2008, 3, 258: "bene tutelato è l'interesse riguardante la pubblica fede, in quanto questa può essere sorpresa da inganni relativi alla vera essenza di una persona o alla sua identità o ai suoi attributi sociali. E siccome si tratta di inganni che possono superare la ristretta cerchia d'un determinato destinatario, così il legislatore ha ravvisato in essi una costante insidia alla fede pubblica, e non soltanto alla fede privata e alla tutela civilistica del diritto al nome". C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO, *Manuale di diritto privato europeo*, I, Milano, 2007, 215 s.: «viene così sciolto, o fortemente allentato, il vincolo tra nome, corpo e identità, costruito attraverso la progressiva attrazione del nome nell'esclusivo ambito della regola giuridica. Il nome torna a presentarsi come una istituzione sociale che si modella secondo necessità esistenziali, non solo seguendo il corpo nelle sue mutevoli esigenze, ma contribuendo a conformarlo nella dimensione in cui perde la materialità e diventa così disponibile per i più diversi usi sociali. Non è più soltanto «istituzione di polizia» ma strumento di vita. Lo testimoniano anche vicende diverse di indebolimento del principio di immutabilità, prime tra tutte quelle che vogliono sottrarre i corpi dei figli alla riferibilità al solo padre attraverso l'obbligo di assumerne il cognome, rendendo possibile anche l'assunzione esclusiva o congiunta anche di quello della madre».

⁽³⁹⁾ Cass. Pen., 11.5.2009, n. 19963.

Se puede deducir la ajenidad al contenido del derecho al nombre de los modos con que se atribuye a cada individuo: el prenombre por lo general es expresión de la elección de los padres, en el ejercicio concorde y igualitario de la potestad y excepcionalmente del oficial mayor, en el caso que se dé parte del nacimiento del niño como hijo de padres no conocidos (art. 38 del Ordenamiento del estado civil, aprobado con D.P.R. 3 noviembre 2000, n. 396). Dentro de los límites de este escrito, en las conclusiones se volverá a ahondar las interesantes y actuales cuestiones sobre la atribución del apellido en Italia, en consideración de la norma consuetudinaria por la cual a los hijos legítimos se transmite sólo el apellido paterno, como ocurre con los hijos naturales reconocidos contemporáneamente por los dos padres según el art. 262 c.c. ⁽⁴⁰⁾, en consideración de la peculiar atención de nuestra jurisprudencia al contenido preceptivo del art. 8 del Tribunal EDH, muchas

⁽⁴⁰⁾ C. Cost. 16 febbraio 2006 n. 61, en *Giur. Cost.*, 2006, I, p. 559 ss. nt. S. NICCOLAI, *Il cognome familiare tra marito e moglie. Com'è difficile pensare le relazioni tra i sessi fuori dello schema dell'uguaglianza*, en *Foro it.*, 2006, I, c. 1673, nt. G. CASABURI; en *Familia*, 2006, p. 931, nt. M.N. BUGETTI, *Il cognome della famiglia tra istanze individuali e principio di eguaglianza*, en *Famiglia, persone, successioni*, 2006, p. 903 ss., nt. L. GAVAZZI, *Sull'attribuzione del cognome materno ai figli legittimi*. La atribución automática de el apellido paterno es «retaggio di una concezione patriarcale della famiglia [...] e di una tramontata potestà maritale, non più coerente con i principi dell'ordinamento e con il valore costituzionale dell'eguaglianza tra uomo e donna». A esto propósito V. CARFI, *Abbandono del patronimico: Corte di Cassazione vs Corte Costituzionale*, en C. HONORATI, *Diritto al nome e all'identità personale*, cit., p. 59 ss.; A.O. COZZI, *I d.d.l. sul cognome del coniuge e dei figli tra eguaglianza e unità familiare in Nuova Giur. Civ. Comm.*, 2010, p. 449 ss.; M.R. MARELLA, *Il lungo viaggio verso la parità. Rileggendo un libro di Annamaria Galoppini*, en *Riv. crit. dir. priv.*, 2009, p. 493 ss.; A. CIERVO, *Dal cognome patriarcale al cognome «pariarcale»? Evoluzioni giurisprudenziali in tema di doppio cognome del minore*, ivi, p. 153 ss.; F. ASTIGGIANO, *assunzione del cognome paterno e valutazione dell'interesse del figlio naturale minore*, nota a Cass., 27.2.2009, n. 4819, en *Famiglia e diritto*, 2009, p. 791 ss.; B. CARBONE, *L'inarrestabile declino del patronimico*, nota a Cass., 26 maggio 2006, n. 12641, en *Familia*, 2006, 959; L. MORMILE, *Trasmissione del cognome paterno: le "tradizioni" al vaglio della giurisprudenza, fra funzione certificativa del nome, diritto all'identità personale e valutazione di compatibilità con il diritto comunitario*, en *Europa dir. priv.*, 2003, p. 829 ss.; F. UCCELLA, *Il nome patronimico tra diritto interno e diritto internazionale*, Parte prima, en *Vita notarile*, 2011, p. 673 ss.; Cass., ord. 22.9.2008, n. 23934, cit., *quaestio*: «se possa essere adottata un'interpretazione della norma di sistema costituzionalmente orientata ovvero – se tale soluzione sia ritenuta esorbitante dai limiti dell'attività interpretativa – la questione possa essere rimessa nuovamente alla Corte Costituzionale»; *Burghartz c. Zwitserland* 22.2.1994, cit.; *Ünal Tekeli c. Turkey*, 16.11.2004, 29865/96.

veces considerado parámetro de legitimidad de las legislaciones estatales que – como la italiana – excluyen cualquier elección de los padres sobre la transmisión del apellido.

Las fuentes internacionales reconocen la misma importancia al nombre en cuanto derecho fundamental de la persona ⁽⁴¹⁾. Entre las fuentes supranacionales se destacan el art. 3 de la Declaración de los derechos del niño, aprobada por la Asamblea General de las Naciones Unidas el 20 de noviembre de 1959, según la cual el niño tiene “derecho a un nombre”, y a una nacionalidad, “desde su nacimiento”, el art. 24 del Pacto internacional de derechos civiles y políticos, según el cual todo niño será inscrito inmediatamente después de su nacimiento y deberá tener un nombre, y la análoga previsión del art. 7 de la Convención ONU de 20 de noviembre de 1989 sobre los derechos del niño, que en el art. 8 c) compromete a los Estados a «respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la ley sin injerencias ilícitas».

Múltiples pactos internacionales, concluidos ante la Comisión internacional del Estado Civil, regulan este tema: el Convenio de Estambul relativo a los cambios de apellidos y de nombres de 4 septiembre de 1958 ⁽⁴²⁾, el Convenio firmado en Berna el 13 de noviembre de 1973, relativo a la indicación de nombre y apellidos en los registros civiles, el Convenio celebrado en Múnich el 5 de septiembre de 1980 sobre la ley aplicable a los nombres y los apellidos ⁽⁴³⁾, el Convenio firmado en La Haya el 8 de septiembre de 1982, relativo a la expedición de un certificado de diversidad de apellidos ⁽⁴⁴⁾, el

⁽⁴¹⁾ L. TOMMASI, *Il diritto al nome tra libertà di circolazione e diritti fondamentali*, en C. HONORATI, *Diritto al nome e all'identità personale*, cit., p. 111 ss.

⁽⁴²⁾ L. 344/1967.

⁽⁴³⁾ L. 950/84; P. MENGOZZI, *Il diritto alla continuità di cognomi di minori provvisti della cittadinanza dello Stato membro della Comunità e della cittadinanza italiana*, en *Riv. dir. int. priv. proc.*, 2009, p. 69 ss.

⁽⁴⁴⁾ El certificado se extiende, sin perjudicar las disposiciones que reglamentan la atribución del nombre, con el objeto de simplificar la documentación de la propia identidad en caso de diferencia de los datos personales, en consecuencia de la aplicación de diferentes legislaciones nacionales.

Convenio de Antalya de 16 de septiembre de 2005 sobre el reconocimiento de los nombres⁽⁴⁵⁾.

En cuanto a los criterios de elección del nombre impuesto al niño, se destaca el art. 34 D.P.R. 396/2000, que reglamenta “las limitaciones a la atribución del nombre”, parcialmente innovador con respecto de la norma en vigor anteriormente, art. 72 R.D. de 9 de julio 1939, n. 1238 del Ordenamiento del estado civil⁽⁴⁶⁾.

