



Sapienza Legal Papers

Quaderni degli alunni
della Facoltà di Giurisprudenza

5

Studi giuridici 2016-2017

Parte seconda

 Jovene editore 2017



Sapienza Legal Papers

Quaderni degli alunni della Facoltà di Giurisprudenza

5

Studi giuridici 2016-2017

Parte seconda

Comitato di Redazione

Elena Emiliani (*Caporedattore*) - Valerio Carresi (*Vice caporedattore*) - Stefania D'Onofrio (*Segretario di redazione*) - Emanuele Caruso - Nicolò Galasso - Elda Ventrice

Comitato di Garanzia

Cesare Pinelli - Pasquale Bronzo - Angelo Castaldo - Fulvio Costantino - Luca Di Donna - Alberta Fabbricotti - Maura Garcea - Domenico Mezzacapo - Giovanna Montella - Gianluca Scarchillo - Roberta Tiscini - Franco Vallocchia

Advisory Board

Nicolai Badenhoop - Adrian Hausler - Ulyana Kohut - Philip Nedelcu - Sophie Schürmann - Angelo Dominick Tannuzzo

Alla redazione hanno collaborato

Antonio Angelosanto - Valerio Carresi - Lucrezia Caruso - Maria Caruso - Eleonora Del Vescovo - Elena Emiliani - Angelica Izzi - Leonard Ledl - Alessio Martino Alessandra Mattoscio - Arianna Mezzogori - Gloria Paradisi - Damiano Francesco Pujia - Gianluigi Scala - Christina Schröck - Sophie Schürmann - Giulia Scoppetta Agostino Sola - Federica Sprio - Francesco Maria Vincentelli - Julia Wittig

Contatti

email: sapienzalegalpapers@uniroma1.it
facebook: Sapienza Legal Papers
website: www.scienzeigiuridiche.uniroma1.it/attivita-editoriali
www.digef.uniroma1.it/pubblicazioni
www.ius-sapienza.org/drupaluni/facolta_/attivita-editoriali

In amichevole collaborazione con



DIRITTI D'AUTORE RISERVATI © Copyright 2017

ISBN 978-88-243-2494-6

JOVENE EDITORE

Via Mezzocannone 109 - 80134 NAPOLI NA - ITALIA
Tel. (+39) 081 552 10 19 - Fax (+39) 081 552 06 87
web site: www.jovene.it e-mail: info@jovene.it

Printed in Italy Stampato in Italia

INDICE

PARTE SECONDA

- 133 *Nota di redazione*
- 137 Diritto e letteratura
- 139 Tra critica al sistema dei diritti e sviluppo
Arianna Mezzogori
- 147 Studi di diritto penale
- 149 I. Il ruolo del consenso nel 'trattamento medico-chirurgico arbitrario' e l'evoluzione della giurisprudenza di legittimità
Valerio Carresi
- 159 II. *The Prison law 'General States': a report*
Gianluigi Scala
- 163 Studi di diritto europeo
- 165 I. *BEPS - The european job*
Sophie Schürmann
- 175 II. *Erweiterung um jeden preis?*
Demokratie und rechtsstaatlichkeit im eu-beitrittsprozess
Julia Witting - Leonard Ledl
- 193 III. *Art. 50 EUV - Sündenfall, Selbstverständlichkeit oder Chance?*
Christina Schröck
- 201 L'«occhio clinico del giurista» e l'insegnamento di 'diritto romano'
Antonio Angelosanto
- 205 Notiziario a.a. 2016-2017, parte II
Elena Emiliani

PARTE SECONDA

NOTA DI REDAZIONE*

Nella presentazione dei contributi raccolti in questa seconda parte del volume quinto, vogliamo ricordare il ricorrere dei settanta anni della costituzione italiana¹. «Le costituzioni rigide sono una sfida al tempo»² e oggi questa sfida ha il contenuto di due temi ampi che si intrecciano tra loro: il livello di attuazione dei diritti civili e sociali e la declinazione del rapporto tra ordinamento interno e ordinamenti sovranazionali.

Per quanto attiene la prima, l'impianto programmatico della carta costituzionale ha avuto un impatto fondamentale nella vita etica, sociale ed economica del nostro paese, accompagnato da una attività del legislatore che, dopo un primo breve momento di congelamento, ha dato seguito a un trentennio di leggi di attuazione costituzionale³. A partire dagli anni Novanta, la crisi economica e istituzionale ha portato alla contrapposizione di più pluralismi, incapaci di conciliarsi tra di loro, non essendo più espressione di diversi umanesimi⁴, ma di più individualismi. Conformemente a tale

* Per la redazione: Stefania D'Onofrio.

¹ Il 27 dicembre 1947 il Capo provvisorio dello Stato Enrico de Nicola, il Presidente dell'Assemblea Costituente Umberto Terracini e il capo di governo Alcide De Gasperi firmavano il testo della Carta costituzionale che sarebbe entrata in vigore il successivo primo gennaio. In occasione di tale ricorrenza si è tenuta una cerimonia celebrativa a Palazzo Giustiniani, nella sala del Senato dove venne firmata la Costituzione ad opera delle Istituzioni Parlamentari.

² Cfr. A. CERRI, *Riflessioni sulla costituzione: docenti e costituzionalisti a confronto sui principi fondamentali della Repubblica*, Montefiascone, 2017, p. 11. Le riflessioni di seguito proposte prendono spunto dagli argomenti trattati durante il Seminario *La Costituzione e la Pluralità degli Ordinamenti*, 8 febbraio 2018, Roma, Università La Sapienza; Presentazione del libro *Riflessioni sulla costituzione*, 20 febbraio 2018, Roma, Fondazione Modigliani.

³ Dalle riforme riguardanti il diritto del lavoro, al campo del diritto penale, a quelle relative al diritto di famiglia, il dettato costituzionale ha rappresentato tra gli anni Sessanta e Ottanta del secolo scorso, il bacino dal quale la classe politica ha attinto per sostenere molte riforme civili, la cui attuazione non sempre ha rispecchiato il dettato costituzionale in maniera letterale.

⁴ Così U. TUPINI, Presidente della Prima Sottocommissione in Assemblea costituente in sede di discussione generale del progetto di costituzione, nella seduta

dibattito il contributo di Arianna Mezzogori partendo dall'opera di G. Zagrebelsky *Diritti per forza*, offre una ricostruzione del sistema dei diritti a partire dalle sue origini, affermando che a fronte di una precedente pienezza della realizzazione di diritti civili e sociali di prima e seconda generazione è susseguita una fase di universalizzazione degli stessi, che ha portato a un individualismo funzionale alla diversificazione sociale, alla predilezione del punto di vista del più forte e dell'ego umana. La soluzione individuata per superare la contrapposizione tra chi possiede diritti e chi ne è privo propone una rivoluzione dell'odierno sistema dei diritti incentrato sulla riscoperta del diritto dell'uomo ad essere sé stesso, la dignità dell'uomo intesa come mezzo per ricalibrare l'attenzione sulla persona umana piuttosto che sull'individuo. Zagrebelsky compie un recupero quasi totale della concezione dossettiana della libertà, dei diritti civili e sociali⁵. Questi ultimi hanno sofferto anche di minor attenzione da parte del legislatore rispetto ai diritti civili negli ultimi settanta anni, confinati spesso a una ricostruzione giurisprudenziale. Esempio è il caso del 'consenso nel trattamento medico-chirurgico arbitrario' rispetto al quale la lacuna legislativa è stata colmata da un'ampia attività della giurisprudenza di legittimità, ricostruita nel dettaglio da Valerio Carresi nel suo contributo. Nella nota sentenza 'Englaro'⁶, come ci ricorda l'autore, la giurisprudenza afferma che il consenso informato nel trattamento sanitario è necessario per legittimare l'intervento medico chirurgico, consegnando la declinazione del diritto alla salute nella sfera di attuazione del principio di autodeterminazione e configurando il trattamento medico come libera scelta del paziente già nel 2007. Tuttavia le caratteristiche di tale consenso, i casi di rilevanza e di liceità, sono stati interamente ricostruiti dalla giurisprudenza già degli anni Novanta, trovando solamente ai nostri giorni una parziale regolamentazione con la legge sul biotestamento⁷. La tutela dei diritti diventa un universo frastagliato, dove dottrina e giurisprudenza si rincorrono tra la forma dell'essere e del dover essere. Così anche per quanto riguarda prospettive di riforma di un tema

del 5 marzo 1947 affermando che la Costituzione nasce dall'incontro di diversi umanesimi, quello cattolico e quello laico-liberale, come ricordato sempre da CERRI, op. cit. p. 13 che a sua volta richiama la ricostruzione di P. RIDOLA operata durante di un intervento in occasione dei sessanta anni della Costituzione italiana.

⁵ G. DOSSETTI, *La ricerca costituyente, 1945-1952*, a cura di A. Melloni, Bologna, 1994.

⁶ Cass. civ., sez. I, sent. 16 ottobre 2007, n. 21748.

⁷ Legge 22.12.2017 n. 219, G.U. 16.1.2018.

fondamentale dei diritti umani – quello della disciplina penitenziaria – Gianluigi Scala, nel suo report sugli Stati Generali sull'esecuzione penale, porta all'attenzione la necessità di un'attività legislativa ispirata da una nuova definizione della dimensione della pena, volta alla reale riabilitazione sociale del reo, senza dimenticare di individuare compiutamente le cause del fallimento del sistema penitenziario attuale.

L'universalizzazione dei diritti, la moltiplicazione delle loro tutele e la polifonia delle modalità di attuazione derivano dalla modifica del sistema delle fonti operato con la riforma costituzionale del 2001 e completata nel 2003⁸, modifiche che hanno prodotto i loro frutti soprattutto negli ultimi dieci anni, alle quali si deve sommare anche la riforma del 2012 dell'art. 81⁹. Il risultato è stato quello di un'integrazione tra l'impianto costituzionale originario e i valori e le regole provenienti da ordinamenti sovranazionali, anche se ci si interroga ancora sulla latitudine di tale osmosi, di cui protagonista indiscussa è l'Unione Europea. Dopo soli dieci anni infatti dalla promulgazione della Carta costituzionale, l'Italia aderiva alla Comunità Economica Europea, di cui lo scorso anno sono stati celebrati i sessanta anni¹⁰, e pertanto abbiamo dedicato una parte del quinto volume a studi di diritto europeo. La sezione si apre con il contributo di Sophie Schürmann che esemplarmente dimostra come, a fronte di fenomeni economici di dimensioni globali, l'effettività della norma può essere meglio (o solo) garantita da un ravvicinamento di legislazioni internazionali ed europee che condividono un programma di mercato comune. Questo è l'obiettivo delle direttive europee anti-elusione elaborate in adesione al progetto OCSE/G20 BEPS – *Base erosion and profit shifting* – volte principalmente ad assicurare che la tassazione dei profitti avvenga nel territorio dove ha luogo la corrispondente attività economica e ciò non può essere realizzato se non attraverso un processo di integrazione normativa – *integrationprozess* – e coordinamento fiscale di standard minimi, che dovranno essere poi adattati nelle

⁸ Legge Costituzionale del 18 ottobre 2001 n. 3 e relativa legge di attuazione legge 5 giugno 2003, n. 131.

⁹ Legge Costituzionale del 20 aprile 2012, n. 1.

¹⁰ Il 25 marzo 1957 a Roma vennero firmati i due Trattati istitutivi della CEE e dell'Euratom. In occasione di tale ricorrenza, il 25 marzo 2017 si sono svolte a Roma, presso il Palazzo dei Conservatori in Campidoglio, le celebrazioni del sessantesimo anniversario con la firma della Dichiarazione di Roma da parte dei Capi di Stato e di governo e dei Vertici delle Istituzioni Europee.

normative nazionali. La sezione di studi di diritto europeo si conclude con due articoli riguardanti l'uno le procedure di adesione all'Unione Europea e l'altro la clausola di recesso, *ex art. 50 TUE*. Questi due lavori inaugurano una rubrica dedicata agli scambi di *papers* con la rivista giuridica studentesca *Rescriptum* della Ludwig-Maximilians Universität di Monaco, con la quale a partire dal numero 3 abbiamo avviato un'amichevole collaborazione. Nel primo contributo, ad opera degli studenti Julia Witting e Leonard Ledl, la ricostruzione delle annose vicende riguardanti la mancanza di apertura dei negoziati da parte del Consiglio Europeo a fronte delle domande di ammissione della Macedonia, costituiscono motivo di riflessione riguardo al contenuto operativo dei requisiti previsti tra i c.d. criteri di Copenaghen, in particolare cosa debba intendersi per democrazia e stato di diritto e quale sia il ruolo dell'Unione Europea nei processi di democratizzazione nazionali. Il contributo di Christina Schröck sul diritto di recesso previsto dall'art. 50 TUE offre un'analisi strutturale della norma di riferimento, chiedendosi se fosse necessario il suo inserimento nel Trattato, senza alcun riferimento alle motivazioni per quali si opera tale scelta unilaterale. La conclusione cui giunge l'autrice è il rispetto della sovranità dei paesi membri, che scelgono di aderire all'Unione Europea liberamente, potendo di conseguenza recedere in qualsiasi momento. L'articolo offre un punto di vista interessante in quanto elaborato nel 2014, prima della *Brexit*¹¹.

Antonio Angelosanto ci ricorda nel suo contributo che il giurista ha un punto di vista privilegiato nei cambiamenti del proprio tempo, educato al metodo clinico d'indagine della realtà: egli ha la conoscenza per inquadrarlo in principi giuridici necessari e dunque per comprenderlo. In questo senso l'iniziativa della Clinica legale promossa dal Dipartimento di Scienze giuridiche costituisce importante palestra per esercitare «l'occhio clinico del giurista», in un ambiente universitario il cui dinamismo offre continui spunti di riflessione per la dottrina, i cui frutti sono raccolti anche in questa seconda parte nel Notiziario curato da Elena Emiliani.

¹¹ 23 giugno 2016 il referendum e sarà effettiva dal 29 marzo 2019.

DIRITTO E LETTERATURA

ARIANNA MEZZOGORI*

TRA CRITICA AL SISTEMA DEI DIRITTI E SVILUPPO

The following paper briefly reflects the topic of human rights and their evolutions from birth and further on. The aim of the article is to highlight the critical points of human rights' theory. Starting with the last work of Gustavo Zagrebelsky, one of the most important Italian constitutionalist, the author will analyse the relationship between human rights, freedom and dignity.

SOMMARIO: 1. Origine ed evoluzione del sistema dei diritti. – 2. Paradigma del 'punto di vista del più forte' come degenerazione del sistema dei diritti. – 3. Ego umana. Diritti e libertà. – 4. Diritti fondamentali, dalla separazione all'integrazione. – 5. Conclusione.

1. *Origine ed evoluzione del sistema dei diritti*

In un tempo di assoluta centralità del tema dei diritti, che trova spazio non solo nei discorsi dei giuristi e dei politici, ma anche, più banalmente, nella quotidianità dei singoli, è sempre più usuale l'espressione «Età dei diritti», coniata per la prima volta alla fine degli anni Ottanta da Norberto Bobbio. L'attuale intensità e ampiezza del dibattito sui diritti appare essere il *signum prognosticum* del progresso morale dell'umanità e sembra «esser in grado di mostrare la capacità dell'uomo di essere la causa del suo progresso verso il meglio»¹.

L'affermazione del tema dei diritti non è certamente stata un frutto immediato di un determinato momento storico, proprio per

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Paolo Ridola.

¹ I. KANT, *Se il genere umano sia in costante progresso verso il meglio*, 1798, p. 218.

questo motivo risulta importante cercare di ripercorrere con un breve *excursus* storico-filosofico il processo da cui ha avuto origine e del quale si possono evidenziare tre stadi differenti succedutisi in quel periodo che ha avuto inizio con le rivoluzioni borghesi del XVIII secolo ed è giunto ai giorni nostri. La prima generazione di diritti, quella più embrionale e meno estesa, segna la nascita delle libertà individuali, comprendendo un catalogo di diritti negativi – atti principalmente alla protezione dell'individuo dalle ingerenze esterne dei poteri pubblici – e di diritti a contenuto positivo e carattere elitario – quali l'elettorato attivo e passivo e i diritti di associazione e riunione. La seconda generazione, inquadrabile cronologicamente tra la seconda metà del XIX secolo e il XX secolo, si sviluppa su due linee diverse: una prende le mosse dalla critica di Karl Marx all'eccessivo individualismo borghese e sposta il centro su una funzionalizzazione dei diritti civili e politici a priorità collettive quali, ad esempio, l'interesse dei lavoratori; l'altra che si sviluppa nelle democrazie pluralistiche, dove l'estensione della partecipazione politica ad ampi strati della popolazione ha attribuito una progressiva importanza ai diritti politici, a cui è conseguita la nascita di diritti sociali attraverso cui l'ordinamento salvaguarda le libertà economiche, e a cui si affiancano congegni di redistribuzione della ricchezza e forme di riequilibrio delle disuguaglianze. Nella seconda metà del XX secolo si sviluppa la terza generazione dei diritti che supera i confini degli stati nazionali, capaci di crimini e atrocità nella prima metà del XX secolo. Con la Dichiarazione del 1948 si universalizza la tutela dei diritti che diventa un vero e proprio patrimonio comune. Questo ha indubbiamente portato un ampliamento considerevole dei titolari dei diritti e un progressivo ampliamento degli 'spazi' tutelati dai diritti. Infatti lo scenario in cui i diritti si muovono si allarga, abbracciando sfere nuove, come ad esempio religione, comunicazione, famiglia, cultura. Un aspetto molto particolare di questa dilatazione del campo dei diritti è la nascita di clausole di protezione dell'ambiente e della qualità della vita, come se fosse nata una 'coscienza del futuribile', da qui anche l'idea di una Dichiarazione dei Diritti delle generazioni future, proposta da Cousteau nel 1979, il quale – partendo dalla rilevazione di un elevatissimo tasso di inquinamento marino da scorie radioattive – richiamava l'attenzione sul fatto che i comportamenti individuali dovessero esser compatibili con la permanenza sulla Terra della vita umana.

Orbene, sarebbe sbagliato credere che il processo evolutivo dei diritti si sia fermato alla terza generazione o che ci si trovi in una situazione di completa armonia e pacificazione. Non convince, infatti, una divisione della Storia in due grandi fasi: una prima dei diritti, in cui regnava sopraffazione, conflitto e ingiustizia; una successiva ai diritti, in cui l'individuo posto al centro della riflessione politica vive in un mondo di giustizia e pace. In questo senso appare emblematico il più recente lavoro del giurista e costituzionalista Gustavo Zagrebelsky², nel quale è posta l'attenzione su alcuni punti di vista pratici, lontani dalle astrattezze della mente, quasi ad offuscare la virtù dei diritti con l'aggressività dei diritti.

2. *Paradigma del 'punto di vista del più forte' come degenerazione del sistema dei diritti*

Uno dei principali aspetti messi in luce da Zagrebelsky è la torsione del concetto di diritti da sistema di protezione dei più deboli ad arma in mano ai potenti: secondo questa visione i diritti diventano una realtà solo per chi si trova ai vertici della piramide sociale, rimanendo una menzogna per chi sta sotto. Il paradigma del 'punto di vista del più forte' è applicabile a tutti i campi, dalla politica al concetto di felicità. Considerando il tema della guerra, ad esempio, ci sono stati coloro i quali hanno fatto della guerra grandi elogi, come strumento per far emergere il meglio dei sentimenti umani, il motore della storia universale, considerando gli aspetti benefici di questa. Essere dalla parte della guerra non è certo casuale. Tanto più si è vicini alla vita della gente comune, tanto più ci si allontanerà dal giustificare la guerra, tanto più si è vicini ad interessi e convenienze, tanto più la guerra sembrerà legittima. Come accade alla fine di una guerra, quando il vincitore proclama di aver vinto e di aver avuto il diritto di fare quella guerra 'giusta', così anche noi, nel nostro 'micro cosmo' – noi che, di certo, non abbiamo potere di pace e di guerra – utilizziamo spesso il 'paradigma del punto di vista' per modificare a nostro vantaggio una realtà. Proprio in questo senso, Max Weber³ paragona la guerra ad una storia d'amore in cui si cerca di dare una doratura di legittimità al semplice fatto che non si ama più e che bisogna sopportarne le conseguenze.

² G. ZAGREBELSKY, *Diritti per forza*, Torino, 2017.

³ Così M. WEBER nella conferenza *Politik als Beruf*, Monaco, 1919.