En cuanto ya no esté en vigor la prohibición de utilizar nombres geográficos, que además se había atenuado en caso de nombres bastante difundidos (Italia, y Asia también, aunque en este caso se pueda referirse

⁽⁴⁵⁾ G. ROSSILLO, *Identità personale e diritto internazionale privato*, Padova, 2009, p. 221 ss. Por S. TONIOLO, *Il riconoscimento di atti e provvedimenti stranieri concernenti il diritto al nome nell'ordinamento italiano: problemi e prospettive*, en C. HONORATI, *Diritto al nome e all'identità personale nell'ordinamento europeo*, cit., p. 151 s., «è funzionale alla possibile realizzazione di un'efficace tutela del diritto al nome attraverso la riconoscibilità degli atti e dei provvedimenti ad esso relativi», porqué con este Convenio, ratificado por el momento sólo por Portugal, se introduce el principio de reconocimiento automático del nombre adquirido por matrimonio, nacimiento o modificación por medida judicial. En caso de menores con más de una nacionalidad el art. 4 prevé que «Il nome attribuito nello Stato contraente del luogo di nascita a un bambino che possieda due o più nazionalità è riconosciuto negli altri Stati contraenti se questo Stato è uno di quelli di cui il bambino ha la cittadinanza. In ogni caso, in deroga al paragrafo precedente, il nome attribuito a domanda dei genitori in un altro Stato contraente di cui il minore ha la cittadinanza è riconosciuto negli altri Stati contraenti. Avviso di questa attribuzione è indirizzato all'ufficiale dello stato civile del luogo di nascita del bambino, per l'iscrizione nei registri ufficiali pertinenti».

V. también C. Nast, *La convention CIEC (n° 31) sur la reconnaissance des noms comme contribution à la résolution des conflits*, relazione al sesto congresso dell'Associazione Europea degli ufficiale dello stato civile, Engelberg, 22-23.5.2006, en <http://www.ciec1.org>.

El convenio ha sido adoptado por la Asamblea general de la Ciec (*Commission Internationale de l'État Civil*), aceptado también por Italia; con la adherencia y la ratificación de nuestro Estado ya no se aplicaría el procedimiento de corrección por el oficial mayor reglamentada por el art. 98, segundo párrafo, 1. estado civil, por los nacidos en países que aceptan la Ciec. El estado de las adherencias se puede controlar en la página web de la Ciec <http://www.ciec1.org/SignatRatifConv.pdf>.

⁽⁴⁶⁾ No se puede, además, imponer a hijos naturales nombres que hagan sospechar un origen no matrimonial, o apellidos de importancia histórica o que pertenecen a familias notables en el lugar en que se encuentra la partida de nacimiento. (art. 34, III comma, D.P.R. 396/2000).

a una antigua divinidad de los Getas, un pueblo prerromano que vivía en Dacia), el procedimiento usual con que se interpreta el primer párrafo acepta que al hijo se imponga el nombre del padre, con el atributo “junior”⁽⁴⁷⁾, que se añadiría al propio nombre como nuevo elemento onomástico, para diferenciarlo del nombre del padre viviente.

Todavía existen cuestiones sobre la posibilidad de imponer a las niñas nombres que en Italia tienen connotación sólo masculina, pero valor femenino en otros estados. Los casos más recientes sobre esta materia se resolvieron de manera coherente en los Tribunales de Catanzaro⁽⁴⁸⁾ y de Varese⁽⁴⁹⁾.

El primero concernía una niña nacida en Francia de padres italianos, que le habían impuesto el nombre “Andrea”, y lo había iniciado la fiscalía competente con una instancia de rectificación según el art. 100 D.P.R. 396/2000, dada la diferencia entre la partida de nacimiento y la realidad natural y jurídica, ya que se alteraba el estado de la persona.

El tribunal de Catanzaro evidencia en la norma un balance entre el interés de los padres a elegir el nombre de los hijos y el interés público de la certeza de las relaciones jurídicas y de la identificación de las personas, realizado a través de la admisibilidad de nombres con valor equívoco, en cuanto al sexo, si están precedidos por un nombre primario con valor unívoco (p.e.

⁽⁴⁷⁾ Parere Min. Interno 23.11.2004, en *Stato civile it.*, 2005, 264 ss.; D. BERLOCO, *Parere del Ministero dell'interno in ordine all'applicazione dell'art. 34 del D.P.R. 396/2000*; Parere Min. Interno 27.2.2005; Parere Min. Interno 26.11.2007; L. PALMIERI, *Limiti all'attribuzione del prenome al neonato: junior, perché no?*, en *Notiziario Anusca*, 2005, 6, 5 ss.; *Nota redazionale*, en *Servizi Demografici*, 9, 61; contrario L. BARDARO, *Si può dichiarare il proprio figlio col nome di Venerdi?*, *cit.*, 610, nt. 17.

⁽⁴⁸⁾ Trib. Catanzaro, decr. 14.4.2009, en www.anusca.it

⁽⁴⁹⁾ Trib. Varese, decr. 23.7.2010, en *Famiglia e diritto*, 2011, p. 164 ss, nt. L. BARDARO, *Andrea o non Andrea? Questo è il dilemma. «È onere dei richiedenti collaborare nel procedimento camerale al fine di dimostrare che, in Italia, si sia affermata una tradizione nazionale che riconosce al nome Andrea valenza anche femminile. In assenza di tale sollecito, il nome Andrea può essere attribuito alle bambine ma antepone un onomastico femminile, come prevede la circolare ministeriale di riferimento»*. S. ARENA, *Nome corrispondente al sesso del neonato: un decreto di rettificazione emanato dal tribunale di bari. Osservazioni*, en *Stato civile it.*, 2004, p. 83 ss.

Giovanni Maria). Al contrario excluye la posibilidad de soslayar el veto del art. 35 a través de la referencia a un nombre extranjero, en cuanto «el valor del nombre se evalúa en relación con la tradición italiana y en el respeto de la misma. Esto significa que al menor italiano no se puede atribuir un nombre extranjero que, en Italia, no identifique la sexualidad de manera correcta».

Sigue la remisión a la circular del Ministerio del Interior de 11 de junio de 2007, que ha confirmado que el nombre “Andrea” en Italia tiene valor masculino, siendo “Andreina” la forma femenina, y que por lo tanto se puede utilizar sólo cuando lo precede un elemento onomástico que es ciertamente femenino (p.e. Francesca Andrea). Cuando, en cambio, la menor tuviera sólo la nacionalidad del país extranjero a cuyo léxico pertenece el nombre elegido, si aplicaría la ley del Estado de nacimiento *ex* art. 24 l. 218/1995 de derecho internacional privado, en cuanto ley nacional del sujeto⁽⁵⁰⁾.

Si, por fin, hubiera el caso de una doble nacionalidad, una de ellas italiana, según el art. 19, n.2, l. 218/1995, prevalecería la ley italiana, incluso cuando la persona tenga un vínculo predominante con el Estado extranjero.

El Tribunal de Varese en cambio se ocupa del recurso, de nuevo presentado por la fiscalía con una instancia del oficial mayor, relativo a una niña llamada “Andrea Sara” y lo resuelve aplicando los art. 34 y 35 co. 1, de los que, en su opinión, surge «claramente la prohibición de atribuir a un niño de sexo masculino un nombre de mujer o a una niña de sexo femenino un nombre de hombre. Porque esto significaría violar las dos normas, en cuanto, en casos como este, se expondría la identidad de la persona al escarnio».

⁽⁵⁰⁾ Es relevante, a propósito de esto, la disciplina impuesta por el Convenio de Múnich de 5 de septiembre de 1980 sobre la ley aplicable a los nombres y los apellidos, concluido en el contexto de la Comisión internacional del estado civil, que en el art. 1, párrafo I, dispone que el nombre y el apellido de la persona son establecidos por la ley del estado de nacionalidad, incluso el caso en que el sujeto no sea ciudadano de un Estado que acepta el Convenio, siempre que se pueda conocer el derecho extranjero. A. DI BLASE, *Nome (dir. int. priv.)*, en *Enc. Giur. Treccani*, 1998, 1, incluso por las cuestiones inherentes a algunas diferencias de trato entre la disciplina convencional y la ley italiana de derecho internacional privado, especialmente respecto al art. 24, párrafo I, l. 218 de 1995, a propósito de la titularidad de nombre o apellido originado por una relación familiar, como en el caso de la mujer o del niño adoptado cada vez que las personas implicadas tienen diferente nacionalidad.

Se nota que en la combinación de estas disposiciones prevalece el interés público sobre la certeza de las relaciones jurídicas y de la identificación de la persona con respecto a la libertad de elección del nombre por los padres, que «no reprime el derecho de los padres sino que lo condiciona. Por lo tanto es posible adoptar un nombre que tenga valor equívoco (en cuanto al sexo), pero si lo precede un nombre, primario, que refleja el sexo del menor».

Sigue la remisión a la misma circular, pero el juez lombardo cree que no se diferencia el caso de la doble nacionalidad italiana y extranjera, puesto que «las limitaciones no se aplican cuando el niño adquiera la nacionalidad del País de proveniencia. En este caso, en actuación de la norma en materia de derecho internacional privado (Ley n. 218/1995) se aplica la Ley del País de nacimiento, puesto que explícitamente el art. 24 l. cit. dispone que los derechos de la personalidad, incluso el derecho al nombre, son reglados por las leyes nacionales del sujeto».

Defiende, sin embargo, el precedente del Tribunal de Catanzaro respecto a las objeciones de los autores que habían considerado que el nombre Andrea ya se utiliza de manera ambigua en Italia⁽⁵¹⁾, afirmando que es precisamente el valor de la certeza en los comercios privados a imponer el utilizzo de las formas masculina Andrea/femenina Andreina: «en toda materia contractual, en los negocios, en los comercios y en todas relaciones en que se utiliza sólo el dato anagráfico, la garantía está en peligro cuando se utilice sólo el nombre Andrea que, aunque haya una tradición evolutiva, ahora mantiene una connotación masculina».

Entonces dispone la rectificación del nombre en “Sara Andrea”.

El juez además defiende la circular respecto a las sospechas de violación del art. 8 del Convenio EDH destacando el «gran poder discrecional» reco-

⁽⁵¹⁾ Trib. Varese 23.7.2010, cit.: «così opinando non si rischia di mettere a repentaglio la certezza dei rapporti giuridici perché, nel dubbio se il nome sia riferito a uomo o donna, soccorrerà un altro dato che compare negli atti dello stato civile, ovvero la specificazione del sesso femminile o maschile. In conclusione: se molti genitori chiedono la registrazione delle loro figlie con il nome Andrea e se perfino qualche cantautrice ha scelto Andrea come pseudonimo, non può negarsi che, se anche di uso tradizionale ditale nome al femminile non possa ancora parlarsi, nella prassi sociale l'ambivalenza del nome Andrea si è già affermata».

nocido por las autoridades nacionales «en la aplicación caso por caso de la ley sobre los nombres», que se puede realizar con la imposición de limitaciones en la atribución del nombre en consideración del riesgo de perjuicio que el nombre ridículo puede causar al menor, por tanto «ciertamente no hay una ruptura con el art. 8 cit. cuando, en cualquier caso, se consienta el nombre con la anteposición de un onomástico diferente para alcanzar las finalidades públicas».

La remisión al «derecho comunitario» no especificado se resuelve estableciendo que «si otros Estados no permiten el utilizo de Andrea como nombre masculino, no se explica porque en Italia no se debería prohibirlo como nombre femenino», considerando en cualquier caso la limitada competencia comunitaria en materia de Derechos de la personalidad.

No faltan sin embargo sentencias de sentido diametralmente opuesto, que admiten el nombre Andrea para las niñas, en obediencia al principio de libre elección de nombres extranjeros⁽⁵²⁾, que se oponen a las sentencias que lo prohíben en cualquier caso, por la coexistencia de un idéntico nombre italiano con valor masculino, y a la orientación intermedia que, con referencia a ciertos territorios y a la multietnicidad de la sociedad moderna, lo consiente para las niñas, cuando sea integrado con otro nombre que ciertamente corresponde al sexo femenino⁽⁵³⁾.

Los Tribunales de Catanzaro y de Varese consideran importante el multiculturalismo social, el uso como femenino del nombre en otros países, el riesgo que un rechazo pueda producir un fenómeno de discriminación inversa, cuando el ciudadano italiano resida en un Estado donde el nombre se use sólo como femenino, y introducen una “cláusula de revisión” de su orientación, en el caso de «una evolución de la tradición italiana en materia de nombres».

Entonces parece posible esbozar un mínimo principio de derecho compartido: «no se permite a los padres violar el “contenido mínimo” del derecho al nombre que [...] pasa por tres principios fundamentales: a) el nombre no debe exponer el menor al ridículo y a la vergüenza; b) el nombre debe

⁽⁵²⁾ Trib. Torino, 9.4.2009; App. Torino, decr. 26.6-23.7.2008.

⁽⁵³⁾ Trib. Milano 20.2.2003, en *Gius*, 2003, 1380.

reflejar el sexo del menor; c) el nombre debe perseguir el objetivo de realizar el derecho a la identidad personal del menor»⁽⁵⁴⁾.

El juez calabrés funda las limitaciones que las legislaciones estatales pueden imponer a la potestad de los padres el art. 7, párrafo I, de la Convención de Nueva York sobre los derechos del niño adoptada el 20 de noviembre de 1989, y analiza los datos estadísticos sobre la difusión del nombre “Andrea” en Italia, de la que deriva la costumbre de asociarlo al sexo masculino. Al final decide por la rectificación del nombre, conservando el que, en espera de juicio, se ha vuelto en un signo distintivo de la niña, y anteponiendo el nombre, ciertamente femenino, de “Giulia”.

Singular y opinable es el método con que se llega a la elección.

En la ausencia de un criterio deducible en los artículos 35 y 36 D.P.R. 396/2000, el Tribunal calabrés excluye la determinación de oficio, considerando que la remisión a los artículos 737 ss. c.p.c. hecho por el art. 96, párrafo III, D.P.R. 396/2000 solo en el caso que sean compatibles, no permita la injerencia judicial en los derechos fundamentales del menor sin comprometerlo, utilizando el art. 8 de la mencionada Convención de Nueva York, por el cual “los Estados se comprometen a respetar el derecho del niño a preservar su identidad, incluidos la nacionalidad, el nombre y las relaciones familiares de conformidad con la Ley sin injerencias ilícitas”. El siguiente art. 12 dispone además que “Los Estados partes garantizarán al niño, que este en condiciones de formarse un juicio propio, el derecho de expresar su opinión libremente en todos los asuntos que le afectan, teniendo debidamente en cuenta las opiniones del niño, en función de su edad y madurez. Con tal fin, se dará en particular al niño oportunidad de ser escuchado en todo procedimiento judicial o administrativo que le afecte, ya sea directamente o por medio de un representante o de un órgano apropiado, en consonancia con las normas de procedimiento de la Ley nacional”.

A causa de la representación de los padres de la menor, tendrían que ser los padres a elegir el nombre que se añade a el elegido originariamente, pero el Tribunal recuerda como el art. 7 de la antedicha Convención impone a la au-

⁽⁵⁴⁾ Trib. Catanzaro 9.4.2009, cit.

toridad judicial de actuar con prontitud, evitando todo inútil retraso y acogién-dose de procedimientos que aseguren una rápida ejecución de su decisiones.

Por lo tanto elige el tercer nombre de mujer más común en Italia, según los datos difundidos por el Instituto central de estadística (Giulia) como nombre antepuesto, provisionalmente, al elegido para la niña, modificación que se convertirá en definitiva tras el término de treinta días desde hace la notificación del decreto a los padres, con la advertencia a ellos de la facultad de indicar un nombre diferente para la anteposición.

La singularidad de la pronuncia es evidente: si, por un lado, la elección del tercer nombre más común en vez del primero podría utilizarse para impugnar la sanción, hay también que relevar como la atención a las fuentes supranacionales ha llevado a un juicio sin duda digno del interés de la menor, tanto exhaustivo que comprende datos estadísticos además de lingüísticos, y que se ha resuelto en una sentencia inherente al principio fundamental de tutela del sujeto más débil que es el grande protagonista del caso.

4. — *Elección del apellido, potestad y responsabilidad de los padres.*

Nace una duda fundamental: la imposición del nombre es un derecho de la libertad de los padres o es parte de su responsabilidad⁽⁵⁵⁾? En la prohibición de la privación del nombre por motivos políticos, art. 22 Cost., se deduce el principio general de respeto del prenombre (y del apellido) elegido para la persona, con tendencial prohibición de injerencias de la autoridad de otros⁽⁵⁶⁾.