3. *Ego umana. Diritti e libertà*

Altro aspetto della critica alla dottrina dei diritti in Zagrebelsky è la considerazione di questi come mezzo per un'espansione indefinita dell'ego umana. Di frequente, si parla di «spazi pieni»⁴, riprendendo la definizione che Livi Bacci propone circa il progressivo ridimensionamento della Terra, a fronte di uno studio di dati numerici (1000 volte in 10000 anni). Questo ha portato ad una torsione aggressiva e individualista dei diritti, ci si sente minacciati da 'altro', entità che quasi non si riesce a definire. L'idea dei diritti come legittimazione della signoria della volontà, come assoluta possibilità di allargare i propri confini negli spazi vuoti genera così incomprensione e conflitto: sembra quasi che questa visione ponga le basi per un diritto all'egoismo, come se la propria felicità valesse più di quella degli altri. Questo sentimento di espansione in spazi vuoti non ha trovato origine nella modernità, tuttavia era già presente – per certi aspetti – fra i Padri Pellegrini della *Mayflower*, i quali arrivarono in America perché non c'era più spazio per loro in Europa. Allo stesso modo, emerse un sentimento simile nel 1884-1885 con la Conferenza di Berlino, durante la quale si divisero i territori conquistati in Africa come fossero spazi considerati vuoti o svuotabili, adducendo scuse e ragioni per sostenere le pretese espansionistiche dei colonizzatori. La ricerca spasmodica della felicità senza limiti, che si concretizza con l'assolutizzazione della signoria della volontà, pone l'uomo in una gabbia chiusa⁵.

A questo, però, è da opporre un concetto che potrebbe essere la chiave per aprire a una visione meno catastrofica: il concetto di libertà. Sia se si aderisca al filone del fondamento giusnaturalistico dei diritti che cala l'immagine dell'Uomo in una dimensione prestatuale e rende l'Uomo in grado di scegliere la sua posizione nel mondo⁶, sia se si consideri la legge fondamento stesso dei diritti,

⁴ M. LIVI BACCI, *Il pianeta stretto*, Bologna, 2015.

⁵ In questo contesto Zagrebelsky inserisce nella propria ultima opera la storia dell'Isola di Pasqua, un'isola a migliaia di chilometri dalle coste del Cile, una terra fiorente, coperta di foreste e decisamente in grado di offrire all'uomo ogni mezzo di sostentamento; quando vi giunsero i primi navigatori europei, però, trovarono estrema desolazione, una popolazione denutrita e geneticamente regredita, questo a causa di una deforestazione selvaggia che aveva ridotto ai minimi termini i fattori primi della vita, per creare gli enormi tronchi umani di pietra, segno caratteristico dell'isola. La 'signoria della volontà' rende tanto ciechi da portare all'autodistruzione.

⁶ Cfr. G. PICO DELLA MIRANDOLA, *Oratio de hominis dignitate*, 1486.

considerandola un mezzo di coordinamento tra diversi universi di collisione, riprendendo l'idea kantiana di uomo come scopo in se stesso e non come mezzo, sia si preferisca il filone dell'integrazione dei diritti all'interno del 'sistema Stato', è innegabile un'evoluzione profonda del sistema dei diritti che si slega dalla sistematicità sociale per arrivare a una individualizzazione profonda, rendendo il concetto di libertà non più uno spazio vuoto da dover riempire, ma un mezzo con cui risolvere e armonizzare le collisioni tra le sfere individualistiche.

4. *Diritti fondamentali, dalla separazione all'integrazione*

Altro aspetto critico da evidenziare è quello dell'affermazione della dottrina dei diritti come mezzo di separazione piuttosto che di coesione. Il mondo di oggi ha generato masse di individui senza nazione, o meglio che una nazione ce l'hanno, ma che non hanno quello che si definisce il «diritto di avere diritti»⁷. Il collegamento tra nazione/stato e diritti fondamentali è stato sempre un nodo importante del dibattito. Il problema posto dal mondo attuale, saturo e stretto, è esattamente quello che Arendt prospettava riguardo al suo popolo, e cioè non tanto il non avere una patria quanto piuttosto l'impossibilità di trovarne una⁸. Proprio la difficoltà nel «trovare un altrove» pone problematiche decisamente importanti. La convivenza tra chi ha diritti e chi non li ha genera insofferenza e violenza. Si rafforza, tra chi ha diritti, l'esigenza di 'proteggere i propri spazi', il proprio stile di vita, la propria casa, da ingerenze esterne, che non riguardano più lo stato, ma bensì chi uno stato non ce l'ha. La protezione della aiuola dantesca che rende feroci è esattamente l'emblema di quello che sta succedendo oggi. Volendo scartare, con fermezza, soluzioni assurde che vanno dal 'buttiamoli a mare' alla creazione di piattaforme artificiali in acque internazionali dove 'ospitare i senza diritti' (che riprende un po' quanto progettato dal Terzo Reich con la deportazione in Madagascar degli ebrei), una convivenza in uno spazio stretto sembra essere la realtà. La separazione tra chi ha una casa e chi no, come dimostrato dal *doll test*⁹ utilizzato nel Caso Brown del 1954 dalla Corte

⁷ S. RODOTÀ, *Il diritto di avere diritti*, Bari, 2013.

⁸ H. ARENDT, *Le origini del totalitarismo*, Torino, 1999, p. 404.

⁹ Sedici bimbe nere di fronte a identiche bambole bianche e nere dovevano scegliere la loro preferenza. Undici qualificarono la bambola nera «brutta e cat-

Suprema americana, non è certamente la via. Quale soluzione possibile? Sono, forse, proprio i diritti fondamentali il mezzo attraverso cui può avvenire una forma di integrazione accettabile?

5. *Conclusion*

Riprenderei, in conclusione, la definizione di «mondo stretto» di Livi Bacci: sostanzialmente la Terra si rimpiccolisce ma la popolazione (con un'evidente approssimazione) rimane costante, aumenta quindi la densità in una parte del mondo divenuta l'unica vivibile. Assumiamo la Terra come una scatola chiusa e gli individui come delle sfere di vetro, prima ne mettiamo all'interno 10 e notiamo come le sfere hanno spazio tra loro, poi aggiungiamo altre sfere, da 10 diventano 100, le sfere si toccano, si stringono e si comprimono. Come mantenerle pacificamente tutte nella scatola? Inevitabilmente qualcuna di queste si romperà, alcune rimarranno grandi perché più resistenti (i potenti) e le altre, gioco forza, si rimpiccioleranno molto, sino a diventare delle piccole biglie. Perché questo esempio? Io credo che la nostra sia una scatola effettivamente chiusa e finita, dove la possibilità di creare spazi nuovi sia ancora remota, ma credo, ci sia un mezzo concreto per rendere le sfere forti, dure e resistenti! Una sorta di armatura delle sfere, una sorta di armatura per i diritti fondamentali, un limite intangibile, qualcosa che sia allo stesso tempo piedistallo che innalza e *cloche* che difende: la dignità dell'uomo. La teoria, presente nel libro di Zagrebelsky, che vede l'impossibilità di una convivenza in un mondo stretto e il conflitto fra diritti che ne consegue, l'impossibilità quindi di mantenere tante sfere in un'unica scatola, non considera affatto la possibilità che le sfere non siano fragili, ma anzi protette e garantite proprio dalla dignità come valore intangibile. Una dignità come baluardo della sfera individuale che riesce a garantire la tutela di tutti gli individui non solo astrattamente ma anche nel 'vivere' concreto (nel caso del bilanciamento tra diritti). La dignità intesa come il sostanzarsi del diritto a essere se stessi, del diritto a essere persona e del diritto a essere quella persona: dignità quale estrinsecazione del «diritto all'orma»¹⁰, del diritto dell'essere umano a essere unico al mondo, di formare la propria per-

tiva», nove la bianca «bella e buona». Il risultato del test mostra, appunto, che la separazione disorienta e indebolisce, sino allo smarrimento della propria identità.

¹⁰ Cfr. G. LEOPARDI, *Sera al di di festa*, 1820.

sonalità e rendere la propria sfera resistente e intoccabile attraverso un processo di autodeterminazione e riconoscimento reciproco, creando un legame inscindibile tra dignità, libertà e diritti fondamentali che non sfoci nell'esaltazione dell'individualismo ma, al contrario, nel riconoscere che una interazione tra sistemi, oggi, è possibile.

Questa, potrebbe dirsi, è un'astrazione. In effetti, il concetto di intangibilità della dignità umana, proprio etimologicamente inteso *intactilem*, sembra *prima facie* lontano dagli aspetti concreti della realtà; il punto è che non si intende una dignità 'sospesa' ma 'intrapresa', presa in mezzo alla realtà, una dignità che avvolga la dimensione dell'essere umano in ogni sua sfaccettatura, una dignità «che sembra l'argomento finale, decisivo, in tutte le questioni controverse in cui la posta in gioco è l'immagine che l'essere umano ha della propria natura»¹¹.

¹¹ G. ZAGREBELSKY, *Il tempo e lo spazio del «capro espiatorio». Del paradosso della dignità in carcere*, in *Diritto e società*, n. 1/2015, p. 5.

STUDI DI DIRITTO PENALE

VALERIO CARRESI*

I
IL RUOLO DEL CONSENSO
NEL 'TRATTAMENTO MEDICO-CHIRURGICO ARBITRARIO'
E L'EVOLUZIONE DELLA GIURISPRUDENZA
DI LEGITTIMITÀ

The following paper aims to make a brief analysis of the theme of 'non-consensual medical treatment' and its criminal implications. The author has focuses on two main aspects: on one hand the importance of the patient's consent, which has to be examined with regard to the relationship between doctor and patient, and on the other hand the evolution of jurisprudence. The ambit of this analysis ultimately is to highlight the different orientations of the Italian criminal courts in the course of time and to underline that the court's work is not ended yet. Eventually, the author is led to wonder what is the real position of the doctors in our legal system may be.

SOMMARIO: 1. Il consenso nel diritto penale. – 2. Il consenso in ambito medico-chirurgico. – 2.1. Il nesso causale. – 2.2. L'onere della prova. – 3. L'evoluzione della giurisprudenza. – 4. Conclusioni.

1. *Il consenso nel diritto penale*

Nel diritto penale il 'consenso' può assumere diversi aspetti ed avere differente rilevanza: può assurgere a 'causa di giustificazione' ai sensi dell'art. 50 c.p., rubricato 'Consenso dell'avente diritto' (scriminante ispirata al brocardo *volenti et consentienti non fit iniuria*); può rappresentare un elemento costitutivo della fattispe-

* Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il dott. Giovanni Capozio.

cie incriminatrice, come nell'art. 579 c.p., che dispone in merito al c.d. omicidio del consenziente; può essere, in altri casi, elemento che esclude la tipicità del fatto, come succede nei reati costruiti sul dissenso, in quanto l'offesa si identifica proprio nell'agire contro il consenso del titolare del bene.

Risulta pertanto fondamentale, in ambito penale, l'accertamento della sussistenza o meno del consenso al fine di determinare la liceità o l'illiceità della condotta e i profili di responsabilità dell'agente.

2. *Il consenso in ambito medico-chirurgico*

Uno dei banchi di prova più delicati per il consenso nel diritto penale è stato, ed è tuttora, il campo dell'attività medico-chirurgica.

Le proteiformi sfaccettature che il ruolo e la rilevanza del consenso assumono, combinate alla «lacuna normativa»¹ alla quale nel tempo ha tentato di supplire la spesso contrastante attività giurisprudenziale, rendono l'analisi sulla rilevanza penale del c.d. trattamento medico-chirurgico arbitrario un compito di non esigua difficoltà.

Dal 1992 (anno della prima sentenza della Cassazione in tema di trattamento arbitrario) al 2010, si sono succedute numerose pronunce in cui la Corte ha espresso principi di diritto diversi e a volte anche in netto contrasto tra loro.

Tuttavia, da una prima analisi della giurisprudenza, sembra chiaro che vi sia almeno un punto sul quale le posizioni dei giudici convergono: il riconoscimento dell'esistenza di un preciso dovere del medico di acquisire il consenso informato del paziente al trattamento, preliminarmente all'esecuzione dello stesso.

Il consenso dell'interessato costituisce pertanto il requisito minimo, e non il solo², affinché si possa positivamente accertare la conformità del trattamento medico-chirurgico alla volontà del paziente e che, di conseguenza, permette di sottrarre il fatto stesso ad un giudizio di arbitrarietà attraendolo nella sfera del lecito.

Il consenso si ritiene oggi che debba essere personale, attuale, libero, revocabile, esplicito, informato, specifico, consapevole, inerente a diritti disponibili *ex art. 5 c.c.*

¹ A. MANNA, *Profili penalistici del trattamento medico-chirurgico*, Milano, 1984, p. 32 ss., spec. 33-34.

² Il trattamento è giustificato, ai sensi dell'art. 32 della Costituzione, solo se ricorre l'ulteriore presupposto della concreta utilità per la salute del paziente.

Si è anche affermato che il consenso informato del paziente non deve essere presunto o tacito, richiedendosi che alla adeguata informazione segua un assenso espresso all'intervento medico³.

La Corte ha affrontato anche il tema della necessità di un espresso consenso nei casi in cui la c.d. probabilità di accadimento dell'evento infausto sia dal medico valutata come 'minima': in tal senso si è espressa Cass. civ., sez. 3, sentenza n. 19731 del 19 settembre 2014, secondo cui «il consenso informato va acquisito anche qualora la probabilità di verificazione dell'evento sia così scarsa da essere prossima al fortuito o, al contrario, sia così alta da renderne certo il suo accadimento, poiché la valutazione dei rischi appartiene al solo titolare del diritto esposto e il professionista o la struttura sanitaria non possono ometterle in base ad un mero calcolo statistico».

Diverso, ma non di minore importanza, è invece il rispetto delle c.d. *leges artis*, che rappresenta il requisito di liceità del trattamento medico-chirurgico in sé. Anche su questo punto si è espressa la giurisprudenza stabilendo che ove il medico, nel rispetto del proprio ruolo e della propria specifica competenza, assista un paziente, con lo scrupolo e la perizia che il caso richiede, non potrà in alcun modo essere ritenuto responsabile di eventuali infauste conseguenze⁴, poiché ciò che rileva è sempre e solo il dato della omissione del dovere del consenso informato, che non ha consentito al paziente di assentire al trattamento⁵.

Per una completezza espositiva è necessario, inoltre, precisare che la possibile rilevanza penale del c.d. trattamento medico-chirurgico arbitrario si riscontra non soltanto nelle ipotesi di assenza totale di consenso al trattamento, bensì anche in tutti quei casi di consenso viziato, in quanto disinformato, in quelli in cui l'intervento eseguito risulti differente da quello assentito e nei casi di trattamento praticato su un paziente in un primo tempo consenziente, ma che abbia in un secondo momento revocato il consenso medesimo⁶.

2.1. *Il nesso causale*

L'art. 40 c.p. disciplina il c.d. rapporto di causalità materiale, ossia quella relazione che lega in senso naturalistico un atto, o un

³ Così Cass. civ., sez. 3, 27 novembre 2012, n. 20984, (Rv. 624388).

⁴ Tribunale Avezzano, 18 agosto 2010, n° 323.

⁵ In tali termini Cass. civ., sez. 3, 14 marzo 2006, n. 5444.

⁶ Tribunale di Roma, 23 luglio 2007, n. 2049, caso *Welby*.

fatto, e l'evento, materialmente percepibile, che deriva da esso. Da una prima lettura dell'art. 40 comma 1 c.p., può sembrare discutibile l'accostamento del concetto di omissione a quello di causalità, tuttavia il legislatore non ha inteso il concetto di omissione come un semplice 'non fare', bensì ha introdotto la c.d. omissione in senso normativo, identificandola nel 'non compiere l'azione dovuta'. L'omissione, pertanto, viene definita come l'inadempimento dell'obbligo giuridico di attivarsi gravante su taluni soggetti in determinate situazioni (c.d. posizione di garanzia dell'obbligato).

Muovendo i passi dalla famosa sentenza Franzese⁷, nell'ambito relativo all'attività medico-chirurgica la Cassazione⁸ ha decretato che il semplice errore non rende il medico responsabile del danno cagionato al paziente, ma è necessario che sussista un nesso causale tra la sua condotta e l'evento dannoso, e nel caso sussista un ragionevole dubbio sulla presenza di tale nesso di causalità non è possibile giungere ad affermare la responsabilità del soggetto agente.

Non può essere, pertanto, evocata la responsabilità professionale in presenza di un danno cagionato da un caso fortuito oppure da una imprevedibilità dell'evento.

Accantonando l'analisi di un eventuale 'errore' da parte dell'operante, è doveroso porre l'attenzione sulle c.d. modalità della condotta, ovvero sul fatto che il danno possa derivare, appunto, da una condotta del sanitario tanto attiva quanto omissiva e che proprio sul tema dell'omissione si sia espressa la corte di Cassazione. Secondo quello che si ritiene l'orientamento dominante, il nesso di causalità può essere ravvisato quando, secondo il c.d. giudizio controfattuale, si accerti che, ipotizzandosi come realizzata dal sanitario la condotta doverosa impeditiva dell'evento, questo non si sarebbe verificato, oppure si sarebbe verificato in un momento significativamente posteriore o con una minore carica lesiva.

Proprio per tali motivazioni è necessario che il magistrato accerti l'esistenza del nesso eziologico sulla base del caso concreto, attraverso l'esame di tutte le circostanze del fatto, in modo che, essendo esclusa l'interferenza di fattori estranei alla condotta stessa, risulti processualmente certo che la condotta omissiva del sanitario sia stata, con alta probabilità logica, *condicio sine qua non* dell'evento lesivo.

⁷ Cass. pen., SS.UU., 11 settembre 2002, n. 30328.

⁸ Cass. pen., IV sez., 28 novembre 2014, n. 49654.

2.2. L'onere della prova

All'interno del nostro ordinamento vige la c.d. presunzione di non colpevolezza, secondo la quale l'onere della prova della responsabilità grava sull'accusa (principio affine al brocardo *affirmanti incumbit probatio*). Tale principio non è sempre valido, invece, in ambito civilistico, dove l'onere della prova non sempre è a carico del ricorrente.

Sembra attualmente indiscusso che la natura del rapporto tra medico e paziente sia contrattuale⁹ ed in tema di responsabilità derivante dall'attività medico-chirurgica sembra pacificamente riconosciuto come gravi sul medico l'onere di dimostrare di aver adempiuto all'obbligo di informazione, dovendo il paziente, secondo quanto statuito dalle Sezioni Unite con la storica sentenza 577/2008, limitarsi alla allegazione del relativo inadempimento, dando prova della fonte negoziale o legale del diritto vantato. Ciò troverebbe fondamento nella natura contrattuale¹⁰ del rapporto instaurato tra le parti e nella relativa responsabilità professionale del medico.

È peraltro necessario che il danneggiato dia prova che la disinformazione lo abbia indotto ad una scelta terapeutica, che altrimenti e con alta probabilità sarebbe stata da lui rifiutata o modificata.

Per ciò che attiene l'individuazione del soggetto in capo al quale ricade l'onere di provare il nesso causale, la giurisprudenza, sul punto, è arrivata ad affermare che tale incombenza sia da attribuire al danneggiato, pertanto al paziente.

Sul tema è doveroso citare un recente orientamento della Corte¹¹ con cui si precisa che «*in tema di responsabilità civile nell'attività medico chirurgica, ove sia dedotta una responsabilità contrattuale della struttura sanitaria e/o del medico per l'inesatto adempimento della prestazione sanitaria, il danneggiato deve fornire la prova del contratto (o del contatto sociale) e dell'aggravamento della situazione patologica (o dell'insorgenza di nuove patologie) e del relativo nesso di causalità con l'azione o l'omissione dei sanitari, ed allegare la colpa della struttura, restando a carico dell'obbligato – sia esso sanitario o struttura – la prova che la prestazione professionale sia stata eseguita in modo diligente e che gli esiti peggiorativi siano stati determinati da un evento imprevisto e imprevedibile [...]».*

⁹ Il medico può giuridicamente assumere la posizione di diretto contraente del paziente o quella di contraente di un terzo a sua volta contraente diretto del paziente.

¹⁰ Cass. pen., sez. IV, 29 gennaio 2013, n. 16237.

¹¹ Cass. civ., sent. n. 22222/2014.

3. *L'evoluzione della giurisprudenza*

Sul tema della rilevanza del c.d. 'trattamento medico-chirurgico arbitrario' i numerosi interventi registrati in giurisprudenza ed in dottrina sono riassumibili in tre orientamenti principali.

Al fine di una corretta analisi di tali orientamenti potrà risultare utile partire da un caso fittizio:

Tizio, ricoverato in ospedale per una occlusione intestinale acuta, esprime il consenso per una 'enterotomia', tuttavia il medico chirurgo Caio, che durante l'intervento accerta la presenza di un tumore maligno, sottopone il paziente anche a 'emicolectomia'. Tizio, a seguito di complicanze sopravvenute, decede due settimane più tardi. Visti i fatti, la coniuge di Tizio denuncia Caio al quale viene contestato il delitto di omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.) per aver eseguito un intervento 'invasivo e complesso' senza informare preventivamente il paziente e senza essere certo dell'urgenza di dover intervenire.