⁽⁵⁵⁾ L. BARDARO, *cit.*, 609, según el cual, por el enlace con el art. 316 c.c. y por la fuente solidaria de los derechos de la personalidad, “si evince che la scelta del prenome è un potere-dovere estrinsecazione della potestà genitoriale e l’interesse preminente è del minore”. El nombre que se le ha impuesto, en su unión con el apellido, no debe, en otros términos, obstaculizar el pleno desarrollo del sujeto débil. P. PERLINGIERI, *Il diritto civile nella legalità costituzionale secondo il sistema italo-comunitario delle fonti*, Napoli, 2006, 784, para el enlace del nombre al “profilo unitario della personalità”.

⁽⁵⁶⁾ A. DE SANCTIS RICCIARDONE, *Nome civile, cit.*, 2.

Pero la regla fundamental establecida por el art. 2 Cost., justifica (e impone) la intervención para fomentar la persona que lleva aquel nombre, también removiendo el obstáculo que la elección por parte de los padres pueda haber puesto al libre desarrollo de la personalidad del sujeto en condición de dificultad, en cuanto menor.

La ley de ordenamiento de estado civil traduce el necesario balance de valores constitucionales, prohibiendo la imposición de nombres ridículos o vergonzosos.

Con esta cláusula el legislador no quiso remitir al arbitrio del juez la elección del límite entre legalidad y desenfreno, pero abrió paso al juicio de equidad que, en materia de derechos patrimonialmente neutros, muestra sus características más relevantes⁽⁵⁷⁾.

Es importante, en términos de comparación, la evolución del concepto de orden público que el art. 4 del Convenio de Múnich impone como limitación a la aplicación de la ley extranjera que reglamenta el nombre de la persona. Se ha dicho⁽⁵⁸⁾, por ejemplo, que se excluiría la imposición de un nombre añadido por un Estado racista para distinguir los ciudadanos que pertenecen a un grupo étnico o religioso objeto de persecución, y en eso es evidente la aplicación de los cánones fundamentales del respeto y de la igualdad de las personas, a la defensa de los cuales se dirige toda nuestra Constitución.

Entonces se podría afirmar que, en materia de elección del nombre,

⁽⁵⁷⁾ A. SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, Perugia, 2006, p. 157 ss., que pone en evidencia que en la práctica se encuentran cuestiones muy peliagudas, “in cui il ruolo del giudice assume connotati più decisi e la corretta valutazione delle circostanze concrete e della «qualità» dei soggetti coinvolti rivestono un’importanza, se possibile, ancora maggiore: fra esse una posizione preminente assumono quelle concernenti i minori”. R. MAZZA, *Limiti all’attribuzione del prenome e diritti dell’uomo*, en *Stato civ. it.*, 2009, 169: “è necessario guardare in concreto al pericolo di un pregiudizio per il minore. Solo in questo caso riusciamo ad avere una discriminante che ci consente, ad esempio, di accettare Domenica ma non Venerdì, anche se sono entrambi giorni della settimana, ovvero ad accettare Gioia ma non Odio, Audace ma non Pauroso, pur essendo entrambi sentimenti, ovvero Asia ma non Promontorio pur essendo entrambi nomi geografici, ancora Angelo ma non DemONIO”.

⁽⁵⁸⁾ W. SCHÄTZEL, *Le nom des personnes en droit international*, en *Recueil des cours*, 1958, 3, 215.

valgan las mismas consideraciones de oportunidad conducidas por la extensa casuística administrativa y jurisprudencial en materia de cambio de nombre.

5. — *Status personales y definición de familia en el derecho comunitario.*

La directiva n.2004/38, texto de referencia en materia de libre circulación de los ciudadanos y de sus familiares en el territorio de la Unión, incluye en su definición el cónyuge, la pareja vinculada al ciudadano por una unión registrada (en base a la legislación de un Estado miembro que equipara la unión al matrimonio, respetando las condiciones de la legislación del Estado de acogida), los descendientes directos menores de 21 años o a cargo, y los del cónyuge o pareja, los ascendientes directos o a cargo y los de la pareja. Es prevista, además, la obligación de «facilitar» la entrada y la residencia de la pareja con la cual el ciudadano de la Unión tenga una relación estable, pero siempre en conformidad con la legislación nacional ⁽⁵⁹⁾: obligación que se resuelve en el examen del caso individual, a través de un «examen exhaustivo de la situación personal», que explicita y motive adecuadamente la prohibición de entrada y de residencia.

Es coherente el art. 9 de la Carta de los derechos fundamentales de la Unión Europea, que remite a las legislaciones nacionales la disciplina del ejercicio del derecho de casarse y del derecho de constituir una familia ⁽⁶⁰⁾,

⁽⁵⁹⁾ L. TOMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione Europea*, Padova, 2007, p. 89: «il convivente godrà del diritto di soggiorno nello Stato che ospita il cittadino comunitario ove la legislazione o la prassi in materia di immigrazione accordino ai conviventi dei cittadini di questo analogo beneficio». *Contra*, M. FINOCCHIARO, *Una nozione ampia di "familiare" fa spazio alle unioni di fatto*, en *Guida al diritto*, 2007, 19, p. 30.

⁽⁶⁰⁾ E. CALÒ, *La disciplina comunitaria dei rapporti familiari*, *Atti del Seminario di Studio Formanote sul tema: "Casi e materiali di diritto comunitario d'interesse notarile: atti, famiglia e successioni"*, Palermo, 23.5.2009), en *Studi e Materiali*, 2010, p. 1122 ss.; P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Cittadinanza europea, libertà di circolazione e famiglie senza matrimonio*, en *Famiglia e diritto*, 2010, p. 849 ss.; E. BERGAMINI, *La famiglia quale oggetto di tutela nel diritto dell'unione europea e nella giurisprudenza della corte di giustizia*, en *Diritto pubblico comparato e europeo*, 2010, p. 457 ss.; F. PARENTE, *La*

aunque haya quien distingue, en la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Los Derechos Humanos que ha permitido la fecundación artificial a las parejas homosexuales, el surgir de una plena equiparación a las parejas heterosexuales, en la pretensión de proteger su «vida familiar»⁽⁶¹⁾.

La carencia de competencia de la Unión a legislar en materia de derecho de familia, a menos que se trate de voluntad unánime de todos Estados art. 81, párrafo 3, TFUE, no excluye por un lado interpretaciones evolutivas del texto de la disposición, «a la luz de la evolución del derecho de familia en los Estados miembros»⁽⁶²⁾.

La continuidad supranacional de los *status* y relaciones personales y familiares es afirmada por la jurisprudencia sobre la libertad de circulación, en la cual el Tribunal de Justicia aplica el «principio de origen», inicialmente formulado para la circulación de mercancías⁽⁶³⁾.

libertà matrimoniale tra status personae e status familiae, en *Rass. dir. civ.*, 2010, p. 129 ss.; G. DI ROSA, *Forme familiari e modello matrimoniale tra discipline interne e normativa comunitaria*, en *Europa e diritto privato*, 2009, p. 755 ss.; A. MAGGIOTTO, *I familiari extracomunitari di cittadini comunitari: prime applicazioni giurisprudenziali sui requisiti per il riconoscimento dello status previsto dalla Direttiva 2004/38/CE.*, en *Diritto, immigrazione e cittadinanza*, 2009, p. 120 ss. *Metock*, 25.7.2008, C. 127/08: «la direttiva 2004/38 osta alla normativa di uno Stato membro, la quale impone al cittadino di un paese terzo, coniuge di un cittadino dell'Unione che soggiorna in questo Stato membro di cui non ha la cittadinanza, di avere previamente soggiornato legalmente in un altro Stato membro prima del suo arrivo nello Stato membro ospitante, per poter beneficiare delle disposizioni della detta direttiva»; R.N.G. *Eind*, 11.12.2007, C. 291/05; M. Gnes, *Il diritto comunitario ed i limiti nazionali al ricongiungimento familiare*, en *Giornale dir. amministrativo*, 2009 fasc. 2, pp. 137 ss.

⁽⁶¹⁾ F.D. BUSNELLI, *Fonti costituzionali europee e ordinamenti civili*, en A. PALAZZO, A. PIERETTI (cur.), *Studi assisani nell'attesa di Benedetto XIV*, Perugia, 2011, p. 66 s.; Id., *La faticosa evoluzione dei principi europei tra scienza e giurisprudenza nell'incessante dialogo con i diritti nazionali*, en *Riv. dir. civ.*, 2009, p. 288; Conseil Constitutionnel, 28.1.2011, n. 2010-92 QPC; C. Cost. 15.4.2010, n. 138; C. DANISI, *Matrimonio, diritti ed égalité: anche il Conseil Constitutionnel rinvia al legislatore*, en *Famiglia e diritto*, 2011 fasc. 7, p. 668 ss.; R. CONTI, *Convergenze (inconsapevoli o...naturali) e contaminazioni tra giudici nazionali e Corte EDU: a proposito del matrimonio di coppie omosessuali*, en *Corriere giuridico*, 2011, p. 579 ss.

⁽⁶²⁾ Informe complementario a la propuesta modificada COM(2003) def. 15.4.2003, p. 3 s.

⁽⁶³⁾ *Dassonville*, 11.7.1974, C. 8/74, en *Raccolta*, 1974, p. I-837; *Cassis de Dijon*, 29.2.1979, C. 120/78, en *Raccolta*, 1979, p. I-649; R. CIPPITANI, *I beni e i diritti reali*, en A. PALAZZO, A. SASSI (cur.), *Diritto privato del mercato*, Perugia, 2007, p. 101 ss.; T. BALLARINO, *I beni ambientali*,

A través de este principio se atribuye al Estado de origen de la persona la competencia a reglamentar su *status*, con la obligación de respetarlo por parte del Estado de acogida, creando un sistema de mutuo reconocimiento entre normativas nacionales, cuyas pretensiones de imponer restricciones, por razones de interés general, a la libertad de circulación son censurables por parte del Tribunal a través de las tres condiciones de proporcionalidad según un *aptitude test*, *interchangeability test*, y *equivalence test*.

De este nace un principio de unicidad de *status* del ciudadano comunitario, puesto que el principio de origen puede justificar la permanencia del *status*, asociado al derecho de circular libremente⁽⁶⁴⁾, encontrando fundamento en la ciudadanía europea o en el derecho a la protección de la vida privada y familiar, garantizado respectivamente por el art. 7 de la Carta de los derechos y por el art. 8 del Convenio de derechos humanos, y llevando a cabo, concretamente, en caso de contraste, por el principio de reconocimiento mutuo.

en C. CASTRONOVO, S. MAZZAMUTO (cur.), *Manuale di diritto privato europeo*, II, p. 120. El principio se aplicó a la circulación de servicios, a la libertad de establecimiento, a la circulación de los trabajadores y por fin de las personas: M. FALLON, *Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé*, en *Nouveaux itinéraires en droit. Hommage à François Rigaux*, Bruxelles, 1993, p. 129 ss.; G. ROSSOLILLO, *Mutuo riconoscimento e tecniche conflittuali*, Padova, 2002, p. 239 ss.; S. NICOLIN, *Il mutuo riconoscimento tra mercato interno e sussidiarietà*, Padova, 2005, p. 60 ss., p. 166 ss.

⁽⁶⁴⁾ Principio enunciado por primera vez en la conclusiones del abogado general La Pergola en *Dafeki*, C. 336/94, en *Raccolta* 1997, p. I-6761, como principio que impone a los Estados miembros aceptar el establecimiento del *status* dispuesto por las autoridades del Estado de nacionalidad, para evitar que «un diritto esista e possa essere fatto valere in uno Stato membro e non in un altro per il fatto che lo stato civile dell'interessato è soggetto a diverse valutazioni nell'ambito della Comunità, ambito invece concepito come uno spazio senza frontiere interne». M. FALLON, *Variations sur le principe d'origine, entre droit communautaire et droit international privé*, cit., p. 212 s.; R. BARATTA, *Scioglimento e invalidità del matrimonio nel diritto internazionale privato*, Milano, 2004, p. 213 ss.; ID., *Il regolamento comunitario sul diritto internazionale della famiglia*, en P. PICONE (cur.), *Diritto internazionale privato e diritto comunitario*, 2004, p. 163 ss.; L. TOMMASI, *La tutela degli status familiari nel diritto dell'Unione Europea*, cit., p. 105.; C. HONORATI, *La legge applicabile al nome tra diritto internazionale privato e diritto comunitario nelle conclusioni degli avvocati generali*, en G. VENTURINI, *Nuovi strumenti del diritto internazionale privato. Liber Fausto Pocar*, II, Milano, 2009, p. 473 ss.

El *status* de ciudadano europeo, categoría que incluye las calidades personales y familiares, se impone en términos de derecho al reconocimiento de las situaciones válidamente constituidas en el Estado de residencia, que es la lógica consecuencia de la unicidad de los *status*, y realiza la aspiración fundamental de admitir la libre circulación del sujeto, «llevando consigo el conjunto de los requisitos que lo identifican como sujeto»⁽⁶⁵⁾.

Dicho principio viene aplicado en las conclusiones del abogado general Jacobs en la causa *Standesamt Stadt Niebüll*⁽⁶⁶⁾, en la cual los padres habían rechazado la aplicación de la ley alemana, que imponía la elección del apellido que había que asignar a los hijos, pidiendo la imposición del doble apellido, compuesto por sus respectivos apellidos, con el cual el niño ya había sido registrado en Dinamarca, país donde había nacido, pero del cual no tenía la nacionalidad.

En virtud de la legislación danés, aplicable por las normas de conflicto del Estado como ley de domicilio de la persona en todas cuestiones relativas al *status* personal, incluida la determinación del apellido, al niño habían impuesto el apellido Paul Grunkin, luego modificado en Grunkin Paul. El padre se había trasladado a Alemania, en Niebüll, mientras que el hijo y la madre se habían quedado en Dinamarca, aunque no se excluyera y más bien fuera comprobada la regular convivencia con el padre.

Hay entonces, a diferencia del caso *García Avello*, un concreto ejercicio de la libertad de circulación, art. 18 Tratado CE, y es precisamente el hijo, ciudadano comunitario, que revela los obstáculos interpuestos a su ejercicio en consecuencia de la imposibilidad de ser identificado en Alemania con el apellido utilizado en Dinamarca. Las analogías con el caso *Dafeki* son evidentes, los dos no piden el cambio del apellido impuesto en origen, sino el reconocimiento del apellido impuesto en el Estado de origen, por consiguiente es evidente la aplicación del mismo principio del enunciado precedente: «las autoridades administrativas y jurisdiccionales de un Estado miembro están

⁽⁶⁵⁾ C. HONORATI, *La legge applicabile al nome tra diritto internazionale privato e diritto comunitario nelle conclusioni degli avvocati generali*, cit., p. 482 ss.

⁽⁶⁶⁾ *Grunkin Paul c. Niebüll*, C. 96/04, en *Raccolta* 1-3651.

obligados a respetar las certificaciones y documentos análogos relativos al estado civil de las personas que emanen de las autoridades competentes de los demás Estados miembros, a menos que existan indicios concretos, referidos al caso en cuestión, que hagan dudar seriamente de su exactitud.»

Por eso, puesto que el nombre de la persona «es una parte fundamental de su identidad y de su vida privada, cuya protección está ampliamente reconocida en las constituciones nacionales e instrumentos internacionales», el abogado general concluye en el sentido que «es totalmente incompatible con el *status* y los derechos de un ciudadano de la Unión Europea [...] estar obligado a llevar distintos apellidos con arreglo a las leyes de distintos Estados miembros»⁽⁶⁷⁾.

La decisión⁽⁶⁸⁾ acoge el principio por el cual llevar nombres distintos obstaculiza el ejercicio de las libertades fundamentales de circulación y de residencia, cuya protección impone al contrario la continuidad del nombre atribuido según el principio de origen y de reconocimiento mutuo en otros Estados.

La cuestión se discutió en el caso *Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*⁽⁶⁹⁾, bajo el perfil de la compatibilidad con el art. 21 TFUE de la modificación dispuesta por las autoridades nacionales del apellido atribuido legítimamente según la legislación de otro Estado a un ciudadano, en consecuencia de la aplicación de la norma, de rango constitucional, de eliminación de sufijos que indican títulos nobiliarios (en este caso, *Fürstin von*, princesa de).

El Tribunal admite que constituye obstáculo a la libre circulación de las personas la modificación del apellido atribuido a la ciudadana austriaca en consecuencia de la adopción por parte de ciudadano alemán que le había transmitido, como parte del apellido, el sufijo nobiliario.

Sin embargo, la ley austriaca de abolición de la nobleza, en su valencia histórica de realización del principio de igualdad, «como elemento de

⁽⁶⁷⁾ Avv. gen. Jacobs, C-96/04, cit., §§ 55-56.

⁽⁶⁸⁾ *Grünkin Paul*, cit..

⁽⁶⁹⁾ *Sayn-Wittgenstein c. Landeshauptmann von Wien*, 22.12.2012, C. 208/09.

identidad nacional, puede ser tenida en cuenta al ponderar los intereses legítimos con el derecho de libre circulación de las personas reconocido por el Derecho de la Unión».