Al riguardo giova richiamare il principio espresso da Cass., sez. V pen., sent. 21 aprile 1992, n. 35822, caso Massimo:

«Soltanto il libero consenso del paziente, quale manifestazione di volontà di disporre del proprio corpo, può escludere in concreto, in assenza di altre cause di giustificazione codificate, l'antigiuridicità della lesione procurata mediante trattamento medico-chirurgico. Sussiste, pertanto, il delitto di omicidio preterintenzionale ove, in seguito all'intervento chirurgico illecito ed in conseguenza delle lesioni personali da esso derivanti, si verifichi l'evento della morte del paziente (Fattispecie in tema di soggetto sottoposto ad intervento demolitivo di amputazione addominoperineale di retto eseguito in luogo di quello concordato, meno grave e cruento, di asportazione transanale di adenoma villosa, in completa assenza di stati di necessità ed urgenza terapeutiche e del necessario preventivo consenso dell'avente diritto)».

Tale primo orientamento ritiene che il trattamento in oggetto integri sotto il profilo soggettivo e oggettivo, fuori dai casi di urgente necessità di intervento per salvare la vita del paziente, un fatto di lesioni personali dolose (allorché il chirurgo sia consapevole di provocare 'gravi lacerazioni' nel corpo del paziente in assenza di un suo preventivo consenso); pertanto, nelle ipotesi in cui

sopraggiunga la morte del paziente a seguito dell'intervento, si configurerà una responsabilità in capo all'operante per omicidio preterintenzionale (art. 584 c.p.).

Proprio tale orientamento è espressione di una concezione particolarmente estensiva sulla possibilità di configurare il delitto di omicidio preterintenzionale nel caso di trattamento medico chirurgico eseguito senza il consenso del paziente e con esito infuosto. Pertanto, secondo il citato indirizzo, la mancanza del consenso rende la condotta del chirurgo non dissimile da quella di colui che cagiona volontariamente a taluno una lesione personale attraverso un comportamento arbitrario e diretto a ledere consapevolmente l'integrità fisica del paziente.

La concretizzazione di una responsabilità penale in capo al sanitario sembrerebbe pertanto possibile in quanto egli «ebbe, sotto il profilo intellettuale, la rappresentazione dell'evento lesioni e, sotto quello volitivo, l'intenzione diretta a realizzarlo, ebbe cioè consapevole volontà di ledere l'altrui integrità personale senza averne diritto e senza che ve ne fosse necessità»¹².

Orientamento alquanto rigoristico, che si espone ad una obiezione di formalismo, dal momento che, nel considerare lesione rilevante la mera alterazione anatomica provocata dall'intervento chirurgico, non si considera il fatto che il trattamento medico realizzato ai fini terapeutici è di per se incompatibile con l'idea di un atto aggressivo; il che implica l'esclusione della tipicità stessa, quanto al delitto di lesioni, dell'aspetto invasivo del trattamento chirurgico eseguito secondo le *leges artis* o almeno il considerare la finalità terapeutica come scriminante, con le ovvie e delicate conseguenze in tema di certezza del diritto (c.d. scriminanti non codificate¹³).

Sul tema è utile citare le conclusioni raggiunte da Cass. pen., sez. IV, sent. 9 marzo 2001, n. 28132, Barese:

¹² Cass. pen., sez. V, 21 aprile 1992, n. 5639.

¹³ F. RAMACCI, *Corso di diritto penale*, Torino 2015, p. 299 ss. «L'ambito di rilevanza del consenso come scriminante è dunque molto ridotto in materia di trattamento medico-chirurgico: si può anzi dubitare che sia ipotizzabile un consenso veramente libero, posto che il rapporto fra sanitario e paziente non è un rapporto paritetico, soprattutto all'interno di un'istituzione ospedaliera (dove il dubbio su un consenso indotto). [...] ovvio, però, a questo punto, che il consenso non è quello della figura penalistica trattata dall'art. 50 [...]. La difficoltà di individuare una specifica norma permissiva di riferimento, tra quelle codificate, non è estranea alla formulazione che alle ipotesi normative degli artt. 50-54 c.p. aggiunge le c.d. cause di giustificazione non codificate, che sarebbero assimilate alle cause legali in forza dell'applicazione analogica *in bonam partem*».

«La mancanza del consenso (opportunamente informato) del malato o la sua invalidità per altre ragioni determina l'arbitrarietà del trattamento medico-chirurgico e la sua rilevanza penale, in quanto compiuto in violazione della sfera personale del soggetto e del suo diritto di decidere se permettere interventi estranei sul proprio corpo. (In motivazione la Corte ha precisato che alla regola del necessario consenso della persona che deve sottoporsi al trattamento sanitario, fanno eccezione le ipotesi di trattamenti obbligatori – ex lege – ovvero quelle in cui il paziente non sia in condizione di prestare il proprio consenso o si rifiuti di prestarlo e l'intervento medico risulti urgente ed indifferibile)».

«L'intervento medico arbitrario, [...] descrive ipotesi di reato contro la libertà morale o personale (artt. 610, 613, 605 c.p.), ovvero, in caso di prestazione chirurgica, contro l'incolumità individuale».

Il secondo orientamento, inaugurato dalla Cassazione circa dieci anni dopo, interpretando il comportamento del sanitario come diretto alla produzione di effetti favorevoli per il paziente, sostiene l'impossibilità di inquadrare la condotta dell'operante quale lesione personale. In questo caso, pertanto, vengono posti limiti più ristretti alla possibilità di ricondurre l'ipotesi alla fattispecie delittuosa dell'omicidio preterintenzionale¹⁴, in quanto la condotta risulterebbe priva dell'elemento soggettivo del dolo (diretto o intenzionale).

In assenza di una componente dolosa, il fatto può comunque dar luogo ad un illecito colposo, ove ne sussistano i presupposti.

Si è sostenuto che tale condotta possa, invece, essere inquadrata nella fattispecie di violenza privata (art. 610 c.p.), con conseguente applicazione, nell'ipotesi di decesso del paziente, dell'art. 586 c.p., volto a disciplinare il reato di 'morte o lesioni come conseguenza di un altro delitto'. Tuttavia anche in tal caso, se procedessimo con una rilettura costituzionalmente orientata della fattispecie, risulterebbe doveroso richiedere, ai fini della responsabilità, quantomeno la prevedibilità dell'evento morte.

Risulta necessario considerare anche le conclusioni raggiunte da Cass., sez. I pen., sent. 29 maggio 2002, caso Volterrani, ad avviso della quale:

¹⁴ Senza, tuttavia, escluderla in assoluto; es. nei casi in cui la morte consegua ad una mutilazione procurata in assenza di qualsiasi necessità o di menomazione inferta per scopi esclusivamente scientifici.

«In tema di attività medico-chirurgica, deve ritenersi che il medico sia sempre legittimato ad effettuare il trattamento terapeutico giudicato necessario per la salvaguardia della salute del paziente affidato alle sue cure, anche in mancanza di esplicito consenso, dovendosi invece ritenere insuperabile l'espresso, libero e consapevole rifiuto eventualmente manifestato dal medesimo paziente, ancorché l'omissione dell'intervento possa cagionare il pericolo di un aggravamento dello stato di salute dell'infermo e, persino, la sua morte. In tale ultima ipotesi, qualora il medico effettui ugualmente il trattamento rifiutato, potrà profilarsi a suo carico il reato di violenza privata ma non – nel caso in cui il trattamento comporti lesioni chirurgiche ed il paziente muoia – il diverso e più grave reato di omicidio preterintenzionale, non potendosi ritenere che le lesioni chirurgiche strumentali all'intervento terapeutico, possano rientrare nella previsione di cui all'art. 582 c.p.».

Il terzo orientamento pur confermando l'assenza di responsabilità del chirurgo che abbia eseguito l'intervento, sostenendo l'impossibilità di inquadrare il trattamento attuato senza il consenso dell'interessato all'interno delle lesioni dolose o della violenza privata per l'assenza degli elementi di violenza o minaccia, prevede, tuttavia, la possibilità di una responsabilità per omicidio colposo, nel caso in cui sia riscontrabile nei fatti una violazione di norme regolatrici della professione medica.

La fondamentale differenza di quest'ultimo caso con quelli sopra citati è costituita dalla circostanza che, nel caso Volterrani, i giudici di merito hanno escluso ogni profilo colposo nell'esecuzione dell'intervento, ritenuto posto in essere nella perfetta osservanza delle *leges artis*, e hanno ricollegato il decesso a complicanze non prevedibili. Viene, quindi, notevolmente ridimensionata la rilevanza del consenso del paziente.

Tale sentenza, infatti, stabilisce che il consenso svolge senz'altro un ruolo determinante, ma solamente quando espresso in forma negativa. Pertanto solo la manifesta ed inequivocabile volontà negativa del paziente vincola il medico a non effettuare il trattamento, anche se ciò comporti il rischio di morte del paziente¹⁵, pena il configurarsi in capo all'agente del reato di violenza privata (art. 610 c.p.).

¹⁵ Procedendo con una lettura costituzionalmente orientata, tale conclusione sembrerebbe andare a collidere con il generale interesse al bene vita al quale la stessa costituzione riserva una tutela piena e assoluta.

Resta ferma la possibilità, chiaramente, di configurare il fatto in termini di responsabilità colposa nel caso in cui non vi sia il pieno rispetto delle *leges artis*.

Da ultimo è doveroso citare Cass. civ., sez. I, sent. 16 ottobre 2007, n. 21748, il c.d. caso Englaro, relativa alla richiesta, da parte del tutore di una ragazza posta in condizione di 'stato vegetativo permanente', di interrompere l'idratazione e l'alimentazione artificiali somministrate alla stessa. In tale fattispecie la Corte afferma che il consenso costituisce legittimazione e fondamento del trattamento sanitario: «senza il consenso informato l'intervento del medico è sicuramente illecito, anche quando è nell'interesse del paziente», rappresentando una forma di rispetto per la libertà dell'individuo e un mezzo per il perseguimento dei suoi migliori interessi. Nella medesima pronuncia si afferma che esso costituisce espressione della tutela della dignità e integrità della persona umana.

4. Conclusioni

Alla luce degli orientamenti appena descritti, la conclusione, a questo punto già nota, è che il medico che compia un intervento nel rispetto dei protocolli e delle *leges artis* e con esito favorevole per il malato, pur non avendo acquisito il consenso informato del paziente, non risponderà dei reati di cui agli art. 582 e 610 c.p. Guardando, tuttavia, al di là di tale 'traguardo' viene da interrogarsi sul concetto di *cura* che ne emerge: ci si riferisce ad un diritto del medico o ad una sua facoltà esercitabile solo in determinate condizioni?

Ricca, ad ogni modo, si presenta la lista dei contributi che sono stati offerti sul tema *de quo*, (non solo dalla dottrina italiana ma anche da quella straniera, soprattutto tedesca¹⁶, considerato che anche in Germania risulta assente una disposizione *ad hoc* volta a definire i profili di responsabilità derivanti dall'intervento medico arbitrario), e ciò risulta pienamente comprensibile in quanto, visto il vuoto normativo del sistema, si è 'commissionato' a dottrina e giurisprudenza, nella perdurante assenza di un tanto atteso intervento legislativo, di occuparsi ampiamente della questione ed in particolare della sua rilevanza penale o meno.

¹⁶ A. ESER, *Zur Regelung der Heilbehandlung in rechtsvergleichender Perspektive*, Festschrift per il 70° compleanno di Hans Joachim Hirsch, 11 aprile 1999, p. 465-483.

GIANLUIGI SCALA*

II
THE PRISON LAW «GENERAL STATES»:
A REPORT

The present report points out the fundamental features of the Prison law General States. It attempts to analyze the method of this legislative procedure and the reasons that inspired it.

In order to collect suggestions to reform¹ Italian penitentiary law, the Minister of Justice, Andrea Orlando established on 19th May 2015, during a ceremony which took place in the roman penitentiary of Rebibbia, the penitentiary law «General States»: more than two hundred people that come from different categories and work in the penitentiary field were «gathered».

The General States are an interesting innovation, because of both method and reasons² behind them. It is a new kind of preliminary legislative activity – or, even better, pre-preliminary – *sui generis*, because it took place outside of institutional places, and because it involved several different people that, as they come from heterogeneous categories, don't usually communicate.

The Penitentiary world is a very complex system because inside it there are very different participants: attorneys, judges, police forces but also psychologists, doctors, volunteers, entrepre-

* Studente del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro è stato consultato il prof. Pasquale Bronzo.

¹ The Parliament delegated the reform to the government by the legislative draft n. 2798, Article 29.

² See page 500 of the speech of G. Giostra for the final conference of the General States as director of the scientific Committee, in *Riv. it. dir. proc. pen.*, Issue n. 1 of 2016, pages 499-504.

neurs. This method was chosen because it appeared to be the most suitable to detect and to correct problems of Italian penitentiary system.

To guarantee an adequate analysis in each area of interest composing the penitentiary system, a scientific Committee, directed by Professor Glauco Giostra³ and composed by other eight members⁴, selected many thematic areas, each with its own 'working table' (eighteen in total⁵) in which people with different competencies debated on possible solutions. This process not only involved lawyers, but also other typologies of people coming from the society: starting from their ideas, from their suggestions, from their experiences, it was possible to find practical, logistical and normative solutions. Discussions in the scientific committees were preceded by the analysis of the penalty under the Fundamental Chart: it needs to aim to the rehabilitation of the convict⁶, with respect to his dignity and his rights.

Since the approval, forty years ago, of the Italian penitentiary law reform (one of the most advanced in the world), life inside Italian penitentiary facilities reached a high level of harmfulness to the dignity of detainees⁷. This situation is the result of structures, coordination, and personnel merely conceived to control detainees: such setting is the reason why many principles of penitentiary law, innovative for the time in which it was conceived, were not correctly put into effect.

Another factor is the raising feel of social danger, unfairly used by governments to hardening penitentiary laws. The misconception according to which jail is the only answer to the security

³ G. Giostra is Professor of Criminal Procedure Law at Sapienza - University of Rome.

⁴ Adolfo Ceretti, University of Milano 'Bicocca' - Luigi Ciotti, president of «libera», association for the fight against *mafie* - Franco Della Casa, University of Genova - Mauro Palma, President of the European Council for the cooperation in criminal enforcement, Council of Europe - Luisa Prodi, President of Seac - Marco Ruotolo, University of Roma Tre - Vladimiro Zagrebelsky, Director of Laboratorio dei Diritti Fondamentali (LDF), Torino - Francesca Zuccari, Comunità di Sant'Egidio.

⁵ For a complete list of the table refer to the attached n. 1 to the Final document of General States.

⁶ See Italian Fundamental Chart, Art. 27.

⁷ This situation is analyzed and sanctioned in ECHR 16th July 2009, *Suleymanovich vs Italy* n. 22635/03 and 8th January 2013 *Torreggiani and others vs Italy* n. 43517/09, 46882/09, 55400/09, 57875/09, 61535/09, 35315/10 and 37818/10.

fears of the society contributed, alongside other factors, to this situation: «the problem is cultural before than normative»⁸.

When detention is inevitable, it shall never consist in «inhuman treatments»⁹: it is impossible to obtain the respect of the rules from a subject deprived of his own dignity. Israeli philosopher Avishai Margalit wrote «the individual needs to be appreciated, honored and respected simply because is a human being»¹⁰; nevertheless, convicts are in many cases deprived of many rights, like affections, health, political rights, or work.

To avoid this, detention should allow a *real* perspective of social rehabilitation to motivated detainees and should let them express their own personality inside the limits of the penalty.

The proposals of General States were born from the dialogue; the embrace almost every aspect of italian penitentiary system: this is why it is impossible synthetize these thoughts. It is only possible to mention some of these, which generated a fruitful debate between lawyers, operators and civil society.

Cultural integration is a point of vital importance and it is essential to consider detainees as people: the actual penitentiary system, conceived for a population of detainees composed of subjects sharing the same language, culture and religion, should grant to immigrants (nowadays they represent the 30 percent of the total of inmates) a process of integration through the assistance of cultural mediators.

The dialogue with the undertakings that allow detainees to work reaffirmed the centrality of the penitentiary work. Detainees should be the most important actors in their rehabilitation process, making strong and important choices that can help them live inside a penitentiary facility that keeps them from the real outside world dynamics. The implementation of the 'principle of normalisation' would let inmates act as free men during the treatment and let them become 'good citizens' instead of a 'good detainees': the time of the penalty should be a time of new opportunities for the human being that lies beneath the convict. In this process, work is a fundamental part of the treatment, as it helps the de-

⁸ Final document of the General States, p. 6.

⁹ ECHR, art. 3: «No one shall be subjected to torture or to inhuman or degrading treatment or punishment».

¹⁰ Final document of the General States, p. 16.

tainee re-socialization through the learning of job skills that can be used when the sentence is served. General States suggest that the management of the work opportunities is assigned to a specific organism, which should identify market needs, promote job occasions, organize and supervise the manufacturing process and guide inmates in looking for an employment outside the penitentiary.

Besides proposals came out from the 'working tables' – included and synthesized in a final document draft on 18th April 2016 – the initiative created a communication wire between different actors and it created a cultural process aimed to prepare the society to a reform that contrasts the belief – dangerously common – that the security of society is highly granted from the application of detention penalties, vanishing and banishing – once more in penitentiary law – the myth «more jail, more security»¹¹.

¹¹ See page 98 of the Final document of the General States.

STUDI DI DIRITTO EUROPEO*

* La presente Sezione raccoglie tre articoli elaborati in risposta alla *Call for papers* indetta lo scorso 6 Aprile 2017 durante la Giornata di presentazione del numero IV dei *Quaderni* e avente ad oggetto la raccolta di studi di Diritto dell'Unione europea, in occasione della celebrazione dei 60 anni dalla firma del Trattato di Roma. Tali articoli sono stati redatti in lingua tedesca, dovendosi tuttavia riferire a ciascuno di essi una specifica peculiarità: il primo articolo è stato elaborato dalla studentessa Sophie Schürmann nel corso dell'anno di formazione presso la nostra Facoltà, nell'ambito del percorso di formazione della European Law School; gli articoli di Julia Witting-Leonard Ledl e di Christina Schröck inaugurano l'amichevole collaborazione instaurata con la *student law riview* 'Rescriptum' dell'Università Ludwig Maximilian di Monaco e sono stati entrambi pubblicati nel numero IV della stessa.

SOPHIE SCHÜRMANN*

I

BEPS - THE EUROPEAN JOB

The present article outlines current tendencies in the European Union's search of orientation in a globalised world. It analyses whether and how instruments of effective market integration could lead the way to more politic integrity among the member states. The article illustrates this tendency giving an outline on the EU's implementation of a transnational Statute – the BEPS-project – combatting tax avoidance strategies of multinational firms.

SUMMARY: 1. Neue Wege für Europa. – 2. „Wir schreiben die Steuergesetze nicht, wir befolgen sie“. – 3. „The European Job“. – 4. Adaption und Weiterentwicklung des OECD BEPS-Projekts durch die EU. – 5. Resümee.

1. *Neue Wege Für Europa*

Seit Abgabe der Austrittserklärung des Vereinten Königreichs am 29. März 2017 ist der „BREXIT“ nicht mehr bloß eine per Hashtag durch die sozialen Medien geisternde Wortschöpfung, sondern ernsthafte politische Realität: Begonnen hat der Ablauf einer Frist von zwei Jahren, die für einen dramatischen Count Down zu langwierig ist und dennoch erschreckend wenig Zeit für die angemessene Regelung der komplexen Materie belässt. Mit Beginn der Austrittsverhandlungen zeigt sich wieder einmal deutlich, wie schwierig die Koordination 28 verschiedener Nationalstaaten ist.

Für das Vereinigte Königreich als bislang unentschlossenem Pionier in Sachen EU-Austritt gilt es nun, die Beziehungen zu den

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza. Per la redazione di questo lavoro sono stati consultati il dr. Rainer Kambeck e il prof. Gianluca Scarchillo.

verbleibenden Mitgliedsstaaten neu zu regeln. Letztere müssen nicht nur den BREXIT managen, sondern auch Zukunftsperspektiven für die Neuausrichtung in verkleinerter Gemeinschaft erarbeiten.

Ein erster Schritt auf diesem Weg ist das im vergangenen März von der Kommission vorgelegte Weißbuch¹, welches fünf konkrete Zukunftsszenarien für eine Post-Brexit-Union vorstellt.

Angeboten wird ein breites Spektrum an Möglichkeiten, die sich jeweils bezüglich der Verbindlichkeit des Zusammenschlusses und in Hinblick auf die Bereiche und Akteure unterscheiden, die europäisch koordiniert werden sollen.

Um den bevorstehenden Stresstest zu meistern, sollen die Mitgliedsstaaten an ihre Schlüsselrolle im Integrationsprozess erinnert werden. Entscheidend ist nicht nur, welcher der fünf Wege eingeschlagen wird, sondern an erster Stelle, dass überhaupt eine bewusste Entscheidung für eine gemeinsame Ausrichtung gefällt wird. Die vielversprechende Unternehmung eines europäischen Staatenverbundes muss gerade jetzt mit Mut und Tatkraft vorangebracht werden, um nicht als artifizielles Konstrukt neben der souveränen Staatlichkeit der Mitgliedsstaaten zu verbleiben.