Estas consideraciones integran, pues, un caso de aplicación de la limitación al orden público, apto a justificar la denegación del reconocimiento del apellido de un ciudadano, así como había sido atribuido en otro Estado miembro.

En Italia son aplicaciones del principio la citadas Circulares del Ministerio del Interior 15 de mayo de 2008, n.397, aplicables en caso de doble ciudadanía europea o extracomunitaria, y 12 de junio de 2008, n. 8247, en materia de concesión de la nacionalidad italiana a ciudadanos españoles o portugueses con las mismas señas de identidad que derivan del Estado de origen, sin que el interesado lo pida ⁽⁷⁰⁾, pero parecería que se argumente en este sentido también con respecto al sujeto que tenga una sola ciudadanía, de un Estado miembro del Unión, para proteger su libertad de circulación a través de la continuidad del nombre al que tenga derecho, en conformidad con la legislación del Estado de origen.

La protección de los derechos fundamentales, reforzada en este sentido con la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, con la atribución de eficacia jurídica a la Carta de Niza también con respecto a la identidad personal, ex art. 7 de la carta, de la cual el nombre y el apellido constituyen elementos constitutivos, y a la protección de la vida privada según el art. 8 del TEDH, debe de todas maneras mantener un equilibrio con el respeto de la identidad nacional, igualmente sancionado por el Tratado de Lisboa ⁽⁷¹⁾.

Mayores posibilidades de ampliación podrían deducirse sobre todo de la mencionada decisión en la causa *Zambrano* ⁽⁷²⁾, en la cual falta cualquiera hipótesis de circulación entre Estados, sin embargo la ciudadanía europea de los hijos es fundamento del derecho de residencia del progenitor que se

⁽⁷⁰⁾ R. CONTI, *Il diritto comunitario ed il doppio cognome: un primato in espansione?*, en *Corr. giur.*, 2008, p. 508 ss.

⁽⁷¹⁾ L. VIOLINI, *La dimensione europea dei diritti di libertà: politiche europee e case law nel settore della tutela dei diritti fondamentali. Sviluppi recenti*, en *Federalismi*, 2012, 7.

⁽⁷²⁾ Ruiz, *Zambrano c. Belgique*, 8.3.2011, C. 34/09.

ocupe de ellos, y de la decisión del caso *Baumbast y R.*⁽⁷³⁾ que, en aplicación directa del art. 18 de Tratado CE (art. 21 TFUE), impone a las autoridades nacionales permitir «al progenitor que tenga efectivamente la custodia de dichos hijos, con independencia de su nacionalidad, residir con ellos de forma que se facilite el ejercicio [del derecho de residencia]», no siendo relevante el divorcio entre los padres, y aunque el progenitor ciudadano de la Unión ya no sea trabajador emigrante en el Estado miembro de acogida.

Es además relevante la decisión en el caso *Carpenter*⁽⁷⁴⁾, que valoriza el hecho de que la recurrente apoye la empresa del cónyuge cuidando la familia, y en particular los hijos del primer matrimonio del marido, aunque no estuviera obligada por vínculos jurídicos: la protección de la vida familiar del ciudadano le permite desempeñar con serenidad su actividad de prestación de servicios, protegida por una libertad fundamental, y como tal tiene que ser protegida, teniendo la certeza que el matrimonio fuese auténtico, que la mujer participara efectivamente a la vida familiar y su comportamiento hubiera sido incensurable después de entrar en el Reino Unido, no obstante la violación de la normativa sobre la inmigración, y pudiendo así excluir la posibilidad que fuera un peligro para el orden público, la seguridad o la salud pública⁽⁷⁵⁾.

Se trata del mismo sentido con el cual la mencionada sentencia *Metock*⁽⁷⁶⁾ marca los criterios para repartir las competencias entre el legislador comunitario y nacional en materia de reunificación familiar con arreglo a la directiva 2004/38, remitiendo a la potestad nacional la denegación de entrada y de residencia del familiar y las valoraciones de orden público, seguridad o

⁽⁷³⁾ *Baumbast y R.*, 17.9.2002, C. 413/99, en *Raccolta*, 2002, p. I-7091.

⁽⁷⁴⁾ *Carpenter c. Secretary of State for the Home Department*, 11.7.2002, C. 60/00, Racc. 2002 p. I-6279, art. 49 TCE (art.52 TFUE), «alla luce del diritto fondamentale al rispetto della vita familiare», nel senso dell'obbligo di garantire il soggiorno nello Stato membro di origine di un prestatore di servizi stabilito in tale Stato, che fornisce servizi a destinatari stabiliti in altri Stati membri, al coniuge del detto prestatore, anche se cittadino di un Paese terzo.

⁽⁷⁵⁾ A. PALAZZO, *Famiglia e paidocentrismo tra carta dei diritti fondamentali e ordinamenti civili*, en A. PALAZZO, A. PIERETTI, *Studi assisani*, cit., p. 75 ss.

⁽⁷⁶⁾ *Metock*, 25.7.2008, cit.

salud públicas, o sea la verificación de casos de abuso de derecho o fraude, como en el caso de matrimonios falsos.

No es difícil ver en esta corriente jurisprudencial los rasgos de un estatuto comunitario del ciudadano, cuya protección se dirige, como consecuencia, a la formación social esencial en la cual desarrolla su personalidad, como en el paradigma fundamental del art. 2 de la Constitución italiana. Un estatuto que se basa en las libertades fundamentales de la ciudadanía, y a través del principio del Estado de origen se impone al reconocimiento de los Estados de acogida.

Se podría, en este sentido, afirmar la obligación de reconocer como válido en Italia, por ejemplo, el matrimonio entre personas del mismo sexo, regularmente contraído con arreglo a las leyes de un Estado miembro, entre ciudadanos italianos?

Se podría considerar incompatible con el principio constitucional de igualdad de tratamiento la disciplina de la transmisión del apellido paterno al hijo de ciudadanos italianos nacido en Italia, en consideración del hecho que se puede superponer con la condición de quien, aunque tenga la sola ciudadanía italiana, haya nacido por ejemplo en Dinamarca, como ocurrió a Leonhard Grunkin Paul?

Para responder a preguntas como estas es necesario ante todo dar coherencia a las soluciones comunitarias, legislativas y jurisprudenciales, en materia de derecho de las personas, con la aspiración de orientar la legislación europea y nacional en el sentido de la coherencia con los principios fundamentales del derecho comunitario.

Este es el contenido de un proyecto que esta estudiando la Academia de Jusprivatistas Europeos, complementario al código europeo de contratos, al que hay que augurar idéntico esfuerzo y éxito.

Trib. Genova 11 agosto 2011, n. 3205, L.T (avv.ti F. Misurale e M. Tamagno) c. G.D. (Avv. G.P. Vincenti Mattioli), Rel. Dott.ssa A. Scarzella – *Affidamento condiviso e mantenimento diretto nella separazione dei coniugi*

(*Omissis*) La domanda di separazione giudiziale, cui parte resistente ha aderito, deve essere accolta, sussistendo le condizioni di cui all'art. 151 c.c.; entrambi i coniugi hanno evidenziato l'insorgere di una crisi irreversibile nel corso del 2007 che ha determinato una frattura affettiva non più ricomposta nell'unione coniugale. L'unico punto controverso della vertenza riguarda la richiesta di assegno di mantenimento per il figlio minore, avanzata dalla ricorrente e di cui parte resistente chiede invece l'esonero, deducendo la sostanziale collocazione paritaria del figlio ed il conseguente mantenimento diretto dello stesso da parte di entrambi proporzionalmente alle effettive capacità reddituali.

La domanda riconvenzionale del convenuto di mantenimento diretto del figlio minore è fondata e va pertanto accolta per le seguenti considerazioni.

Con ordinanza presidenziale in data 6.11.09 veniva disposto l'affido condiviso del minore la collocazione dello stesso presso la madre, rimettendo le modalità di visita col padre all'accordo delle parti ed un contributo al mantenimento a carico del padre di 200,00 euro mensili oltre al 50% delle spese straordinarie.

Con successivo provvedimento 5.7.2010 il g.i., nella persona della scrivente, disponeva l'aumento a 250,00 euro mensili dell'assegno *de quo*, respingeva le istanze istruttorie della ricorrente rinviando quindi la causa per la precisazione delle conclusioni.

Premesso che va confermata in questa sede la valutazione di inammissibilità dei capitoli dedotti dalla ricorrente perché relativi a circostanze docu-

mentali o irrilevanti ai fini della decisione, va preliminarmente evidenziato che costituisce circostanza pacifica, in quanto non *ex adverso* contestata, che i coniugi abbiano attuato un regime di frequentazione paritario del figlio minore, trascorrendo con il medesimo circa 15 giorni ciascuno, data la piena disponibilità del resistente – attualmente in regime di mobilità – a occuparsi dello stesso per coprire le assenze materne dovute a pesanti impegni di lavoro, regime di cui entrambe le parti chiedono in questa sede la conferma.

Premesso ciò, il collegio ritiene che altrettanto equivalenti siano le attuali condizioni economiche delle parti, atteso che la ricorrente, occupata a tempo pieno come commessa in un panificio con contratto a tempo indeterminato, risulta percepire un reddito annuo lordo pari a 17.110,02 euro come da CUD 2011 prodotto, risulta gravata da oneri alloggiativi per circa 650,00 euro comprensivi di spese di abitazione nonché proprietaria di una casa a M. dove vivono i suoi genitori; il G., per contro, risulta essere attualmente in regime di mobilità da cui percepisce la somma mensile di circa 600,00 euro, regime che ha fatto seguire ad un periodo breve di cassa integrazione, dalla documentazione fiscale prodotta – Modello 730/2010 – emerge un reddito complessivo, comprensivo del reddito da fabbricati e del reddito da lavoro, pari ad euro 11.636,00, né può disporre dell'aiuto economico derivante dalla pensione ed indennità di accompagnamento della nonna convivente, essendo la stessa deceduta.

La sua precaria situazione reddituale è in parte compensata dall'assenza di oneri alloggiativi, posto che lo stesso vive nella ex casa coniugale di sua esclusiva proprietà.

Tali circostanze, dalle quali si evince la sostanziale equivalenza delle posizioni economiche delle parti in un contesto, pacifico, di frequentazione paritaria del minore, che si ritiene di dover confermare apparendo conforme all'interesse e alle abitudini dello stesso, giustificano il regime di mantenimento diretto del bambino, come richiesto dal convenuto.

Tale soluzione è del resto percorribile sulla base del disposto del 2° comma dell'art. 155 c.c., laddove dispone che il Giudice fissi “la misura e il modo” con cui ciascuno dei genitori deve contribuire al mantenimento, alla cura e all'istruzione dei figli.

Nel caso in esame, attesa l'equivalenza del regime di frequentazione del minore con entrambi i genitori, con conseguente attuazione di un sistema di affidamento condiviso perfetto, sia dal punto di vista quantitativo che qualitativo, il "modo" più equo di contribuzione nei confronti del figlio, considerata la sostanziale parità reddituale dei coniugi e quindi l'insussistenza dei presupposti per disporre un assegno perequativo a carico di uno di essi, si ritiene debba essere quello del mantenimento diretto, criterio del resto fatto proprio dal disegno di Legge n. 957 di prossima attuazione. (*Omissis*)

La sentenza merita di essere segnalata per la perfetta aderenza al dettato ed allo spirito della novella dettata con l. 54/2006 per la disciplina della filiazione nella fase di crisi dei rapporti familiari, in controtendenza rispetto alla consolidata giurisprudenza che ne ha, sostanzialmente, svuotato il contenuto innovativo traducendo l'affidamento condiviso ed il canone di garanzia del rapporto paritario con entrambi i genitori nella ripetizione, in termini solo formalmente diversi, del precedente regime di collocamento esclusivo, con diritto di visita ed obbligazione di mantenimento indiretto del genitore non affidatario. Non a caso il giudice si esprime esplicitamente in termini di "equità" della statuizione, quando prescrive il mantenimento diretto rigettando la formula dell'assegno, e non manca di far riferimento al disegno di legge (n.957/2008, in corso di esame al Senato della Repubblica) recante modifiche al codice civile e al codice di procedura civile in materia di affidamento condiviso.

La relazione al progetto di legge è chiara nell'evidenziare come il principio di bigenitorialità, originariamente sancito dalla Convenzione sui diritti del fanciullo (siglata a New York il 20 novembre 1989, recepita con L. 27 maggio 1991, n. 176) e tradotto in norme di dettaglio solo con L. 54/2006, incontri, nella «sua concreta applicazione [...] sensibili ostacoli, non a causa di una cattiva risposta dell'utenza (ad esempio di un dilagare del contenzioso che, si sosteneva, avrebbe dovuto paralizzare i tribunali),

bensi a causa di resistenze culturali degli “operatori”, peraltro favorite in alcuni casi da oggettive difficoltà di lettura del testo, mancando in alcuni fondamentali passaggi la non diretta e inequivoca prescrittività delle norme». Il legislatore, più benevolo con gli “operatori” di quanto la dottrina e la giurisprudenza lo siano, spesso, nei giudizi che riservano alle disposizioni più sgradite, anche e non solo perché innovative, non manca di rilevare «una estesa disomogeneità dei provvedimenti, che non riguarda soltanto gli aspetti in cui la norma può effettivamente presentare delle ambiguità, ma si presenta anche là dove il messaggio del legislatore, pur essendo limpido, si pone in contraddizione con gli orientamenti giurisprudenziali in precedenza maggioritari».

In tema di mantenimento dei figli l'art.155 *bis*, quarto comma, c.c. si vorrebbe così riformulare: «Salvo accordi diversi delle parti, ciascuno dei genitori provvede in forma diretta e per capitoli di spesa al mantenimento dei figli in misura proporzionale alle proprie risorse economiche. Le modalità sono concordate direttamente dai genitori o, in caso di disaccordo, sono stabilite dal giudice. Il costo dei figli è valutato tenendo conto:

- 1) delle attuali esigenze del figlio;
- 2) delle attuali risorse economiche complessive dei genitori.

Quale contributo diretto il giudice valuta anche la valenza economica dei compiti domestici e di cura assunti da ciascun genitore. Ove necessario al fine di realizzare il suddetto principio di proporzionalità, il giudice può stabilire la corresponsione di un assegno perequativo periodico».

Risulta la ferma opposizione delle associazioni forensi (O.U.A., Associazione Nazionale per la Famiglia e i Minori, Unione Nazionale Camere Minorili, Associazione Gea – Genitori Ancora, e Spazio Mef, *Mediazione Familiare*, Roma 5 maggio 2011), per le quali non vi sarebbe alcuna necessità di modificare la legge n. 54, servendo piuttosto interventi di tipo psicologico e relazionale a sostegno della genitorialità, soprattutto nei casi di conflittualità tra i genitori. Ne da conto in termini critici, M. Maglietta, *La difesa a oltranza degli interessi di categoria allontana il traguardo della vera bigenitorialità*, in *Guida al Diritto*, 2011, fasc. 25 pag. 11 ss., riportando dati di sicuro interesse derivati dall'indagine condotta nell'aprile 2011 dall'associazione nazionale

Crescere insieme, «che documenta come tra i genitori viene mantenuta e istituzionalizzata una differenza permanente, fonte di tutte le stesse ricadute pratiche che aveva l'affidamento esclusivo: “il genitore collocatario”. La frequentazione tra i figli e l'altro genitore è ancora residuale; la casa, di conseguenza, è attribuita sistematicamente al collocatario; il mantenimento diretto non esiste – quindi il diritto dei figli a ricevere le cure di entrambi i genitori è sistematicamente ignorato – ricorrendosi sistematicamente a un assegno che non ha la valenza integrativa prevista dalla legge [...] ma è attribuito solo al collocatario, come perfino Cassazione si è sbilanciata a sostenere (22502/2010), affermando che se i tempi non sono uguali deve obbligatoriamente ricorrersi a un assegno, ignorando la possibilità che il collocatario sia il più abbiente dei due, o che si attribuiscono all'altro le voci più pesanti».

Al collegio ligure va riconosciuto il merito di aver risolto la controversia con la dovuta attenzione alle circostanze del caso concreto, che si esprime nell'*aequitas singularis*, canone interpretativo obbligato specie nelle fattispecie di rilevanza patrimoniale indiretta, com'è, all'evidenza, ogni decisione in merito alla vita ed alla cura di un minore, che si trovi a vivere il difficile periodo della crisi genitoriale.