Als zweite der fünf europäischen Entwicklungsoptionen nennt das Weißbuch eine Fokussierung der europäischen Zusammenarbeit auf die Kernkompetenz Binnenmarkt². Ausgangspunkt für die Sanierung der kriselnden Wertegemeinschaft könnte nach diesem Konzept eine Rückbesinnung auf den gemeinsamen Erfolg als Wirtschaftsgemeinschaft sein.

Potenzial zu einem solchen Auftrieb gebenden Erfolgserlebnis birgt die Aufnahme und Weiterentwicklung des BEPS-Projekts der OECD durch die Europäische Union. Idee dieses Vorhabens ist es, aggressive Steuervermeidungsstrategien multinational agierender Konzerne zu bekämpfen, um gleiche Wettbewerbsbedingungen für die Unternehmen zu schaffen und den staatlichen Stellen effizientere Instrumente zu einer wirksamen und souveränen Steuerpolitik zur Verfügung zu stellen³.

¹ Vgl. Weissbuch zur Zukunft Europas, https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/weissbuch_zur_zukunft_europas_de.pdf.

² *Europäische Zeitschrift für Wirtschaftsrecht*, Heft 07/2017, S. 244.

³ OECD (2015), Erläuterung, OECD/G20 Projekt Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung, OECD. www.oecd.org/tax/beps-explanatory-statement-2015.pdf, S. 4.

2. „Wir schreiben die Steuergesetze nicht, wir befolgen sie“

Der Name BEPS, „Base Erosion and Profit Shifting“, lässt sich zu deutsch in etwa als Gewinnkürzung und Gewinnverlagerung übersetzen. Damit wurde dieses Projekt der OECD nach eben dem Phänomen benannt, welches es bekämpfen soll. Grundsätzlicher Ansatzpunkt ist hierbei, dass Gewinne dort versteuert werden sollen, wo auch die korrespondierende wirtschaftliche Aktivität und Wertschöpfung stattfinden⁴.

Was in der theoretischen Darstellung abstrakt und fremd anmuten mag, ist praktisch betrachtet durchaus greifbar und öffentlich bekannt. Spätestens seit den großen Enthüllungskampagnen wie „Panamapapers“ oder „Luxemburg-Leaks“ sind die Steuervermeidungsstrategien multinationaler Großkonzerne wie Apple, Amazon oder Google vielfach Gegenstand der medialen Berichterstattung geworden⁵. Anlass für großen Unmut bot die Annahme, dass es für globale Geschäftstätigkeiten zu viele „Steuerschlupflöcher“ gebe⁶. Durch Strategien der Gewinnverlagerung, etwa durch Lizenzhandel, werden international Gewinne in der Weise verschoben, dass der Fiskus letztlich trotz immenser Konzernumsätze nur einen minimalen verbleibenden Gewinn besteuern kann.

Dieser Zustand dürfte neben dem übervorteilten Staat auch die steuerpflichtigen Bürger und mittelständischen Unternehmen ohne derartige Steuerplanungsmöglichkeiten verärgern.

Auf Seiten der Anwender von BEPS-Strategien sieht man das ganz anders: „Wir schreiben die Steuergesetze nicht, wir befolgen sie“, so eine Starbuckssprecherin zum Steuerplanungsmodell ihres Unternehmens. Diese Beurteilung der eigenen Steuerzahlungspraxis erfolgt insoweit korrekt, dass viele BEPS-Strategien nach aktueller Gesetzeslage legal verfolgt werden können.

Abhilfe für diesen Konfliktfall könnte theoretisch ein Gesetzgeber schaffen, wobei jedoch die Frage zu klären bleibt, wer das im vorliegenden internationalen Kontext eigentlich ist.

⁴ OECD (2015), Erläuterung, OECD/G20 Projekt Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung, OECD. www.oecd.org/tax/beps-explanatory-statement-2015.pdf, S. 4.

⁵ „Kaffeekette- wie Starbucks sich um die Steuern drückt“, Handelsblatt online, <http://www.handelsblatt.com/finanzen/steuern-recht/steuern/kaffeekette-wie-starbucks-sich-um-die-steuern-drueckt/7339136.html> (Abruf: 16.10.2017); CORDEWENER/HENZE in Finanz-Rundschau 16/2016, S. 756-760.

⁶ Vgl. tagesschau.de vom 29.6.2016 s.u. <https://www.tagesschau.de/ausland/eu-patentboxen-101.html> (Abruf: 16.10.2017).

3. „The European Job“

In den vergangenen Jahrzehnten richtete sich die Wirtschaftspraxis zunehmend global aus, während es rechtlich überwiegend bei den hergebrachten Steuervorschriften mit primär nationaler Prägung blieb.

Die Forschung der OECD zu BEPS-Strategien hat ergeben, dass die zahlreichen Steuerschlupflöcher nicht allein durch eine bestimmte Regelungsmodalität verursacht wurden, sondern sie vielmehr der bisher fehlenden internationalen Koordination geschuldet sind⁷. Da es bislang an einem effektiven Informationsaustausch der jeweiligen Steuerbehörden fehlte, konnten international agierende Konzerne Steuerzahlungen durch Planungsstrategien der Gewinnkürzung und Gewinnverlagerung vermeiden. Auf europäischer Ebene wurden die BEPS-Strategien der Unternehmen maßgeblich dadurch erleichtert, dass die Ertragssteuergesetze der Mitgliedsstaaten weder untereinander noch auf Ebene des EU-Rechts abgestimmt waren.

Beschrieben ist hiermit eine Ausgangslage, die quasi selbstredend eine europäische Aktion auf den Plan ruft. Oft als bürgerfern und überregulierend kritisiert, tut sich hier für den Unionsgesetzgeber die Chance auf, einen Bereich zum europäischen Gemeinwohl zu harmonisieren und auf ein augenscheinliches Anliegen der Bürger einzugehen. Die Materie verlangt ein gemeinschaftliches Vorgehen und gleichzeitig birgt eine kompetente Handhabung des Problems Aussicht auf politischen Erfolg, den die Europäische Union aktuell mehr denn je nötig hat. Nach der Ausgangslage wäre hiermit „The European Job“ par excellence beschrieben, der nun allerdings noch gekonnt ausgeführt sein will.

4. *Adaption und Weiterentwicklung des OECD BEPS-Projekts durch die EU*

Die OECD und die G20 haben bereits im Oktober 2015 einen Maßnahmenkatalog mit 15 Aktionspunkten veröffentlicht. Da die Empfehlungen des sog. BEPS-Projekts ohne den Erlass entsprechender Gesetze nur politisch, nicht aber rechtlich bindend sind, beginnt mit der Veröffentlichung des Abschlussberichts die entscheidende Implementierungsphase.

⁷ OECD (2015), Erläuterung, OECD/G20 Projekt Gewinnverkürzung und Gewinnverlagerung, OECD. www.oecd.org/tax/beps-explanatory-statement-2015.pdf.

Für diesen Schritt sind alle Parteien gefragt, die sich völkerrechtlich zur Umsetzung verpflichtet haben. Neben ihren einzelnen Mitgliedsstaaten ist in diesem Prozess insbesondere die Union selbst engagierte Agitatorin. Ihre Kernanliegen sind dabei zum einen, die Anti-BEPS-Maßnahmen unionsweit im Einklang mit dem bestehenden EU-Recht zu implementieren, und zum anderen, die Umsetzung an sich gleichmäßig zu gestalten.

Letzteres ist von besonders entscheidender Bedeutung: Die anvisierte Behebung von Unstimmigkeiten zwischen den mitgliedstaatlichen Steuerregelungen läuft leer, sofern die Anti-BEPS-Maßnahmen unkoordiniert umgesetzt werden. Dieses Szenario käme einem Besteuerungschaos 2.0 gleich, dem Gegenteil der eigentlichen Zielsetzung.

Die Umsetzung auf EU-Ebene erfolgte seit Dezember 2015 durch Anpassung der vorhandenen Regelungen sowie den Erlass neuer Richtlinienrechts⁸. Auftaktgebend für diesen Prozess waren Änderungen der Amtshilferichtlinie. Hierdurch wurden die Mitgliedsstaaten zunächst zur Offenlegung von sog. Tax Rulings und Advance Pricing Agreements (APAs) verpflichtet⁹. In festgelegten Abständen müssen die Mitgliedsstaaten daher Auskunft darüber geben, in wieweit sie vorab steuerliche Zusagen für grenzüberschreitende Transaktionen erteilt haben. Dies soll verhindern, dass nationale Behörden Sonderkonditionen mit einzelnen Unternehmen vereinbaren, die zwar dem eigenen Staat nutzen, die übrigen Mitgliedsstaaten jedoch benachteiligen.

Darüber hinaus wurde das sog. Country-by-Country-Reporting eingeführt, welches einen verbesserten Informationsaustausch unter den Finanzbehörden gewährleisten soll¹⁰.

Herzstück der BEPS-Implementierung ist die Anti-BEPS-Richtlinie (englisch: Anti-Tax-Avoidance-Directive, ATAD), welche zahlreiche Aktionspunkte des BEPS-Projekts umsetzt und den Mitgliedsstaaten Vorgaben für Missbrauchsverhinderungsvorschriften in unterschiedlichen Bereichen vorgibt. Durch die Ende Mai 2017

⁸ Änderungen der Amtshilferichtlinie DAC3 am 8.12.2015 sowie DAC4 am 25.5.2016, Erlass der Anti-BEPS-Richtlinie ATAD am 12.7.2016 und Beschluss vom 21.2.2017 auf deren Erweiterung als ATAD2.

⁹ Vgl. zu Aktionspunkt 5: OECD (2015), *Countering Harmful Tax Practices More Effectively, Taking into Account Transparency and Substance*, Action 5 - 2015 Final Report, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241190-en>

¹⁰ Vgl. zu Aktionspunkt 13: <http://www.oecd.org/tax/guidance-on-the-implementation-of-country-by-country-reporting-beps-action-13.pdf>.

eingeführte ATAD 2 wurden weitere Maßnahmen ergänzt, um hybriden Gestaltungen entgegenzuwirken¹¹. Letztere nutzen den Umstand, dass verschiedene Jurisdiktionen einen grenzüberschreitenden Sachverhalt steuerlich unterschiedlich behandeln, um eine doppelte Nichtbesteuerung oder einen doppelten Abzug zu erreichen¹². Durch das inzwischen ergänzte ATAD Richtlinienrecht können hybride Gestaltungen nun sowohl zwischen zwei Mitgliedsstaaten als auch in Drittstaatenfällen verhindert werden¹³.

Weitere Regelungsfelder der ATAD sind die Zinsabzugsbeschränkung sowie die Wegzugs- und Hinzurechnungsbesteuerung, allesamt flankiert von einer allgemeinen Missbrauchsvermeidungsvorschrift¹⁴.

Sämtliche dieser Instrumentarien sind gem. Art. 3 ATAD als „Mindestschutz“, Art. 3 ATAD, zu verstehen. Für alle Vorschriften belässt der Unionsgesetzgeber daher den Mitgliedsstaaten die Möglichkeit, strengere Abwehrregelungen bzw. ein höheres Schutzniveau festzusetzen als in der Richtlinie vorgeschrieben¹⁵.

Im Schrifttum wird diesbezüglich häufig die Kritik geäußert, eine solche de minimis-Richtlinie sei ungeeignet einer Marktfragmentierung vorzubeugen, da die Mitgliedsstaaten nach wie vor strengere Regelungen einführen können¹⁶.

Dieser Kritik lässt sich entgegenhalten, dass es dem Unionsgesetzgeber für eine Vollharmonisierung im Bereich direkter Steuern an einer Kompetenzzuweisung fehlt.

Für die Gesetzgebung auf Unionsebene gelten darüber hinaus das Prinzip der begrenzten Einzelermächtigung sowie die Grundsätze der Subsidiarität und Verhältnismäßigkeit¹⁷.

¹¹ Deutsche Steuer-Zeitung vom 1.4.2017, Seiten 221-222.

¹² Vgl. Linklaters „Steuern Kompakt“ vom 16.10.2016, http://linklaters.de/fileadmin/redaktion/Steuerrecht/Steuern_Kompakt/2016/Steuern_Kompakt_161028.pdf (Abruf: 15.10.2017).

¹³ Vgl. zu Aktionspunkt 2: OECD (2015) Neutralising the effects of Hybrid Mismatch Arrangements, Action 2, 2015 Final Report, OECD/G20, Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241138-en>.

¹⁴ EHRMANN/VON WALLIS IN HOEREN/SIEBER/HOLZNAGEL, *Multimedia-Recht*, Teil 27; Rn. 169 f.

¹⁵ FEHLING DANIEL, DER BETRIEB vom 9.12.2016, Seite 2862.

¹⁶ Ebd., IStR 2016 S. 797 (798): „(Schein-)Harmonisierung“; vgl. auch LÜDICKE/OPPEL, DER BETRIEB vom 11.3.2016 S. 549 (550, 555); EILERS/OPPEL, IStR 2016 S. 312 (313, 319).

¹⁷ Art. 5 EUV.

Im Gegensatz etwa zu Verordnungen¹⁸ zielt der hier gewählte Rechtsakt „europäische Richtlinie“¹⁹ nicht auf Rechtsvereinheitlichung, sondern auf Rechtsangleichung ab. Der den Mitgliedsstaaten verbleibende Umsetzungsspielraum ist damit vielmehr der Rechtsnatur der Handlungsform als der besonderen Gestaltungsform dieser Richtlinie geschuldet²⁰.

Ziel der ATADs ist es, den Binnenmarkt vor aggressiven Steuergestaltungen und schädlichem Steuerwettbewerb zu schützen. Insofern ist es nur konsequent, den Mitgliedsstaaten freizustellen, national einen höheren Schutzstandard einzuführen, sofern sie dies für erforderlich halten.

Im Rahmen der Anti-BEPS-Legislation ist der europäische Gesetzgeber also nicht unzureichend tätig geworden, sondern er hat den ihm kompetenziell zugestandenem Aktionsraum bestmöglich ausgeschöpft.

Eine weitere Besonderheit dieser transnationalen Gesetzgebung ist die umfassende Integration sämtlicher für den Umsetzungserfolg relevanter Akteure. Neben einem Grundgerüst an Rechtsvorschriften bezieht der Unionsgesetzgeber auch die Finanzverwaltungen über verschiedene Institute zum Informationsaustausch mit ein und schafft schließlich sogar einen eigenen Streitschlichtungsmechanismus für länderübergreifende Steuerstreitigkeiten²¹. Damit sind die Maßnahmen nicht nur konsistent implementiert, sondern durch die Einbeziehung verschiedener Ebenen auch innovativ und umsichtig konzipiert.

5. *Resümee*

Von der Wirtschaftskrise über die Flüchtlingskrise bis hin zur Europakrise inklusive BREXIT ließe sich ein dramatischer wie pessimistischer Rückblick des vergangenen europäischen Jahrzehnts konstruieren.

Ein solches Bild spiegelt die aktuelle Lage jedoch unzutreffend wieder, wenn man berücksichtigt, wie selbstkritisch und entschlossen die Kommission ihre Neuausrichtung in Strategiepapier-

¹⁸ Art. 288 Abs. 2 AEUV.

¹⁹ Art. 288 Abs. 3 AEUV.

²⁰ Vgl. zu den Handlungsformen gem. Art. 288 AEUV: NETTESHEIM in GRABITZ/HILF/NETTESHEIM, *Das Recht der Europäischen Union*, Rn. 104.

²¹ hierzu: [http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/599273/EPRS_BRI\(2017\)599273_EN.pdf](http://www.europarl.europa.eu/RegData/etudes/BRIE/2017/599273/EPRS_BRI(2017)599273_EN.pdf) (Abruf: 15.10.2017).

ren wie dem Weißbuch oder den Reflexionspapieren angeht. Das Themengebiet Digitalisierung²² oder der Rechtsbereich Kartellrecht²³ sind darüber hinaus zwei wichtige moderne sowie transnationale Kompetenzfelder, in denen die Europäische Union inzwischen eine entscheidende Rolle einnimmt.

Im Zuge der BEPS-Implementierung haben die Mitgliedsstaaten erkannt, dass eine national isolierte Steuerpolitik den Anforderungen der modernen Wirtschaftstätigkeit nicht mehr gerecht wird. Welche Gefahren Protektionismus und Abschottung in diesem Bereich mit sich bringen, wurde spätestens anhand der großen Enthüllungskampagnen der letzten Jahre deutlich.

In ihrem Reflexionspapier zur Globalisierung nennt die Europäische Kommission Steuerschlupflöcher in internationalen Regelungswerken als eine der zentralen gemeinsamen Herausforderungen, um den europäischen Wirtschaftsraum wettbewerbsfähig zu halten²⁴. Neben der Sicherung des Steueraufkommens der EU-Mitgliedsstaaten soll die Optimierung der europäischen Steuergesetzgebung auch dem Eindruck entgegenwirken, die globale Integration käme ausschließlich großen Unternehmen und wohlhabenden Bürgern zugute²⁵. Politisch nutzt die EU mit diesem Vorhaben somit eine entscheidende Möglichkeit, das Vertrauen der Bürger in die Gerechtigkeit des Steuersystems wiederzugewinnen.

Bei der Realisierung des BEPS-Projekts erwies sich der Unionsgesetzgeber als handlungsfähig und kompetent. Bereits das dem Vorhaben zugrunde liegende Konzept ist einsichtig: Eine globale Wirtschaftstätigkeit bringt länderübergreifende Herausforderungen mit sich, zu deren Bewältigung traditionelle nationalstaatliche Instrumentarien nicht mehr ausreichend sind. In Form der Richtlinie erfolgte die Lösung hier einerseits länderübergreifend und koordiniert, gleichzeitig aber individualisiert, lokal und souverän.

²² Vgl. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-1784_de.htm, Pressemitteilung der europäischen Kommission zu ihrem Beschluss, eine Strafzahlung von Google zu fordern wegen Ausnutzung einer marktbeherrschenden Position als Suchmaschinenbetreiber (Abruf: 15.10.2017).

²³ Vgl. http://europa.eu/rapid/press-release_IP-17-3701_de.htm, http://europa.eu/rapid/press-release_IP-16-2923_de.htm zu den Kommissionsbeschlüssen gegenüber Luxemburg und Irland, Steuern von Amazon bzw. Apple zurückzufordern, da diese den Unternehmen Vorteile entgegen der EU-Beihilferichtlinie gewährten.

²⁴ Reflexionspapier Globalisierung Meistern, S. 9; https://ec.europa.eu/commission/sites/beta-political/files/reflection-paper-globalisation_de.pdf.

²⁵ Ebd.

Insoweit ist die europäische Gesetzgebung zur Bekämpfung der Steuervermeidung multinationaler Unternehmen ein Vorzeigebispiel für die transnationale Kooperation in einer integrierten Marktwirtschaft und ein wichtiger Schritt für die Neuausrichtung der Union im globalisierten Wirtschaftsumfeld.

Anhand der BEPS-Implementation hat die EU für ihre Kernkompetenz „Binnenmarkt“ gezeigt, wie sie durch gemeinschaftliche Optimierung wirtschaftliche Schwachstellen beseitigt, um gestärkt neue Herausforderungen anzunehmen.

JULIA WITTING - LEONARD LEDL*

II
ERWEITERUNG UM JEDEN PREIS?
DEMOKRATIE UND RECHTSSTAATLICHKEIT
IM EU-BEITRITTSPROZESS

Pursuant to the Copenhagen criteria, democracy and the rule of law are essential conditions for an accession to the EU. The lack of a common understanding of these notions among Europeans gives rise to various problems which the author will illustrate using the example of Macedonia.

SUMMARY: 1. Leere Versprechungen? – 2. Die EU-Beitrittsvoraussetzungen. – 2.1. Die allgemeinen Beitrittsvoraussetzungen. – 2.2. Besondere Anforderungen für die Länder des Westbalkans. – 3. Demokratie und Rechtsstaatlichkeit als Voraussetzungen für die Unionsmitgliedschaft. – 3.1. Europäisch ist gleich demokratisch? – 3.2. Politische Absichtserklärungen. – 3.3. Politische Konditionalität im Beitrittsprozess. – 3.4. Der Eingang ins Primärrecht. – 3.5. Demokratie und Rechtsstaatlichkeit für Mazedonien. – 3.6. Mangelnde Konkretisierung. – 4. Die Beitrittspraxis: Eine Analyse anhand der mazedonischen Fortschrittsberichte. – 4.1. Europäischer Standard? – 4.2. Widersprüchliche Bewertungen. – 4.2.1. Der Vergleich zu EU-Mitgliedern. – 4.2.2. Innerstaatliche Entwicklungen. – 4.3. Die Quellenlage der Kommission. – 5. Fazit.

* Studenten del Corso di Laurea in Giurisprudenza presso l'Università di Monaco di Baviera (LMU München). Per la redazione di questo elaborato si ringraziano il prof. Rudolf Streinz (LMU München) e la prof.ssa Patricia Wiater, per i buoni spunti e indicazioni che hanno fornito e per l'escursione in Macedonia, la quale ha reso possibile la ricerca in preparazione di questo articolo.

1. Leere Versprechungen?

Auch 2014 stehen die Chancen für die ehemalige Jugoslawische Republik Mazedonien¹ schlecht. Der EU-Beitritt wird voraussichtlich weiterhin nicht in greifbare Nähe rücken. Zwar wurde Mazedonien im Dezember 2005 der Status eines Bewerberlandes verliehen² Jedoch ist der Beitrittsprozess seither erheblich ins Stocken geraten. Dies mag auf den ersten Blick verwundern. Schließlich wiederholt die EU-Kommission seit 2009 alljährlich ihre Empfehlung, die Beitrittsverhandlungen mit Mazedonien aufzunehmen³. Die politischen Voraussetzungen der Kopenhagener Kriterien seien erfüllt; der Rat müsse nun endlich die Beitrittsverhandlungen eröffnen⁴. Wieso geschieht dies nicht? Der langjährige Namensstreit zwischen Mazedonien und Griechenland erscheint hier als Quell allen Übels. Nach griechischer Ansicht ist Mazedonien eine historische Region, die auch Teile Nordgriechenlands umfasst. Der Staatsname „Republik Mazedonien“ sei daher ein Versuch, die territoriale Integrität Griechenlands in Frage zu stellen und Gebietsansprüche geltend zu machen⁵. Seit der Versagung der NATO-Mitgliedschaft aufgrund der Namensfrage scheint es daher allgemeiner Konsens zu sein, den Stillstand des Beitrittsprozesses allein Athen zuzuschreiben⁶. Die griechische Blockadehaltung wird heftig kritisiert und zugleich vor einer weiteren Verzögerung des Beitritts gewarnt. Rhetorisch werden dabei vonseiten der Kommission schwere Geschütze aufgeföhren⁷. Es wird eindring-

¹ Der offizielle Staatsname ist laut mazedonischer Verfassung „Republik Mazedonien“. Allerdings wird in Internationalen Organisationen die Bezeichnung „ehemalige Jugoslawische Republik Mazedonien“ (engl. former Yugoslavian Republic of Macedonia - FYROM) verwendet entsprechend der Resolution des UN-Sicherheitsrats S/RES/817/1993. Im vorliegenden Text wird der Verständlichkeit halber die Kurzform „Mazedonien“ verwendet.

² Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Brüssel vom 15./16. Dezember 2005, SN 180/1/93, § 24.

³ FÜLE, EU-Kommissar für Erweiterung, Rede vom 16.10.2013 im Komitee für Auswärtige Angelegenheiten des EU-Parlaments, abrufbar unter: http://europa.eu/rapid/press-release_SPEECH-13-816_en.htm (zuletzt abgerufen am 3.11.2013).

⁴ EU-Kommission, Erweiterungsstrategie und wichtigste Herausforderungen 2013-2014, COM (2013) 700 final/2, S. 21.

⁵ Vgl. CZYMMEK, *Internationaler Gerichtshof stärkt Mazedonien*, Länderbericht Mazedonien, Konrad-Adenauer-Stiftung, 6.12.2011.

⁶ TZIAMPIRIS, *Southeast European and Black Sea Studies*, 2012, Vol. 12 Nr. 1, S. 164; FOUÉRE, Policy Brief, *Macedonia - A country in crisis*, Nr 299, Centre for European Policy Studies, 13.9.2013, S. 1.

⁷ Wenn auch die Kommission ihre Kritik gegen den Rat richtet und Grie-

lich vor einem Verlust der Glaubwürdigkeit der EU gewarnt sowie die Gefährdung nachhaltiger Reformbemühungen attestiert. Gleichzeitig werden die positiven Effekte einer fortschreitenden Integration bemüht. Von einer Stabilisierung der gesamten Balkanregion, der Verbesserung der Beziehungen ganzer Volksgruppen sowie dem Anstoß einer neuen Reformdynamik ist die Rede⁸.

Studien und Analysen vieler Forschungsstellen und Nichtregierungsorganisationen zeigen allerdings ein anderes Bild der politischen Lage des Landes. Eine „semi-konsolidierte Demokratie“⁹, die nicht auf rechtsstaatlichen Prinzipien beruht¹⁰ – entspricht das den Vorstellungen der EU von einem aufnahmefähigen Bewerberstaat? Sind die politischen Voraussetzungen im Vergleich zur wirtschaftlichen Leistungsfähigkeit eines Landes für einen EU-Beitritt in Anbetracht der andauernden Finanzkrise weniger wichtig geworden? Die Kommission erklärt in ihrer neuesten Erweiterungsstrategie Rechtsstaatlichkeit und Demokratie als „Grundprinzipien“ und „Mittelpunkt des Erweiterungsprozesses“ und unterstreicht damit deren Stellenwert neben der wirtschaftlichen Beitrittsfähigkeit¹¹. Es stellt sich daher die Frage, welche Bedeutung Rechtsstaatlichkeit und Demokratie als Teil der Kopenhagener Kriterien 20 Jahre nach ihrer Deklaration heute für den Beitritt zur Union haben. Ist die Erfüllung dieser politischen Vorgaben tatsächlich EU-Beitrittsvoraussetzung?¹² Oder sind die vielzitierten „Europäischen Werte“¹³ nicht viel mehr als die Proklamation einer Hoffnung, im besten Fall eine „self-fulfilling prophecy“¹⁴, dass zukünftige Mitgliedsländer unter dem Schirm der EU zu vorbildlichen Demokratien und Rechtsstaaten heranwachsen?

chenland nie direkt als verantwortlich für den Stillstand des Beitrittsprozesses be-
zichtigt.

⁸ EU-Kommission (Fn. 4), S. 22 f.

⁹ Vgl. Nations in Transit 2013, Tabel 10; „Semi-consolidated Democracy“ Regime-Klassifikation der Nichtregierungsorganisation „Freedom House“, <http://www.freedomhouse.org/report-types/nations-transit>, (zuletzt abgerufen am 3.1.2014).

¹⁰ BARBER, *Macedonia: Frustration Rules during Waiting for seat at EU table*, Financial Times Online, 12.9.2013.

¹¹ Vgl. CZYMEK (Fn. 5), S. 2.

¹² Vielfach findet sich die Aussage, die Einhaltung dieser Werte sei bereits Voraussetzung für die zulässige Antragsstellung. So PECHSTEIN, in STREINZ (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 2. Aufl. 2012, Art. 49 EUV Rn. 1; HERRNFELD, in SCHWARZE (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 49 EUV Rn. 5.

¹³ Zur Übersicht der Debatte inwieweit diese Werte überhaupt europäisch oder doch vielmehr universell sind: HESCHL, *Die politische Rhetorik der Europäischen Kommission*, 2013, S. 333.

¹⁴ GEHLER, *Europa, Ideen Institutionen Vereinigung*, 2010, S. 533 f.

Dieser Aufsatz zeigt zunächst die theoretischen Voraussetzungen für einen EU-Beitritt am Beispiel Mazedoniens auf (II. Teil). In Teil III wird die prominente Rolle der Kriterien Demokratie und Rechtsstaatlichkeit als Teil der Kopenhagener Kriterien in den beitriffsrelevanten Dokumenten sowie deren historische Entwicklung dargestellt. Im Anschluss wird die evaluierte Rechtslage mit der tatsächlichen Beitrittsprozesspraxis der EU in Kontext gesetzt. Durch eine Analyse der jährlichen Fortschrittsberichte der EU-Kommission im IV. Teil des Aufsatzes sollen neue Erkenntnisse gewonnen und dadurch Antworten auf die oben aufgeworfenen Fragen gegeben werden.

2. Die EU-Beitrittsvoraussetzungen

2.1. Die allgemeinen Beitrittsvoraussetzungen

Auf den ersten Blick scheint der Beitritt zur Europäischen Union nur rudimentär geregelt zu sein. Die Voraussetzungen sind primärrechtlich lediglich in Art. 49 des Vertrags über die Europäische Union (EUV) normiert. Demgemäß soll jeder europäische Staat, der die Werte der Union achtet – namentlich die in Art. 2 EUV genannte Menschenwürde, Freiheit, Demokratie, Gleichheit, Rechtsstaatlichkeit und die Menschenrechte einschließlich des Minderheitenschutzes – und sich für ihre Förderung einsetzt, die Mitgliedschaft beantragen können. Durch den Vertrag von Lissabon wurde Art. 49 EUV um folgenden Satz erweitert: „Die vom Europäischen Rat vereinbarten Kriterien werden berücksichtigt.“ Konkret sind damit die sogenannten Kopenhagener Kriterien gemeint¹⁵. Beitrittswilligen EU-Anwärterstaaten müssen diesen zufolge für die Mitgliedschaft

„[...] eine institutionelle Stabilität als Garantie für demokratische und rechtsstaatliche Ordnung, für die Wahrung der Menschenrechte sowie die Achtung und den Schutz von Minderheiten verwirklicht haben“¹⁶.

Diese systematisierend als politische Voraussetzungen bezeichneten Vorgaben werden durch weitere Bedingungen ergänzt.

¹⁵ Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Kopenhagen, 21.-22.6.1993, Bull. EG 6-1993, 13; für eine weite Auslegung dieses Satzes als flexibel erweiterbares „Beitrittsinstrument“ TERHECHTE, EuR 2008, 151.

¹⁶ Schlussfolgerungen des Europäischen Rates von Kopenhagen (Fn. 15).

Dazu gehören eine funktionsfähige Marktwirtschaft, die dem Wettbewerb des EU-Binnenmarktes gewachsen ist, sowie die Übernahme des gesamten Unionsrechts (*acquis communautaire*)¹⁷. Einen Anspruch auf Beitritt oder die Eröffnung der Beitrittsverhandlungen gibt es jedoch nicht¹⁸. Da sowohl über den Beitritt als auch die Eröffnung der Verhandlungen letztlich der Rat einstimmig entscheidet, hat jeder Mitgliedsstaat gewissermaßen ein Vetorecht bezüglich neuer EU-Anwärter¹⁹.

2.2. *Besondere Anforderungen für die Länder des Westbalkans*

Während die Kopenhagener Kriterien 1993 im Hinblick auf die Osterweiterung der Europäischen Gemeinschaften nach der Auflösung der Sowjetunion formuliert wurden, benötigte die EU nach dem Zerfall Jugoslawiens eine Strategie, um den Westbalkan politisch und wirtschaftlich zu stabilisieren. Daher schuf die Union 1996 ein Regionalkonzept für Bosnien und Herzegowina, Kroatien, die Bundesrepublik Jugoslawien, die Ehemalige Jugoslawische Republik Mazedonien und Albanien, welches diese Länder schrittweise an die EU heranführen und deren Demokratisierung fördern sollte. Der Kosovokrieg 1999 vergegenwärtigte die anhaltende Instabilität auf dem Balkan und forderte eine Vertiefung der sicherheitspolitischen Bemühungen der EU. Im Zuge dessen wurde der Stabilisierungs- und Assoziierungsprozess (SAP) geschaffen, der den südosteuropäischen Staaten erstmals nicht nur Handelserleichterungen und finanzielle Anreize im Gegenzug zu Reformen bot, sondern darüber hinaus langfristig den EU-Beitritt in Aussicht stellte²⁰. Im Rahmen des SAP werden mit den Ländern sogenannte Europäische Partnerschaften auf Grundlage der Verordnung (EG) Nr. 533/2004 geschaffen, die Aktionsbereiche und einen Finanzrahmen für die weitere europäische Integration dieser Staaten festlegen. Die Grundsätze, Prioritäten und Bedingungen dieser Partnerschaften sowie ihre späteren Anpassungen werden durch den Rat

¹⁷ Exemplarisch für diese Differenzierung WIATER, *JuS* 2012, 720 (721).

¹⁸ HERRNFELD (Fn. 12), Art. 49 EUV Rn. 3.

¹⁹ Mit einer ausführlichen Darstellung des Beitrittsverfahrens: HERRNFELD (Fn. 12), Art. 49 EUV Rn. 7 ff.

²⁰ *EU-Kommission*, Mitteilung über den Stabilisierungs- und Assoziierungsprozess für die Länder Südosteuropas - Bosnien und Herzegowina, Kroatien, Bundesrepublik Jugoslawien, Ehemalige Jugoslawische Republik Mazedonien und Albanien, KOM 99/0235 endgültig.

auf Vorschlag der Kommission beschlossen. Zudem können bilaterale Verträge abgeschlossen werden, die sogenannten Stabilisierungs- und Assoziierungsabkommen (SAA). In diesen werden weitere Zielvorgaben vereinbart, die innerhalb eines bestimmten Zeitrahmens verwirklicht werden müssen, um den Beitrittsprozess voranzubringen. Diese Vorgaben konkretisieren die oben genannten allgemeinen Beitrittsvoraussetzungen, teilweise gehen sie aber auch über diese hinaus. Darunter fallen die Einhaltung bestimmter länderspezifischer Verpflichtungen, zum Beispiel die Einhaltung von Friedensverträgen²¹, sowie die Förderung regionaler Zusammenarbeit und Aussöhnung²². Die Überprüfung der Entwicklungen im SAP erfolgt durch die Kommission in jährlichen Fortschrittsberichten. Somit ergibt sich ein sehr umfangreiches Regelwerk des EU-Beitritts; anders als es der erste Blick ins Unionsprimärrecht zunächst vermuten lässt²³.

3. *Demokratie und Rechtsstaatlichkeit als Voraussetzungen für die Unionsmitgliedschaft*

3.1. *Europäisch ist gleich demokratisch?*

Während Art. 2 EUV zwar von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit spricht, „auf die sich die Union gründet“, waren diese Werte jedoch nicht schon von jeher geschriebene Beitrittsvoraussetzungen. Denn die Ziele der Europäischen Gemeinschaften waren laut den Römischen Verträgen vorrangig wirtschaftlicher Natur²⁴. Ebenso wie der Vertrag von Paris zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl aus dem Jahr 1951 sahen sie eine Beitrittsoption für europäische Staaten vor²⁵. Dieses war das einzige geschriebene Kriterium, welches beitragswillige Länder zu erfüllen hatten. Während sich am Merkmal europäisch noch heute die Geister über das geographische und historisch-kul-

²¹ Zum Beispiel *UN-Sicherheitsrat*, S/RES/1244 (1999), die Abkommen von Dayton, Ohrid und Belgrad.

²² TRAUNER, *The Europeanisation of the Western Balkans*, 2011, S. 34 f.

²³ SARCEVIC, *EuR* 2002, 462; eine Zusammenschau aller beitragsrelevanten Dokumente findet sich bei KOCHENOV, *Behind the Copenhagen facade. The meaning and structure of the Copenhagen political criterion of democracy and rule of law*, *European Integration Online Papers*, Vol. 8, Nr. 10, 2004, S. 5 f.

²⁴ BAUER, *Der völkerrechtliche Anspruch auf Demokratie*, 1998, S. 212.

²⁵ KOCHENOV, *EU Enlargement and the Failure of Conditionality*, 2008, S. 18.

turelle Ausmaß Europas scheiden²⁶ – man denke nur an das Beitritts-gesuch der Türkei – umschrieb Robert Schuman dieses Kriterium 1952 auch nicht wesentlich exakter. Beitrittsfähig seien alle Staaten, die „libre de leur choix“ seien²⁷. Er spielte damit auf die Satellitenstaaten der Sowjetunion an, die faktisch keine unabhängigen Entscheidungen ohne politische Einflussnahme der UdSSR treffen konnten. Nach dieser historischen Auslegung des Kriteriums europäisch ist somit auch das politische System des beitragswilligen Staates umfasst. Daher wird teilweise angenommen, dass Demokratie als Beitrittsvoraussetzung bereits dem Kriterium europäisch immanent ist²⁸.

3.2. Politische Absichtserklärungen

Die erste explizite Erwähnung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit auf europäischer Ebene findet sich 20 Jahre vor der Verkündung der Kopenhagener Kriterien. In der Erklärung zur Europäischen Identität des Rates vom 14.12.1973 werden diese Werte als „Grundelemente der europäischen Identität“ bezeichnet, die es zu wahren gilt. Das europäische Einigungswerk stehe allen europäischen Nationen offen, die diese Wertvorstellungen teilen²⁹. Dieses Bekenntnis zu repräsentativer Demokratie und Rechtsstaatlichkeit wird wiederum in der Erklärung zur Demokratie im Jahr 1978 „feierlich“ bekräftigt³⁰. Im selben Jahr hatte der Europäische Gerichtshof in der Rechtssache *Mattheus./Doego* darüber zu entscheiden, ob über das Kriterium europäisch hinaus noch weitere materiell-rechtliche Voraussetzungen für einen Beitritt zu den Europäischen Gemeinschaften zu erfüllen seien und ob deshalb der Beitritt von Spanien, Portugal und Griechenland in absehbarer Zeit möglich sei. Die Kommission erklärte dazu in einer Stellungnahme, dass

²⁶ PECHSTEIN (Fn. 12), Art. 49 EUV Rn. 3.

²⁷ Zitiert nach HOFFMEISTER, *American Journal of International Law*, 2003, S. 664 f.

²⁸ So KOCHENOV (Fn. 25), S. 30; meist wird in der Debatte um das Kriterium europäisch jedoch vorrangig auf geographische sowie kulturell-geistesgeschichtliche Zugehörigkeitsmerkmale abgestellt und die Diskussion um die Beitrittsfähigkeit der Türkei geführt, vgl. hierzu nur PECHSTEIN (Fn. 12) und HERRNFELD (Fn. 12), Rn. 3.

²⁹ Erklärung des Europäischen Rates von Kopenhagen vom 14.12.1973, Bull. EG 12-1973, S. 131-134.

³⁰ Erklärung des Europäischen Rates von Kopenhagen vom 8.4.1978, Bull. EG 3-1978, S. 5.

„die Verfassung des antragstellenden Staates eine pluralistische Demokratie sein [müsse], die in ihrem konstitutionellen Aufbau die Vertretung der diversen politischen Meinungen sowie die zum Schutz der Menschenrechte erforderlichen Verfahren garantiert“³¹.

Die Ähnlichkeit zwischen den Kopenhagener Kriterien und dieser Stellungnahme ist augenfällig. Beide Erklärungen unterscheiden sich im Bereich der politischen Voraussetzungen eines EU-Beitritts lediglich im Hinblick auf den Minderheitenschutz, welcher in der letztgenannten noch fehlt. Hier zeigt sich, dass der politische Teil der Kopenhagener Kriterien 1993 nicht neu „erfunden“ wurde, sondern ihr Inhalt bereits 1978 durch die Kommission vorformuliert wurde³².

Der Gerichtshof selbst antwortete auf die Vorlagefrage – offensichtlich von der Notwendigkeit der weiteren Ausgestaltung der Beitrittsvoraussetzungen überzeugt –, dass die rechtlichen Bedingungen eines solchen Beitritts noch zu bestimmen seien, ohne dass es möglich wäre, ihren Inhalt vorweg unter Einschaltung der Gerichte festzulegen, und erklärte sich für unzuständig³³.

3.3. Politische Konditionalität³⁴ im Beitrittsprozess

In der Beitrittspraxis zeigt sich, dass eine demokratische Verfasstheit der EU-Anwärterstaaten erst ab der zweiten Erweiterungsrunde mit den Beitrittsgesuchen Spaniens, Portugals und Griechenlands entscheidungsrelevant war³⁵. So wurde zum Beispiel nach eigener Aussage der Kommission das Assoziierungsabkommen mit Griechenland aufgrund des Militärputsches 1967 suspendiert und das Beitrittsgesuch Athens erst „nach der Rückkehr zu einer demokratischen Regierungsform“ positiv beantwortet³⁶.

³¹ EuGH, Rs. C-93/78, Slg. 1978, 2203 (2207) - MATTHEUS/DOEGO.

³² KOCHENOV (Fn. 25), S. 33.

³³ EuGH (Fn. 31).

³⁴ Der Begriff „Konditionalität“ wird von der EU häufig als Beitrittsprinzip genannt, jedoch nicht definiert. Eine mögliche Definition liefern SCHIMMELFENNIG/SCHWELLNUS, *Politische Vierteljahresschrift, Sonderheft 38*, 2007, S. 273: „Die politische Konditionalität der EU besteht darin, dass sie den Zielstaaten Belohnungen anbietet, die sie im Gegenzug zur Erfüllung politischer Bedingungen gewährt“.

³⁵ ROMMENS, *The Impact of the European Neighbourhood Policy on Democratization in the South Caucasus*, in FISCHER (Hrsg.), *The EU and Central & Eastern Europe: successes and failures of Europeanization in politics and society*, S. 159.

³⁶ EU-Kommission, *Opinion on Greek application for membership*, COM (76) 30 final, S. 7.