Alla difesa del genitore resistente – il padre – il merito dell'aver indicato nella lettera del vigente art. 155 *bis*, quarto comma, c.c. il fondamento dell'unica interpretazione coerente della riforma, che ignora non solo il concetto di “genitore collocatario”, ma soprattutto realizza con lo strumento del mantenimento diretto il diritto dei figli a mantenere un rapporto significativo con entrambi i genitori, evitando che uno di essi si limiti ad esercitare uno sporadico diritto di visita, assumendo la ben più stabile funzione di «finanziatore» esterno alla vita del figlio.

Il riferimento al «modo» oltre che alla «misura» del mantenimento identifica una modalità preferenziale, quella del mantenimento diretto, realizzato come l'obbligo alimentare di cui all'art. 144 c.c. tenendo presso di sé il minore, e provvedendo direttamente alle sue esigenze quotidiane ordinarie. Il mantenimento diretto, attraverso assegno, è residuale proprio nell'interesse del minore, oltre che allo scopo di evitare agevoli scappatoie al genitore che

intenda disinteressarsi del figlio, limitandosi ad erogare una somma mensile. Il rapporto affettivo, incoercibile, verrebbe inevitabilmente perduto, pur dietro l'apparente rispetto delle condizioni di affidamento, il maniera affatto diversa da quanto giustificava l'opposizione contro l'affidamento esclusivo, e che ha fondato la novella del 2006.

Non ha senso discutere di conflittualità tra i genitori come ostacolo al mantenimento di rapporti diretti e paritari col figlio, perché la conflittualità è, almeno nella assoluta probabilità statistica, la causa stessa della separazione coniugale, della quale i figli sono vittime innocenti e vulnerabili.

Non vi è luogo per innalzare la difficoltà di rapporti con l'altro genitore a esimente dell'obbligo costituzionale di istruire, educare, mantenere la propria prole: è questo il contenuto della responsabilità genitoriale sancita anche dall'art. 18 della Convenzione sui diritti del fanciullo e dal Regolamento CE n. 2201/2003; ne è premio e obiettivo l'armoniosa crescita dei minori, realizzata anche attraverso la permanenza della comunità di affetti con il genitore dalla cui vita quotidiana sono stati allontanati per decisione altrui, salvi i casi assolutamente eccezionali in cui la frequentazione dovesse essere contraria ai loro interessi.

Quanto agli strumenti atti a superare le lamentate difficoltà logistiche e fattuali, si suggerisce la rilettura delle pagine dedicate alla prima lettura della riforma da A. Palazzo, *La filiazione*, in *Tratt. Dir. civ. comm.* Cicu, Messineo, Mengoni, Schlesinger, Milano, 2007, p. 660 s.: «Stante la crisi della coppia, che non vive più nella stessa abitazione, anche se l'affido del minore è – come di regola – condiviso, la nuova convivenza sarà tuttavia più caratterizzata in ogni caso da un'alternatività non limitata rispetto a ciascun genitore. Deriva che tale misura si presenta utile per il minore quando i genitori hanno una comune formazione culturale, capace di evitare ogni turbamento del rapporto affettivo del figlio con ciascuno di loro».

La ricostruzione del fatto tracciata dal collegio genovese da conto della pacifica divisione dei compiti educativi e di cura tra i genitori, ciascuno dei quali fa fronte agli impegni lavorativi ed alle limitate disponibilità economiche dell'altro, riuscendo a garantire al figlio la frequentazione paritaria di entrambi. Non vi era luogo all'attribuzione di un assegno, partecipando

entrambi, ciascuno secondo il modo e la misura più idonee a soddisfare gli interessi del minore, e proporzionalmente agli impegni ed alle sostanze, a realizzare il diritto del figlio «di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo con ciascuno di essi, di ricevere cura, educazione e istruzione da entrambi». [STEFANIA STEFANELLI]



UNIVERSITÀ DEGLI STUDI DI PERUGIA

Collane di Diritto e Processo a cura di Antonio Palazzo

sottoposte a peer review a cura del Comitato scientifico, secondo i criteri stabiliti per la Rivista e pubblicati all'indirizzo www.rivistadirittoeprocesso.eu

Pubblicazioni:

1. GIOACCHINO SCADUTO, *Diritto civile* a cura di Antonio Palazzo, t. I e II, 2002, pp. VIII-1318.

Monografie:

1. ANDREA SASSI, *Equità e interessi fondamentali nel diritto privato*, 2006, p. 408.
2. FRANCESCO SCAGLIONE, *Correttezza economica e autonomia privata*, 2007, p. 312.
3. MARIA CHIARA BISACCI, *L'esercizio abusivo di una professione. Profili penali*, 2007, p. 288.
4. MIRCA SACCHI, *Comodato di scopo e gratuità strumentale*, 2007, p. 320.
5. FRANCESCO REALI, *Separazioni di fatto e interruzioni della convivenza*, 2007, p. 400.
6. ROBERTO PRELATI, *Revocatoria e intento negoziale*, 2008, p. 272.
7. PAOLO CERQUETTI, *Le regole dell'interpretazione tra forma e contenuto del contratto*, 2008, p. 318.
8. ROBERTO CIPPITANI, *La solidarietà giuridica tra pubblico e privato*, 2010, p. 462.
9. VALENTINA COLCELLI, *Diritti ed interessi tra Diritto Interno ed Unione Europea*, 2010, p. 212.
10. ALESSIA VALONGO, *Il concepito come soggetto dell'ordinamento*, 2011, p. 250.
11. SALVATORE MAZZAMUTO, *Rimedi specifici e responsabilità*, 2011, p. 672.
12. STEFANIA STEFANELLI, *Autodeterminazione e disposizioni sul corpo*, 2011, p. 354.
13. VALENTINA COLCELLI, *Diritti soggettivi e interessi rilevanti nel sistema interno ed europeo*, 2011, p. 448.
14. GIUSEPPE PALAZZOLO, *La buona fede nel sistema degli acquisti anteriori*, 2012, p. 220.

Quaderni:

1. LORENZO GALLINA, *Tutela del mercato e situazioni di abuso*, 2003, p. 64.
2. CARLO LORENZI, *Si quis a sanguinem infantem... comparaverit – Sul commercio di figli nel tardo impero*, 2003, p. 128.

3. GIUSEPPE PALAZZOLO, *Prelazione e gradimento nella riforma societaria*, 2004, p. 56.
4. ALBERTO DONATI, *Gnoseologia e doctrina interpretationis*, 2005, p. 136.
5. STEFANIA STEFANELLI, *Problema e sistema delle fondazioni bancarie*, 2005, p. 192.
6. FRANCESCO REALI, *I Contratti di credit risk monitoring. Contratti derivati, derivati di credito, securization e istituti affini*, 2005, p. 256.
7. VINCENZO PASQUA, *Concorrenza e tutela del consumatore*, 2006, p. 64.
8. STEFANIA CATANOSI, *Le fidejussioni prestate dai prossimi congiunti. Saggio di diritto comparato*, 2007, p. 120.
9. SIMONA C. SAGNOTTI, *Retorica: delimitazione e funzioni*, 2007, p. 56.
10. FRANCESCO ZAGANELLI, *Globalizzazione e formazione del contratto*, 2008, p. 184.
11. AGUSTÍN LUNA SERRANO, *Le finzioni nel diritto*, 2008, p. 144 (prefazione di Alberto Donati).
12. ROBERTO PRELATI, *Fondamenti etici del diritto sportivo*, 2008, p. 304.
13. VALENTINA COLCELLI, *Le situazioni giuridiche soggettive nel sistema C.E.D.U.*, 2010, p. 130.
14. ALESSANDRO PAZZAGLIA, *Il patto di famiglia*, 2011, p. 230.
15. VALENTINA COLCELLI, *Profili civilistici del mercato dei Certificati Verdi*, 2011, p. 160.

Manuali:

1. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI (a cura di), *Diritto privato del mercato*, 2007, pp. XXVI-660.
2. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI, FRANCESCO SCAGLIONE, *Permanenze dell'interpretazione civile*, 2008, pp. XVI-448.

Studi Tematici:

1. FRANCESCO DI PILLA (a cura di), *Le giornate della bioetica*, 2010, pp. XVIII-478.
2. ANDREA SASSI (a cura di), *La protezione dei soggetti deboli. Profili di integrazione e ricerca tra america latina ed europa*, 2011, pp. XX-468.
3. ANTONIO PALAZZO, ANDREA SASSI (a cura di), *Class Action. Una prima lettura*, 2012, pp. X-232.
4. ROBERTO CIPPITANI (a cura di), *Società della conoscenza e cultura dell'integrazione*, 2012, pp. XXVI-538.

Publicato nell'anno 2012
Impresso in Italia nel giugno 2012