Des Weiteren werden Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in der Stellungnahme der Kommission zum Beitrittsge­such Griechenlands „als gemeinsames Erbe der in den EG zusammengeschlossenen Völker“ postuliert³⁷. Daher findet man in der juristischen Literatur mit Verweis auf diese Kommissionserklärungen häufig die Aussage, Demokratie sei bereits damals ungeschriebene Beitrittsvoraussetzung gewesen³⁸. Allein dem Wortlaut der Erklärungen nach zu urteilen, scheint hier jedoch mehr eine politische Absichtserklärung denn eine tatsächliche Beitrittsvoraussetzung gegeben zu sein. Die Kommission konstatiert nämlich gleichzeitig, dass eine Konsolidierung der griechischen Demokratie eng mit der Beziehung Griechenlands zur EG verbunden sei³⁹. Sie ist sich offensichtlich der Stabilität der Regierungsform zu diesem Zeitpunkt selbst nicht sicher. Darüber hinaus fällt das von der Kommission bezeichnete Datum der Wiederherstellung der Demokratie auf. Es ist der Tag der Amtseinführung Konstantinos Karamanlis als griechischer Premierminister. Am 24.7.1974 fanden jedoch keine Parlamentswahlen statt, sondern Karamanlis kehrte nach elf Jahren aus dem selbstgewählten Exil zurück und wurde noch in der Nacht seiner Ankunft als neuer Regierungschef vereidigt. Zwar löste er damit die herrschende Militärdiktatur ab, die demokratische Legitimation durch Wahl des griechischen Volkes erfolgte jedoch erst vier Monate später. Die Änderung der Staatsform durch Verfassungsänderung hin zu einer parlamentarischen Demokratie erfolgte sogar noch später – 1975. Rückblickend kann Karamanlis Amtsübernahme zwar als Beginn eines Transformationsprozesses von einer Militärdiktatur hin zu einer pluralistischen Demokratie gesehen werden. Sogar die aktuelle griechische Verfassung spricht jedoch von einer Rückkehr der Demokratie an ihren Geburtsort erst ab der Verfassungsverabschiedung im Jahr 1975⁴⁰. Am 24.7.1974 war nach allgemeinem Verständnis die Demokratie somit noch nicht wiederhergestellt⁴¹. Hier lässt sich daher allenfalls die politische Bestrebung der Kommission ablesen, den Demokra-

³⁷ Erklärung des Europäischen Rates vom 8.4.1978, Bulletin EG Nr. 3/1978, S. 5; *EU-Kommission*, Stellungnahme vom 23.5.1979 zum Beitrittsantrag Griechenlands, ABl. 1979 Nr. L 291/3.

³⁸ So VEDDER, in GRABITZ/HILF/VEDDER (Hrsg.), EU, Art. 49 EUV Rn. 13; ebenso HERRNFELD (Fn. 12), Art. 49 EUV Rn. 5.

³⁹ *EU-Kommission* (Fn. 36).

⁴⁰ Vgl. Vorwort der griechischen Verfassung vom 27.5.2008.

⁴¹ KASSIMERIS, *Journal of Contemporary History*, 2005, S. 745.

tisierungsprozess in Griechenland durch eine Einbindung in die EG voranzutreiben und zu stabilisieren. Die gleiche Vorgehensweise der EG findet sich auch bei den Beitritten Spaniens und Portugals, welche ebenfalls einen „Vertrauensvorschuss hinsichtlich ihrer weiteren staatsrechtlichen Entwicklung“ von der EG und ihren Mitgliedsländern erhielten⁴². Es ist daher fraglich, inwieweit die Schlussfolgerung, mehrere Werte des Art. 2 EUV – insbesondere Demokratie – hätten bereits zu diesem Zeitpunkt als ungeschriebene Beitrittsvoraussetzungen gegolten, tatsächlich zutrifft.

3.4. *Der Eingang ins Primärrecht*

Im Primärrecht der Europäischen Gemeinschaften fanden Demokratie und Rechtsstaatlichkeit erstmals Erwähnung in der Einheitlichen Europäischen Akte von 1987. Während sie dort noch lediglich in der Präambel angeführt wurden, nahm ihre Bedeutung von da an stetig zu. So wurde im Vertrag von Maastricht bereits im Vertragstext selbst auf diese Werte Bezug genommen. Im nachfolgenden Vertrag von Amsterdam – dort noch als Grundsätze (Art. 6 EUV a.F.) bezeichnet – wurden Demokratie und Rechtsstaatlichkeit schließlich als Beitrittsvoraussetzungen in das Primärrecht aufgenommen⁴³. Zudem wurde ein Sanktionsmechanismus eingeführt, der systematische Verletzungen dieser Grundsätze durch die Mitgliedsstaaten verhindern soll⁴⁴. Im aktuell geltenden Vertrag von Lissabon werden diese jetzt als „Werte“ bezeichnet und sind über Art. 2 EUV und die Verweisung des Art. 49 Abs. 1 S. 4 EUV auf die Kopenhagener Kriterien doppelt im Primärrecht fixiert. Folgt man der historischen Auslegung des Kriteriums europäisch, ergibt sich zumindest für die Beitrittsvoraussetzung Demokratie sogar eine dreifache primärrechtliche Verankerung. Der Katalog dieser Werte wurde im Lissabonvertrag darüber hinaus um den Minderheitenschutz ergänzt, so dass nun alle politischen Voraussetzungen der Kopenhagener Kriterien im EU-Vertrag normiert sind. Die Kopenhagener Kriterien haben somit ihre zentrale Rolle als Regelungsinstrument im Beitrittsverfahren konsolidiert.

⁴² LAASER, *Ordnungspolitik und Strukturwandel im Integrationsprozeß: das Beispiel Griechenlands, Portugals und Spaniens*, Kieler Studien des Instituts für Weltwirtschaft, Nr. 287, 1997, S. 137.

⁴³ HERRNFELD (Fn. 12), Art. 49 EUV Rn. 5.

⁴⁴ GRUBER, *Wilder Osten oder Herz Europas? Die Slowakei als EU-Anwärterstaat*, S. 152; bzw. ebenso GEHLER, *Europa*, 2010, S. 398.

3.5. *Demokratie und Rechtsstaatlichkeit für Mazedonien*

Für den EU-Beitritt Mazedoniens finden sich die Kriterien Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in allen maßgeblichen beitriffsrelevanten Quellen. Sie sind dabei nicht nur in den allgemeinen Beitrittsbedingungen des Art. 49 EUV in Verbindung mit den Kopenhagener Kriterien genannt, sondern werden sowohl in den Dokumenten des SAP, im SAA, sowie dem Partnerschaftsabkommen als wichtige Integrationsvoraussetzungen angeführt. Demnach haben Demokratie und Rechtsstaatlichkeit als geschriebene Beitrittsvoraussetzungen einen sehr hohen Stellenwert.

3.6. *Mangelnde Konkretisierung*

Aufgrund der vielfachen Nennung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in den Beitrittsdokumenten könnte man daher annehmen, die EU habe eine sehr genaue Vorstellung dieser zwei Begriffe, die ihr offenkundig so wichtig sind. Interessanterweise findet sich jedoch keine Konkretisierung oder gar eine Legaldefinition dieser beiden Kriterien im Primärrecht. Für Mazedonien findet sich lediglich im Beschluss des Rates vom 18.2.2008 über die Grundsätze, Prioritäten und Bedingungen der Beitrittspartnerschaft genaueres. Dort werden unter der Überschrift „Demokratie und Rechtsstaatlichkeit“ die Umsetzung des Rahmenabkommens von Ohrid⁴⁵, sowie konkrete Maßnahmen im Bereich des Parlaments und der Wahlen sowie der Regierung, der öffentlichen Verwaltung, des Justizsystems und der Korruptionsbekämpfung gefordert. Diese länderspezifischen Vorgaben lassen den Schluss zu, dass es sich hierbei nicht um eine allgemeingültige Definition von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit handeln kann. Aber kann es eine solche Definition oder zumindest eine weitergehende Konkretisierung überhaupt geben? Hierfür wäre ein einheitlich europäisches Selbstverständnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit notwendig. Jedoch sind sowohl das Demokratie- als auch das Rechtsstaatsprinzip in der Union und in den Mitgliedstaaten unterschiedlich verwirklicht⁴⁶. Denkt man nur an die verschiedenen

⁴⁵ Das Ohrider Rahmenabkommen beendigte den bewaffneten Konflikt zwischen ethnisch mazedonischen Sicherheitskräften und der Nationalen Befreiungsarmee (NLA), einer Gruppe albanischer Mazedonier. Es wurde im August 2001 unter Vermittlung der EU und anderer internationaler Akteure geschlossen; vgl. TRAUNER (Fn. 22), S. 111.

⁴⁶ HILF/SCHORKOPF, in GRABITZ/HILF/NETTESHEIM (Hrsg.), *Das Recht der Europäischen Union*, 2013, Art. 2 EUV Rn. 35.

Ausformungen der Verfassungen der Mitgliedstaaten, so scheint es kaum möglich von einem einheitlichen europäischen Selbstverständnis von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit zu sprechen⁴⁷. Es lässt sich festhalten, dass mangels primärrechtlicher Definitionen und eines wohl schwer zu ermittelnden einheitlichen europäischen Verständnisses dieser Werte einen erheblichen Interpretationsspielraum des Art. 2 EUV eröffnen⁴⁸.

4. *Die Beitrittspraxis - Eine Analyse anhand der mazedonischen Fortschrittsberichte*

Die fehlende primärrechtliche Konkretisierung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit eröffnet der EU unbestreitbar einen weiten Ermessensspielraum, der integrationspolitisch genutzt werden kann⁴⁹. Inwieweit dies insbesondere durch die Kommission und ihrer Bewertung der Beitrittskandidaten geschieht, soll hier am Beispiel Mazedoniens veranschaulicht werden.

4.1. Europäischer Standard?

Das erste Mal versuchte sich die Kommission im Jahr 2000 an einer genaueren Bestimmung von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit. In ihrer Stellungnahme zu den Beitrittsanträgen der Osterweiterungsländer konkretisierte sie das Demokratieprinzip innerhalb der politischen Kriterien. Nach ihrer Auffassung müsse die Verfassung und Verfassungswirklichkeit die politische Pluralität, freie und geheime Wahlen garantieren und einen Machtwechsel im System ermöglichen⁵⁰. Im aktuellen Fortschrittsbericht für Mazedonien über die Erfüllung der Beitrittsvoraussetzungen evaluiert die Kommission Demokratie und Rechtsstaatlichkeit ebenfalls als Teil der politischen Kriterien. Unter den Gliederungspunkten Verfassung, Wahlen, Parlament, Regierung, Öffentliche Verwaltung, Ombudsmann, Zivilgesellschaft, Justizsystem sowie Kampf gegen Korruption und organisiertes Verbrechen folgen Ausführungen

⁴⁷ KNAUFF, *DÖV 2010*, 631 (634) konstatiert, Demokratie iSv Art. 2 EUV umfasse sogar „nicht mehr als die Erfüllung demokratischer Mindestanforderungen“ und im Umkehrschluss somit lediglich Autokratien und schein-demokratische Regime als nicht beitriffähig.

⁴⁸ HILF/SCHORKOPF (Fn. 46), Rn. 46.

⁴⁹ HILF/SCHORKOPF (Fn. 46), Rn. 46.

⁵⁰ HILF/SCHORKOPF (Fn. 46), Rn. 29.

über politische und rechtliche Entwicklungen in diesen Bereichen. Dabei verwendet die EU-Kommission mehrfach den „Europäischen Standard“ als Referenzgröße. Sie attestiert der Verfassung und dem Justizsystem Mazedoniens die weitgehende Erfüllung dieses Europäischen Standards⁵¹. Was sie darunter versteht, ist jedoch nicht ersichtlich. Wie bereits erörtert, scheint ein unionaler Standard insbesondere bezüglich der Verfassungen der Mitgliedsstaaten in Anbetracht der verschiedensten Ausgestaltungen derselbigen schwer feststellbar. Man denke dabei nur an Großbritannien, wo es sogar keine geschriebene Verfassung gibt. Der Ausdruck „Europäischer Standard“ scheint hier mehr rhetorische Zwecke zu erfüllen, denn tatsächlich existent zu sein⁵².

4.2. Widersprüchliche Bewertungen

Betrachtet man den aktuellen Fortschrittsbericht der EU-Kommission, so steht die Aussage „Overall, the country continues to sufficiently meet the political criteria“ im Vordergrund⁵³. Diese wird teilweise durch die detaillierten Ausführungen der einzelnen Punkte gestützt. Wie oben dargestellt, wird der Verfassung ein weitgehendes Übereinstimmen mit dem Europäischen Standard attestiert⁵⁴, die Regierung weiterhin als stabil bezeichnet⁵⁵ und die Reformen des Justizsystems werden als abgeschlossen angesehen⁵⁶.

4.2.1. Der Vergleich zu EU-Mitgliedern

Vergleicht man die zentralen Aussagen der Kommission mit den Einschätzungen und Bewertungen verschiedener Nichtregierungsorganisationen (NRO), so stößt man beinahe bei allen Punk-

⁵¹ Vgl. *EU-Kommission*, Mazedonien 2013 Fortschrittsbericht, SWD(2013) 413 final: „... it (the Constitution) is broadly in line with European standards“, S. 5; „Judicial System: [...] reforms [...] in line with European standard“, S. 10; „implementation of European standard relating to independence and quality of justice“, S. 39.

⁵² Ausführlich zur politischen Rhetorik der Kommission bezüglich „Europäischer Werte“: HESCHL, *Die politische Rhetorik der Europäischen Kommission*, 2013, S. 335 ff.

⁵³ Extract from the Communication from the Commission to the European Parliament and the Council ‘Enlargement Strategy and Main Challenges 2013-2014’, COM(2013) 700 final, S. 1.

⁵⁴ *EU-Kommission* (Fn. 51), S. 5.

⁵⁵ *EU-Kommission* (Fn. 51), S. 8.

⁵⁶ *EU-Kommission* (Fn. 51), S. 10.

ten auf Widersprüche. Freedom House beispielsweise stuft Mazedonien bezüglich seines Democracy Score gerade noch als „Semi-Consolidated Democracy“ ein⁵⁷. Vergleicht man hierzu die von der Weltbank veröffentlichten Daten des Worldwide Governance Indicators (WGI)⁵⁸, so kommt man zu einem ähnlichen Ergebnis. Hier befindet sich Mazedonien bei einer Skala von -2,5 bis 2,5 bezüglich Korruption, der Effektivität der Regierung, der politischen Stabilität und der Rechtsstaatlichkeit zumeist leicht im negativen Bereich⁵⁹. Betrachtet man nun mit Griechenland, das neben Bulgarien, Rumänien und Kroatien am schwächsten bewertete EU-Land, und das in letzter Zeit wegen defizitärer Rechtsstaatlichkeit stark in die Kritik geratene Ungarn⁶⁰, so bestätigt sich das entstandene Bild. Selbst Ungarn wird von Freedom House noch als „Consolidated Democracy“ eingestuft und befindet sich somit eine Bewertungsstufe über Mazedonien. Auch die Weltbank bewertet Ungarn im Bereich Korruption, Effektivität der Regierung, Rechtsstaatlichkeit und politischer Stabilität besser als Mazedonien. Im Vergleich mit Griechenland wird Mazedonien lediglich im Bereich der Korruption besser eingestuft. Bezüglich der weiteren betrachteten Vergleichswerte bleibt Mazedonien auch hier hinter dem EU-Mitglied zurück. Als positives Beispiel kann man in diesem Vergleich Finnland erwähnen. Dieses ist mit WGI-Werten um die 2,0 unter den besten EU-Vertretern. Dieser Vergleich verdeutlicht, welches Entwicklungspotential es in Mazedonien noch auszuschöpfen gilt.

⁵⁷ Vgl. (Fn. 9). Der Democracy Score wird gebildet aus dem Durchschnitt der Einzelbewertungen in den Bereichen Electoral Process, Civil Society, Independent Media, National Democratic Governance, Local Democratic Governance, Judicial Framework and Independence und Corruption. Das Rating basiert auf einer Skala von eins bis sieben, wobei eins das höchste Niveau eines demokratischen Prozesses darstellt und sieben das niedrigste.

⁵⁸ Die Worldwide Governance Indicators (WGI) bewerten sechs Dimensionen der jeweiligen Regierung: Voice and Accountability, Political Stability and Absence of Violence, Government Effectiveness, Regulatory Quality, Rule of Law, Control of Corruption. Die WGI werden von Kaufmann (Revenue Watch und Brookings Institution), Kraay (World Bank Development Research Group) und Mastruzzi (World Bank Institute) erstellt, <http://info.worldbank.org/governance/wgi/index.aspx#home>, (zuletzt abgerufen am 3.1.2014).

⁵⁹ http://databank.worldbank.org/data/views/variableselection/selectvariables.aspx?source=worldwide-governance-indicators#c_m, (zuletzt abgerufen am 29.12.2013).

⁶⁰ Vgl. Süddeutsche Zeitung vom 3.5.2013, *Demokratie in Ungarn - So hebt man einen Rechtsstaat aus*, <http://www.sueddeutsche.de/politik/demokratie-in-ungarn-so-hebt-man-einen-rechtsstaat-aus-1.1664029>, (zuletzt abgerufen am 2.1.2014); Müller, *Wo Europa endet*, 2013, S. 9.

4.2.2. Innerstaatliche Entwicklungen

Legt man nun den Fokus auf die Entwicklung Mazedoniens zwischen 2009 und 2013, den Jahren der erstmaligen sowie der aktuellen Beitrittsempfehlung der Kommission, so zeigen sich auch hier deutliche Abweichungen. Während die EU-Kommission beinahe ausnahmslos von einem Fortschritt spricht, sehen sowohl Freedom House als auch die Weltbank die Entwicklung der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit Mazedoniens der letzten Jahre weit aus kritischer⁶¹. Betrachtet man hierzu erneut den Democracy Score von Freedom House, lässt sich eine negative Entwicklung verzeichnen. Im Jahr 2009 beurteilte man hier Mazedonien noch mit einer 3,86⁶². Vier Jahre später ist aus der Bewertung mit 3,93 auf einer Skala von 1 (höchstes demokratisches Niveau) bis 7 (niedrigstes demokratisches Niveau) eine leicht negative Entwicklung herauszulesen. Die Bewertungen der Weltbank stützen den entstandenen Eindruck. Vergleicht man wiederum die Jahre 2009 und 2013, so wird deutlich, dass keineswegs von einem Fortschritt gesprochen werden kann. Lediglich in den Bereichen Korruption und Effektivität der Regierung wurden laut der Weltbank marginale Verbesserungen erzielt. Die politische Stabilität sowie die Rechtsstaatlichkeit schlugen allerdings mit negativen Entwicklungen zu Buche.

4.2.3. Die Quellenlage der Kommission

Diese auffälligen Abweichungen in den Bewertungen von Demokratie und Rechtsstaatlichkeit werfen die Frage nach der methodischen Vorgehensweise der Kommission auf. In der Einleitung eines jeden Fortschrittsberichts erklärt die Kommission, dass sie selbst Informationen gesammelt und ausgewertet hat. Zudem seien Informationen und Bewertungen der mazedonischen Regierung sowie der Regierungen der EU-Mitgliedstaaten, Berichte des Europäischen Parlaments und Informationen verschiedener internationaler und Nichtregierungsorganisationen verwendet worden⁶³. Ein erneuter Vergleich zur Bewertungspraxis von Freedom House

⁶¹ Vgl. jeweils „Conclusion“ der Beurteilung des Unterpunktes 2.1. „Democracy and the rule of law“ der Fortschrittsberichte von 2009 bis 2013.

⁶² Vgl. Nations in Transit 2009 Tabel 10. Democracy Score, <http://www.freedomhouse.org/report/nations-transit/nations-transit-2009#.Uth86BB5OSp>, (zuletzt abgerufen am 17.1.2014).

⁶³ Vgl. EU-Kommission, Mazedonien Fortschrittsberichte, jeweils Nr. 1.1.

und der Weltbank zeigt, wie undurchsichtig das Bewertungssystem der EU-Kommission ist. Freedom House beispielsweise legt jeweils am Ende ihres Nations-in-Transit-Berichts⁶⁴ die Entstehung der veröffentlichten Bewertungen dar. Der Bewertungsprozess wird dabei ausführlich beschrieben⁶⁵. Auch die Weltbank veröffentlicht detaillierte Quellenangaben und beschreibt die mathematische Entstehung ihrer Werte⁶⁶. Hier wird dank der Nachprüfbarkeit der verwendeten Quellen ein transparenter und objektiver Gesamteindruck geschaffen. Genau dieser Eindruck wird in den Fortschrittsberichten der EU-Kommission vermisst. Die sehr knappe Darstellung ihrer Quellen in der Einleitung sowie fehlende Nachweise in der Analyse selbst erzeugen eine nicht nachvollziehbare Quellenlage. Neben dem Fehlen spezifischer Quellenangaben unterscheiden sich die Fortschrittsberichte auch hinsichtlich der Art und Weise der Analyse von den Bewertungen der anderen Organisationen. Die EU-Kommission verzichtet bei ihrer Bewertung des Fortschritts der einzelnen Länder vollständig auf Indizes. Dies ermöglicht keine genaue Beurteilung, ob ein Kriterium erfüllt ist oder nicht⁶⁷. Die pauschalisierende Aussage „die politischen Kriterien sind erfüllt“ sorgt zudem für eine Vermischung so unterschiedlicher Kriterien wie Minderheitenschutz, der Einhaltung internationaler Verpflichtungen und eben Demokratie und Rechtsstaatlichkeit.

Aufgrund der gesamten Bewertungspraxis der EU-Kommission im Vergleich zu Nichtregierungsorganisationen drängt sich unweigerlich der Eindruck auf, die Kommission erliege einem bewussten Defizit im Bereich der Quellenarbeit und Nachvollziehbarkeit ihrer Bewertungen. Aufgrund dieser methodischen Vorgehensweise erscheint es durchaus fraglich, inwieweit der tatsächliche Fortschritt der Mazedonischen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit messbare Auswirkungen auf den weiteren Verlauf des Beitrittsprozesses haben wird⁶⁸.

⁶⁴ Nations in Transit ist eine umfassende Studie der Reformen in den ehemals kommunistischen Staaten Europas und Eurasiens, <http://www.freedomhouse.org/report-types/nations-transit>, (zuletzt abgerufen am 3.1.2014).

⁶⁵ Nations in Transit 2013, S. 23 f.

⁶⁶ Vgl. KAUFMANN/KRAAY/MASTRUZZI, *The Worldwide Governance Indicators - Methodology and Analytical Issues*, Policy Research Working Paper 5430.

⁶⁷ Vgl. SKAANING, *Measuring the rule of law*, *Political Research Quarterly*, S. 453 ff.

⁶⁸ Vgl. RICHTER, *Zielkonflikte der EU-Erweiterungspolitik? - Kroatien und Mazedonien zwischen Stabilität und Demokratie*, SWP Studie Juli 2009, S. 23.

5. Fazit

Auch 20 Jahre nach der Erklärung der Kopenhagener Kriterien spielen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit weiterhin eine tragende Rolle im EU-Beitrittsprozess. Sie sind inzwischen durch die dreifache Verankerung im Primärrecht und die Postulation in allen länderspezifischen Beitrittsdokumenten von ungeschriebenen Kriterien zu zentralen europäischen Werten herangewachsen. Nach der aktuellen Rechtslage haben Demokratie und Rechtsstaatlichkeit als Teil der politischen Kriterien einen mindestens ebenso hohen Stellenwert inne wie die wirtschaftlichen Beitrittsvoraussetzungen. Unklar ist jedoch, was die Union unter Demokratie und Rechtsstaatlichkeit versteht. Die von der Kommission selbst entwickelte Bewertungspraxis ist hierbei wenig hilfreich. Zwar kommt der Kommission durch die Bewertung eine tragende Rolle bei der Ausformung dieser europäischen Werte zuteil. Jedoch bleiben die Kriterien vage und unbestimmt, da ein europäischer Standard hier nur schwer ermittelbar ist⁶⁹. Denn auch unter den EU-Mitgliedern ist ein definiertes Mindestmaß an Demokratie und Rechtsstaatlichkeit nicht ersichtlich. Der hierdurch entstehende große Beurteilungsspielraum ermöglicht es der Kommission, die politischen Kriterien zu instrumentalisieren. Diese Möglichkeit nutzt die Kommission offensichtlich dahingehend, Mazedonien integrationsfreundlich zu bewerten. Eine solche Bewertungspraxis zeigt, dass Integration an sich ein zentraler europäischer Wert geworden ist⁷⁰. Darüber hinaus instrumentalisiert die Kommission die vagen Kriterien durch ihr methodisches Vorgehen. Mangelnde Nachvollziehbarkeit sowie fehlende Transparenz ihrer Erkenntnisse scheinen hier der integrationsfreundlichen Darstellung der politischen Situation Mazedoniens zu dienen. Vergleiche zwischen der Bewertung durch die Kommission und NGOs verdeutlichen, wie wohlwollend die Kommission Mazedonien evaluiert. Wie gezeigt, scheint die Kommission in der Beitrittsphase den EU-Anwärterstaaten einen Vertrauensvorschuss hinsichtlich Demokratie und Rechtsstaatlichkeit zu gewähren. Zwar hat sich dieses Vertrauen in der Vergangenheit meistens bewahrheitet. Spanien, Portugal und Griechenland sind heute gefestigte Demokratien. Allerdings haben

⁶⁹ MÜLLER, *Wo Europa endet, Ungarn, Brüssel und das Schicksal der liberalen Demokratie*, 2013, S. 41.

⁷⁰ Vgl. schon HALLER, *Die Europäische Integration als Elitenprozess. Das Ende eines Traums?*, 2009, S. 88.

die aktuellen Entwicklungen im noch jungen EU-Mitgliedsland Ungarn gezeigt, dass dieser Vorschuss nicht zwangsläufig eine „self-fulfilling prophecy“ ist. Welchen Weg Mazedonien unter dem Schirm der Europäischen Union einschlagen wird, lässt sich heute noch nicht absehen. Die Empfehlung der Kommission, die Beitrittsverhandlungen zu eröffnen, scheinen jedoch keinen positiven Einfluss auf die Reformbemühungen im Bereich der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit zu haben⁷¹. Stattdessen eröffnet die Aussage, die politischen Kriterien seien erfüllt, Mazedonien die Möglichkeit, keine ernsthaften Reformen voranzutreiben. Geschickt wird der Namensstreit mit Griechenland für das Stocken des Beitrittsprozesses verantwortlich gemacht und so gleichzeitig von bestehenden Defiziten abgelenkt. Die aktuellen Überlegungen von Seiten der EU sowie namhaften Wissenschaftlern zur Einrichtung einer „Kopenhagen-Kommission“, die die Achtung der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit in den EU-Mitgliedsländern überwachen und sanktionieren soll, zeigen, dass unter dem Schirm der EU längst nicht alle Länder zu dauerhaften Musterschülern in Sachen Demokratie und Rechtsstaatlichkeit werden⁷². Eine verbesserte Evaluation der Demokratie und Rechtsstaatlichkeit schon vor EU-Beitritt wäre mit Sicherheit ein guter Anfang um die Nachhaltigkeit von Reformen zu fördern und um es zu zweifelhaften rechtsstaatlichen Verhältnissen wie derzeit in manchen Mitgliedstaaten gar nicht erst kommen zu lassen⁷³.

⁷¹ Vgl. *ex-post* mit derselben Schlussfolgerung für den Beitrittsprozess Rumäniens und Bulgariens: GEIRLER, ZRP 2013, 205 (209).

⁷² Die aktuellen Vorschläge zusammenfassend KOCHENOV, *How to turn Article 2 into a down-to-earth provision?*, Verfassungsblog, <http://www.verfassungsblog.de/de/how-to-turn-article-2-teu-into-a-down-to-earth-provision/#.UtmAMBA1jIU> (zuletzt abgerufen am 17.1.2014).

⁷³ Umfangreiche Reformvorschläge skizzieren NICOLAIDIS/KLEINFELD, *Rethinking Europe's „Rule of Law“ and Enlargement Agenda: The Fundamental Dilemma*, Jean Monnet Working Paper 08/12, <http://www.jeanmonnetprogram.org/papers/12/documents/JMWP08Nicolaidis.pdf> (zuletzt aufgerufen am 17.1.2014).

CHRISTINA SCHRÖCK*

III
ART. 50 EUV - SÜNDENFALL,
SELBSTVERSTÄNDLICHKEIT ODER CHANC?

Art. 50 Treaty of the European Union regulates the right of Member States to leave the European Union. The existence of this provision and its lack of specific requirements have been criticised as a threat for the EU. However, it is also necessary in a union of sovereign states that might face severe conflicts. This essay examines the merits and dangers concerning the right of withdrawal from the EU.

SUMMARY: 1. Einleitung. – 2. Einheitsverlust oder Souveränitätsgewinn? – 3. Austritt bald Realität. – 4. Fazit.

1. *Einleitung*

Die Frage nach einem einseitigen Austrittsrecht der Mitgliedstaaten war lange Zeit umstritten. Die Regelung des Art. 50 EUV, der das Recht zum Austritt und den anschließenden Prozess ausdrücklich normiert, hat diesem Streit ein Ende gesetzt¹. Dennoch bleibt der Austritt aus der EU ein Streitthema, da sowohl die grundsätzliche Existenz der Regelung² als auch die konkrete Ausgestaltung³ auf Kritik stoßen. Diese Kritik ließ sich bisher zumin-

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza presso l'Università di Monaco di Baviera (LMU München). L'autrice ringrazia il Dr. Martin Heidebach (membro scientifico del Consiglio Accademico presso l'Istituto di Politica e Diritto Pubblico presso la LMU München) per i buoni spunti e indicazioni.

¹ CALLIESS, in CALLIESS/RUFFERT (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 50 EUV, Rdnr. 2.

² BRUHA/NOWAK, *AVR* 42 (2004), 1 (8).

³ TERHECHTE, *EuR* 2008, 143 (152).

dest mit dem Hinweis auf die fehlende praktische Relevanz entschärfen, da ein Austritt unwahrscheinlich erschien⁴. Dies könnte sich jedoch aufgrund der aktuellen Diskussion im Vereinigten Königreich⁵ ändern.

Der folgende Beitrag fasst den bisherigen Streitstand zusammen und gibt einen Ausblick auf die mögliche Entwicklung des Streits, insbesondere im Hinblick auf die Situation im Vereinigten Königreich.

2. Einheitsverlust oder Souveränitätsgewinn?

Die Europäische Union ist ein Verbund souveräner Staaten, kein Bundesstaat⁶. Sie soll auch nicht als „Völkergefängnis“⁷ betrachtet werden, sondern basiert auf freiwilliger Integration⁸. Insofern verwirklicht sich durch die Existenz eines Austrittsrechts nur die Souveränität der Mitgliedstaaten.⁹ Es zeigt zudem, dass die Union von ihren Mitgliedstaaten insoweit unabhängig ist, dass sie rechtlich selbständig ist¹⁰.

In der Debatte um ein mögliches Austrittsrecht besteht zumindest dahingehend Einigkeit, dass der Austritt eines dazu entschlossenen Mitgliedstaates faktisch nicht verhindert werden kann¹¹. Insofern ließe sich anführen, dass Art. 50 EUV diesen Gedanken nur konsequent zu Ende führt. Mit anderen Worten: Wenn ein Staat wirklich austreten möchte, gibt ihm die Regelung ein Verfahren an die Hand, mit dem dieser Schritt durchgeführt werden kann. Allerdings stellt Art. 50 EUV nicht nur eine Prozeduralisierung der *clausula rebus sic stantibus* (vgl. Art. 62 WVRK¹²) dar, die den Austrittsprozess als *ultima ratio* behandelt, sondern es ist

⁴ HANSCHER, *NVwZ* 2012, 995 (998).

⁵ THYM, *EuR-Bei* 2013, 23 (43); zur Möglichkeit des „pull-out“: ZEDER, *EuR* 2013, 454.

⁶ Dazu ausführlich: HUBER, *EuR* 2003, 574 (591).

⁷ STREINZ/OHLER/HERMANN, *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU*, 3. Aufl. 2010, S. 48.

⁸ TERHECHTE, *EuR* 2008, 143 (151).

⁹ CALLIESSIN: CALLIESS/RUFFERT (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 50 EUV, Rdnr. 21.

¹⁰ STREINZ/OHLER/HERMANN, *Der Vertrag von Lissabon zur Reform der EU*, 3. Aufl. 2010, S. 48.

¹¹ BVerfGE 89, 155 (190); J.H.H. WEILER, *100 Yale Law Journal* (1991), 2403 (2412); TERHECHTE, *EuR* 2008, 143 (151).

¹² *Wiener Übereinkommen über das Recht der Verträge*, UNTS Bd. 1155 S. 331, BGBl. II 1985, S. 926.

ein einseitiges Recht, das keine materiellen Voraussetzungen außer der Vereinbarkeit des Austritts mit nationalem Verfassungsrecht hat¹³.

Das Fehlen solcher materiellen Voraussetzungen eines Austritts ist wohl der größte Kritikpunkt der Regelung. Denn dass völkerrechtlich eine Beendigung der Verträge unter bestimmten Umständen möglich sein muss, bestreitet wie zuvor beschrieben kaum jemand. Allerdings ist ein einseitiger Austritt aus einem völkerrechtlichen Vertrag nur in Ausnahmefällen möglich¹⁴. Da Art. 50 EUV den Austritt jedoch praktisch an keinerlei materielle Voraussetzungen knüpft, ist nun ein unbegründeter Austritt möglich. Dies führt zu verschiedenen Problemen.

Nach der Erklärung des Austritts sollen im Europäischen Rat Beratungen und Verhandlungen über die zukünftigen Beziehungen zum austretenden Staat stattfinden. Dies ist jedoch weitaus sinnvoller, wenn der Grund für den Austritt bekannt ist¹⁵, um ein vernünftiges Abkommen aushandeln zu können. Zwar mag es in der Praxis fernliegend erscheinen, dass ein Staat seine Entscheidung überhaupt nicht begründet. Dennoch wäre zumindest eine rudimentäre Begründungspflicht wünschenswert. Diese könnte sich jedoch aus dem Grundsatz der Unionstreue (Art. 4 III EUV) ergeben¹⁶. Denn zu einer loyalen Zusammenarbeit gehört es auch, den Vertrags- oder Verhandlungspartner zu informieren. Nur auf diese Weise ist eine Zusammenarbeit überhaupt möglich. Allerdings könnte der Austrittswunsch zu einer Beschränkung der Loyalitätspflicht des austrittsbereiten Mitgliedsstaats führen¹⁷, denn dieser wünscht eine Zusammenarbeit dann gerade nicht mehr im gleichen Maße. Da die Austrittserklärung ein „einseitiger Willensakt“¹⁸ ist, könnte sich daraus möglicherweise die sofortige Beendigung oder Beschränkung der Unionstreue ableiten. Dies ist jedoch vor dem Hintergrund des Art. 50 II EUV abwegig, da dieser eine unionsrechtliche Verhandlungspflicht enthält¹⁹. Daraus ergibt sich,

¹³ TERHECHTE, *EuR* 2008, 143 (152).

¹⁴ Vgl. Art. 62 WVRK.

¹⁵ TERHECHTE, *EuR* 2008, 143 (152) zweifelt in diesem Fall vollständig am Sinn einer Beratung.

¹⁶ Zurückhaltend: HANSCHER, *NVwZ* 2012, 995 (997).

¹⁷ ZEH, *ZEuS* 2004, 173 (199).

¹⁸ CALLIESS, in CALLIESS/RUFFERT (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 50 EUV, Rdnr. 5.

¹⁹ CALLIESS, in CALLIESS/RUFFERT (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 50 EUV, Rdnr. 15.

dass eine unionale Zusammenarbeit notwendig und das Gebot der Unionstreue zu berücksichtigen ist. Zudem steht zu vermuten, dass einem austretenden Staat an einem Abkommen mit der EU gelegen sein wird, denn die durch einen Beitritt erlangten Handelsvorteile möchte vermutlich kein Staat aufgeben.

Gegner der Austrittsregelung befürchten, dass schon die Existenz des Art. 50 EUV zu einer Fragmentierung der Europäischen Union führt. Die Möglichkeit eines Austritts habe quasi Aufforderungscharakter und gefährde die bezweckte Integration von Staaten in die EU²⁰. Dadurch unterscheide sich die Union nicht mehr von anderen Organisationen²¹, sie verliere ihre Sonderstellung als „Schicksalsgemeinschaft“²². Denn die enge Verbindung der Staaten zählt zu den Vertragszielen der Europäischen Union (Art. 1 II EUV) und würde durch die Möglichkeit des einseitigen Austritts konterkariert²³. Ob die Regelung tatsächlich zum Austritt ermutigt, erscheint wohl fraglich, da Staaten auch vorher nicht gezwungen waren, in der EU zu bleiben²⁴. Jedenfalls führt die Existenz einer Option nicht automatisch zu deren Verwirklichung.

Allerdings ist ein Missbrauch der Regelung nicht ausgeschlossen²⁵. Problematisch ist insbesondere die Einseitigkeit der Erklärung. Dass ein völkerrechtlicher Vertrag einstimmig von allen Beteiligten aufgelöst werden kann, bestimmt schon Art. 54 lit. b WVRK. Demnach würde ein Einstimmigkeitserfordernis oder zumindest ein obligatorisches Abkommen dem Integrationsgedanken Rechnung tragen²⁶. Da aber ein Staat den Austritt einseitig erklären kann, könnte er dies als Druckmittel benutzen, um Forderungen gegenüber der EU durchzusetzen²⁷. Auch ist es denkbar, dass die Bestimmung benutzt wird, um „Problemstaaten“ einen Austritt naheulegen, sie also hinauszudrängen²⁸. Die einseitige Austrittsmöglichkeit könnte aber auch als Chance betrachtet wer-

²⁰ BRUHA/NOWAK, *AVR* 42 (2004), 1 (8, 24); HANSCHER, *NVwZ* 2012, 995 (998); TERHECHTE, *EuR* 2008, 143 (153); ZEH, *ZEuS* 2004, 173 (204).

²¹ ZEH, *ZEuS* 2004, 173 (198); HANSCHER, *NVwZ* 2012, 995 (998).

²² TERHECHTE, *EuR* 2008, 143 (153).

²³ MEIER, *NJW* 1974, 391 (391); ZEH, *ZEuS* 2004, 173 (202 f.).

²⁴ STREINZ, *Europarecht*, 9. Aufl. 2012, Rdnr. 105.

²⁵ CALLIESS, in CALLIESS/RUFFERT (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 2 EUV, Rdnr. 10.

²⁶ ZEH, *ZEuS* 2004, 173 (203 f.).

²⁷ HANSCHER, *NVwZ* 2012, 995 (998); ZEH, *ZEuS* 2004, 173 (204).

²⁸ KREUTZ, <http://www.constitutional-convention.net/bulletin/archives/000174.html> (Stand: 27.1.14); HANSCHER, *NVwZ* 2012, 995 (998); ZEH, *ZEuS* 2004, 173 (204).

den, unzufriedenen Mitgliedstaaten eine „gesichtswahrende“ Alternative im Konflikt zu bieten²⁹. Auch ist der Austritt eines Staates einem vollkommenen Scheitern der Union vorzuziehen³⁰. Zwar wäre eine – wenn auch mühsame – Kompromissfindung wünschenswert³¹, doch ist eine solche gerade in einem heterogenen Gefüge wie der Union nicht immer realistisch.

Die Sonderstellung der EU könnte jedoch gewahrt werden, wenn man die Austrittsregelung als Verstärkung der unionsrechtlichen Legitimation³² betrachtet. Denn wenn ein Austritt grundsätzlich „ohne weiteres“ möglich sei, könnten sich Europaskeptiker nicht mehr darauf berufen, keine Wahl gehabt zu haben oder in der Union „gefangen“ zu sein³³. Durch die Rückübertragung von Hoheitsrechten auf die Staaten würde die Austrittsregelung also dem oft kritisierten Demokratiedefizit entgegenwirken³⁴. Ein größerer Rückhalt für europäische Entscheidungen würde dann möglicherweise auch zu einer verstärkten Integration führen, denn souveräne Staaten fügen sich wohl eher in eine Einheit ein, aus der sie jederzeit wieder austreten können. Zudem erscheint eine Gemeinschaft, deren Entscheidungen demokratisch legitimiert sind, vermutlich für viele Staaten reizvoller. Dieser Ansicht kann jedoch nur sehr bedingt gefolgt werden. Der Austritt als Alternative erscheint gerade bei kleineren Meinungsverschiedenheiten als viel zu weitreichend, um ernsthaft in Erwägung gezogen zu werden³⁵. Zudem wird die Verstärkung der demokratischen Legitimation einfach behauptet, ohne auszuführen, woher sich diese ergeben soll. Denn auch wenn ein Staat die Möglichkeit hat, auszutreten, so bedeutet dies nicht, dass die Entscheidungen der Gemeinschaft, die er verlässt, dadurch in höherem Maße demokratisch legitimiert sind³⁶.

Von den Gegnern der Austrittsregelung wird auch immer wieder das Spannungsverhältnis zur unbegrenzten Geltungsdauer der

²⁹ CALLIESS, in CALLIESS/RUFFERT (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 50 EUV, Rdnr. 21.

³⁰ PUTTLER, *EuR* 2004, 669 (678).

³¹ ZEH, *ZEuS* 2004, 173 (204).

³² SANT/VELLA, CONV 763/03, S. 4, <http://register.consilium.europa.eu/doc/srv?l=DE&t=PDF&gc=true&sc=false&f=CV%20763%202003%20INIT> (Stand: 4.2.14).

³³ TERHECHTE, *EuR* 2008, 143 (150f.).

³⁴ HANSCHER, *NVwZ* 2012, 995 (998).

³⁵ BECKER, in SCHWARZE (Hrsg.), *EU-Kommentar*, 3. Aufl. 2012, Art. 50 EUV, Rdnr. 2.

³⁶ ZEH, *ZEuS* 2004, 173 (205).

Verträge (Art. 53 EUV, Art. 356 AEUV) betont. Denn wenn die Verträge unbegrenzte Geltung für sich in Anspruch nehmen, können sie doch nicht durch eine einseitige Kündigung aufgehoben werden³⁷. Allerdings bedeutet unbegrenzt nicht zwangsläufig unauflöslich, sondern im Hinblick auf die 50-jährige Befristung des Vertrags zur Gründung der Europäischen Gemeinschaft für Kohle und Stahl (EGKS-Vertrag) nur unbefristet³⁸. Daher kann man die Regelung des Art. 50 EUV nicht als „primärrechtswidriges Primärrecht“³⁹ bezeichnen, sondern muss die unbegrenzte Geltungsdauer im historischen Zusammenhang betrachten. Dennoch zeigt die fehlende zeitliche Begrenzung eine immanente Schranke für den Austritt auf: Eine solche unbefristete Gemeinschaft deutet auf einen engen Verbund hin, der nicht ohne weiteres aufgelöst werden soll. Ein Staat, der die Mitgliedschaft in der EU anstrebt, muss sich dessen bewusst sein. Demnach ist ein Austritt immer nur *ultima ratio* und kann nicht grundlos erfolgen⁴⁰.

3. *Austritt bald Realität*

Die Bedenken, die gegen Art. 50 EUV bestehen, werden teilweise durch die Aussage abgeschwächt, die Regelung werde vermutlich kaum praktische Bedeutung erlangen⁴¹, da die wirtschaftlichen und politischen Verflechtungen zwischen den Staaten einen Austritt faktisch ausschließen⁴². Die Aussagekraft einer solchen Feststellung ist jedoch gering⁴³. Dies hat mit der rechtlichen Tragweite der Regelung nichts zu tun. Zudem könnte der pauschale Hinweis darauf, dass ein Austritt in der Praxis kaum denkbar sei, bald hinfällig werden. Denn in der aktuellen Debatte um ein britisches „pull-out“ aus der justiziellen Zusammenarbeit werden auch Rufe nach einem Austritt des Vereinigten Königreichs aus der EU laut⁴⁴. Die EU-Skepsis in Großbritannien wird auch durch die

³⁷ VON SIMSON, in AUBIN/VON CAEMMERER (Hrsg.), *FS Riese*, 1964, S. 83ff.; SCHWARZE, *EuR* 1983, 1 (14ff.).

³⁸ CALLIESS, in CALLIESS/RUFFERT (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 50 EUV, Rdnr. 10f., 14.

³⁹ ZEH, *ZEuS* 2004, 173 (209).

⁴⁰ CALLIESS, in CALLIESS/RUFFERT (Hrsg.), *EUV/AEUV*, 4. Aufl. 2011, Art. 50 EUV, Rdnr. 12.

⁴¹ HANSCHER, *NVwZ* 2012, 995 (998); TERHECHTE, *EuR* 2008, 143 (153).

⁴² JAEKEL, *Jura* 2010, 87 (90); ZEH, *ZEuS* 2004, 173 (201).

⁴³ ZEH, *ZEuS* 2004, 173 (180f., 201).

⁴⁴ ZEDER, *EuR* 2013, 454 (460).

Furcht vor „Sozialschmarotzern“ aus Bulgarien und Rumänien verstärkt, da diese Staaten nun in den Genuss der Arbeitnehmerfreizügigkeit kommen⁴⁵.

Ob es zu einem solchen Austritt tatsächlich kommt, bleibt abzuwarten. Sicherlich wären die Kosten hoch⁴⁶. Doch es könnte sich auch um eine Chance für die EU handeln; denn die „verschiedenen Geschwindigkeiten“ der Integration könnten das Ziel einer engen Union ebenso gefährden⁴⁷. Insofern bietet der Austritt in Verbindung mit einem Abkommen über die zukünftigen Beziehungen die Möglichkeit einer Art „Teilmitgliedschaft“, die die Integration in einem neuen Licht erscheinen lässt. Anders ausgedrückt: Wer wirklich Teil einer engen Union sein möchte, wird oder bleibt Mitglied. Wer dies nicht möchte, kann anderweitige Beziehungen zur EU pflegen. Dabei könnte es allerdings passieren, dass austretende Staaten sich durch ein günstiges Abkommen die unionsrechtlichen „Rosinen“ herauspicken. Ob dies allerdings wirklich passiert, ist zum einen eine Frage der Praxis. Denn das angestrebte Abkommen wird ausgehandelt und nicht einseitig festgelegt. Dadurch liegt es auch in der Hand der Union einer ausgeprägten „Rosinenpickermentalität“ Einhalt zu gebieten. Zum anderen lässt sich die flexible Integration auch als ein solches Abkommen interpretieren, das in diesem Fall für Mitgliedstaaten gilt. Somit kann ein Austritt in Verbindung mit einem „fairen“ Abkommen zu klareren Verhältnissen und einer engeren Integration der verbleibenden Mitgliedstaaten führen. Ob dies gewünscht ist, hängt sicherlich davon ab, welche Form der Integration in der Union erreicht werden soll⁴⁸.

4. Fazit

Die Austrittsregelung des Art. 50 EUV stößt zu Recht auf Kritik, denn sie gerät mit der unionsrechtlichen Zielsetzung eines vereinten Europas in Konflikt. Dennoch ist ein einseitiger Austritt als Ausdruck der mitgliedstaatlichen Souveränität notwendig. In einem heterogenen Staatenverbund kommt es oft zu Spannungen und wenn diese nicht aufgelöst werden können, droht ein Schei-

⁴⁵ <http://www.spiegel.de/politik/ausland/cameron-plan-reding-legt-grossbritannien-eu-austritt-nahe-a-936276.html> (Stand: 28.1.14).

⁴⁶ HANSCHERL, *NVwZ* 2012, 995 (998); ZEH, *ZEuS* 2004, 173 (210).

⁴⁷ Hierzu ausführlich THYM, *EuR-Bei* 2013, 23.

⁴⁸ Eine Diskussion dieser Frage würde in diesem Rahmen zu weit führen.

tern der Union. Das vollständige Auseinanderbrechen der EU widerspricht dem Ziel der Integration jedoch um ein Vielfaches im Vergleich zum Austritt eines Staates. Um ein solches Scheitern zu verhindern, bietet das Austrittsrecht ein valides Mittel an.

Auch wenn die Regelung selbst keine festgelegten materiellen Voraussetzungen kennt, so können sich doch Einschränkungen aus der jeweiligen nationalen Verfassung ergeben. Zudem setzen die unbegrenzte Geltungsdauer der Verträge, die damit verbundene Verantwortung eines Beitritts und der Grundsatz der Unionstreue dem Austrittsrecht Grenzen. Der Art. 50 EUV kann demnach in Fällen tiefliegender Konflikte zum Einsatz kommen und eine vollständige Auflösung der Union verhindern.

Somit kann man das Austrittsrecht durchaus auch als Chance für eine Neuverhandlung völkerrechtlicher Beziehung begreifen, die zu einem neuen Verständnis von Integration führen können. Auch wenn die Regelung durchaus kritisch bewertet werden kann, so kann sie doch mit gewissen Einschränkungen als Souveränitätsgewinn für die Mitgliedstaaten angesehen werden. Und Veränderungen des status quo müssen nicht zwangsläufig negativ sein.

ANTONIO ANGELOSANTO*

L'«OCCHIO CLINICO DEL GIURISTA»
E L'INSEGNAMENTO DI 'DIRITTO ROMANO'

This article is about the concept of legal clinic and its connections with the teaching of Diritto romano.

La recente iniziativa, promossa dal Dipartimento di Scienze giuridiche, di costituire, per gli studenti del corso di laurea in Giurisprudenza, una «clinica legale»¹ non può non richiamare alla memoria le parole scolpite da Emilio Betti in un illuminante e incisivo manualetto per il corso milanese di 'Diritto romano', pubblicato nel 1930 col titolo di «Esercitazioni romanistiche su casi pratici»:

«Le fonti romane hanno essenzialmente per contenuto decisioni di migliaia e migliaia di casi pratici. [...] Uno studio accurato delle decisioni che esse contengono [...] educa quello che si potrebbe chiamare l'occhio clinico del giurista: l'attitudine, cioè, ad intuire i concetti nelle concrete situazioni di fatto e ad applicare a queste i principi giuridici che le governano»².

* Dottorando di ricerca in 'Diritto romano, teoria degli ordinamenti e diritto privato del mercato' di Sapienza Università di Roma.

¹ Nel «Bando di selezione "Clinica legale"» per l'a.a. 2017-2018 (prot. n. 0001201 del 01/11/2017 rep. n. 79/2017) si legge: «Scopo principale dell'iniziativa è quello di consentire agli studenti selezionati di partecipare a percorsi di approfondimento pratico nell'ambito delle materie tipicamente professionali, finalizzati alla verifica delle competenze e all'applicazione concreta delle nozioni apprese mediante la risoluzione di casi reali sotto la guida dei docenti». L'iniziativa è stata presentata il 6 aprile 2017 dal Direttore del Dipartimento di Scienze giuridiche prof. Enrico del Prato proprio in occasione della presentazione del numero 4 di *Sapienza Legal Papers* - Quaderni degli Alunni della Facoltà di Giurisprudenza.

² E. BETTI, *Esercitazioni romanistiche su casi pratici*, I, *Anormalità del negozio giuridico*, Padova, 1930, pp. 1-2, su cui si veda la recensione di F. SCHULZ, in *ZSS* 51, 1931, p. 535 e, da ultimo, il commento di G. SANTUCCI, «Decifrando scritti che non hanno nessun potere». *La crisi della romanistica fra le due guerre*, in I. BIROCCHI -

Il termine «clinica»³ evoca una suggestiva affinità – recentemente riproposta⁴ – fra diagnosi medica e diagnosi giuridica. È da intendersi in questo senso l'andamento dell'attività didattica della 'Scuola di Specializzazione per le Professioni Legali' della nostra Facoltà, destinata principalmente agli studenti laureati che intendono prepararsi al concorso in magistratura e incentrata soprattutto sulla parola chiave «clinica»⁵; *mot-clé* ultimamente ribadito dal Direttore della Scuola nella prefazione a un libriccino di Loredana Nazzicone sulle *Tecniche di massimazione delle sentenze*⁶.

Ma perché e in che modo – ripercorrendo le parole di Betti – l'insegnamento della materia 'Diritto romano' sarebbe in grado di addestrare l'«occhio clinico del giurista»?

Innanzitutto, potrebbe risultare del tutto superfluo ribadire quanto evidenziato già da tempo dalla letteratura in materia, circa il 'metodo casistico' del ragionare dei giuristi romani⁷, accompa-

M. BRUTTI (a cura di), *Storia del diritto e identità disciplinari: tradizioni e prospettive*, Torino, 2016, pp. 92 e ss.

³ Che troviamo, nello stesso torno di anni, anche in F. CARNELUTTI, *Clinica del diritto*, in *Discorsi intorno al diritto*, Padova, 1937, pp. 185 e ss.

⁴ N. IRTI, *Legge e caso (diagnosi giuridica e diagnosi medica)*, in *Il salvagente della forma*, Roma-Bari, 2007, pp. 106 e ss., ora in *Un diritto incalcolabile*, Torino, 2016, pp. 137 e ss. Già Betti, elogiando l'attività didattica del tedesco Ernst Zitelmann, rivolta in particolar modo alle esercitazioni pratiche, auspicava il riconoscimento a queste ultime – in Italia così come già in Germania – di una dignità pari a quella delle lezioni teoriche, al fine di considerarle «parte integrante dello studio necessario ad ogni giurisperito, com'è la clinica per ogni medico» (E. BETTI, *Metodica e didattica del diritto secondo Ernst Zitelmann*, in *RIFD* 5, 1925, pp. 49 e ss., ora in *Diritto Metodo Ermeneutica. Scritti scelti*, Milano, 1991, pp. 11 e ss. spec. 46 e ss.).

⁵ «“Clinica”: le lezioni sono costruite su casi giurisprudenziali (per cui è prevista la distribuzione agli studenti, prima della lezione, di materiale didattico) e su controversie simulate, per sviluppare negli studenti la capacità di argomentare le soluzioni giuridiche di casi concreti» (<http://www.sspl-sapienza.it/drupaluni/dipartimento/chi-siamo>).

⁶ A. DI PORTO, *Imparare a 'leggere le sentenze' nell'età della giurisdizione*, in L. NAZZICONE, *Tecniche di massimazione delle sentenze*, Roma, 2017, p. VIII: «La didattica deve essere organizzata seguendo un'impostazione, che si può qualificare con una sola parola chiave: clinica. Come nelle scuole di medicina lo studio delle singole patologie è svolto sul paziente, così nella nostra scuola i diversi temi, in cui si articolano i programmi di diritto civile, penale e amministrativo [...] devono essere affrontati sui casi: dunque sulle sentenze dei giudici, nazionali ed europei». Anche in A. DI PORTO, *L'incontro di studio su 'La nuova cassazione civile': tre considerazioni introduttive*, in *La nuova cassazione civile*, Atti del convegno (Roma, 10 febbraio 2017), Milano, 2017, p. 1 («[...] la didattica che questa scuola realizza [...] si può riassumere in una sola parola chiave: 'clinica'. Una didattica, cioè, che marcando una netta discontinuità rispetto a quella tradizionale dei corsi universitari si svolge sui 'casi', dunque sulle sentenze dei Giudici»).

⁷ *Ex professo* L. VACCA, *Contributo allo studio del metodo casistico nel diritto romano*, Milano, 1982; EAD., *Metodo casistico e sistema prudenziale. Ricerche*, Padova,

gnato, pur tuttavia, da un 'impianto sistematico' prevalente quantomeno nelle opere istituzionali ed isagogiche degli stessi⁸.

In questa sede potrebbe invece risultar utile ricordare, seppur fuggacemente, il confronto – sempre già proposto in dottrina – fra due importanti saperi antichi, quello giuridico e quello medico, al fine di palesare lo stretto legame fra lo studio del diritto romano e la metodologia «clinica» testé richiamata.

Già nell'arcaica giurisprudenza pontificale, infatti, «si sviluppava un'indagine di tipo diagnostico, centrata intorno a quello speciale rapporto con il particolare, [...] che rintracciamo press'a poco nella stessa epoca nella trama logica [...] dei testi della medicina greca di tradizione clinica»⁹.

A chiusura di queste rapide ricognizioni, si propone una sintetica riflessione (che non pretende di inserirsi – e non potrebbe, d'altronde, per carenza di mezzi e qualificazioni – nei vivaci dibattiti che, in particolare negli ultimi decenni, hanno investito la funzione formativa e l'organizzazione didattica delle discipline romanistiche nelle nostre facoltà giuridiche) circa il rapporto complementare fra 'metodo sistematico' – prevalente nella didattica di 'Istituzioni di diritto romano' al primo anno – e 'metodo casistico' – rivendicato, già dallo stesso Betti (ma non solo)¹⁰, nel successivo insegnamento di 'Diritto romano'.

2006; EAD., *La giurisprudenza nel sistema delle fonti del diritto romano. Corso di lezioni*², Torino, 2012; EAD., *Controversialità del diritto e impianto casistico*, in V. MARROTTA - E. STOLFI (a cura di), *Ius controversum e processo fra tarda repubblica ed età dei Severi*, Atti del convegno (Firenze, 21-23 ottobre 2010), Roma, 2012, pp. 61 e ss.

⁸ M. TALAMANCA, *Il diritto romano fra modello istituzionale e metodologia casistica*, in L. VACCA (a cura di), *Diritto romano, tradizione romanistica e formazione del diritto europeo. Giornate di studio in ricordo di Giovanni Pugliese*, Padova, 2008, pp. 335 e ss.

⁹ A. SCHIAVONE, *Ius. L'invenzione del diritto in Occidente*², Torino, 2017, p. 81 («Fra pensiero arcaico del *ius* e sapienza medica greca [...] c'è l'impianto comune di una medesima razionalità concreta rivolta al particolare, all'indizio, all'evento: rituali e malattie, relazioni sociali e corpi umani come insiemi di segni da esibire o da decifrare») e bibliografia citata in n. 16 p. 460.

¹⁰ E. BETTI, *Problemi e criteri metodici d'un manuale d'istituzioni romane*, in *BIDR* 34, 1925, pp. 225 e ss.; *Id.*, *Diritto romano e dogmatica odierna*, in *AG* 99.2, 1928, pp. 129 e ss. e in *AG* 100.1, 1928, pp. 26 e ss.; *Id.*, *Esercitazioni romanistiche su casi pratici*, I, *Anormalità del negozio giuridico*, cit., pp. 1-2. Simili riflessioni – seppur con le dovute differenze, oltre che di piani curriculari universitari, anche e soprattutto di «visioni del diritto» (M. BRUTTI, *Vittorio Scialoja, Emilio Betti. Due visioni del diritto civile*, Torino, 2013) – circa questa auspicata distinzione di metodi e impianti didattici nel dittico 'Istituzioni di diritto romano(-impianto sistematico)'/ 'Diritto romano(-metodo casistico)' sono rintracciabili in V. SCIALOJA, *Sul metodo d'insegnamento del diritto romano nelle università italiane*, in *AG* 26, 1881, pp.

Affinché questa «complementarietà» fra «modello istituzionale» e «metodologia casistica»¹¹ continui a esser garantita, sarà allora utile «rimeditare seriamente» gli strumenti didattici nell'insegnamento di 'Diritto romano' come quello proposto dallo studioso camerte¹², sì da contribuire con più vigore all'educazione dell'«occhio clinico» del futuro professionista del diritto.

487-488: «Nelle nostre università, com'è noto a tutti, il corso di diritto romano si divide in due: istituzioni e diritto romano propriamente detto. [...] Io sono persuaso ch'essa è utile e che forse dovrebbe adottarsi anche per altre materie del corso di diritto. [...] Scopo delle Istituzioni è il dare, come in un quadro generale, i primi lineamenti di ciascun istituto, a quel modo che negli atlanti di geografia la prima carta che si mostra allo studioso è quella del mappamondo. Chi non ha bene impresse nella mente quelle prime linee si troverà perduto inoltrandosi poi nel labirinto del diritto. Perciò nell'insegnamento delle istituzioni è necessario tenere un metodo tutto dogmatico. Lo studente, nuovo alle scienze giuridiche, non è ancora in istato di ragionare da sé: la sua mente prima di dare ha bisogno di ricevere, e si mantiene del tutto passiva. Lo stesso non può dirsi del corso di Pandette. Fra tutti gl'insegnamenti di diritto positivo che si fanno nelle nostre Università, esso ha uno scopo più esclusivamente scientifico, e infatti come insegnamento professionale è richiesto solamente per i futuri avvocati ossia per coloro che non possono, o almeno non dovrebbero potere trascurare la scienza».

¹¹ M. TALAMANCA, *Il diritto romano fra modello istituzionale e metodologia casistica*, cit., pp. 335 e ss. spec. 343 e ss.

¹² Questo è l'auspicio di E. STOLFI, *I casi e la regola; una dialettica incessante*, in L. VACCA (a cura di), *Casistica e giurisprudenza*, Atti del convegno (Roma, 22-23 febbraio 2013), Napoli, 2014, p. 3 n. 4. Si veda, a tal proposito, la 'Clinica legale' attivata a partire dall'a.a. 2016-2017, proprio nell'ambito dell'insegnamento di 'Diritto romano', dalla prof.ssa M.P. Baccari dell'Università Lumsa di Roma dal titolo «Diritto degli appalti: dalla *locatio operis* al diritto contemporaneo», il cui scopo è quello di «sollecitare la capacità critica dello studente, per far sì che, partendo dalla tecnica e dal metodo adoperato dai giuristi romani, sia in grado di esaminare e trovare soluzioni alle questioni in materia di appalti di opere pubbliche oggi particolarmente dibattute nelle aule dei tribunali» (http://www.lumsa.it/sites/default/files/notizie/2016/bando_clinica_appalti_2016.pdf).

ELENA EMILIANI*

NOTIZIARIO A.A. 2016-2017

PARTE II

Questo Notiziario, nella forma di un riepilogo, vuole essere un semplice riferimento: innanzitutto per gli studenti, affinché possano, seppur a posteriori, cogliere la natura dialettica delle attività scientifiche della Facoltà che si coagulano con quelle didattiche. Un riferimento, infine, per chiunque con questa natura si sia già rapportato, affinché Seminari, Convegni e Lezioni qui riportati possano permettere di ricondurre gli interessati agli eventuali atti e resoconti pubblicati. Il Notiziario seguirà l'articolazione semestrale dei numeri dei Quaderni, rendendo dunque disponibile in questa seconda parte Seminari, Convegni e Lezioni svolti nei secondi sei mesi dell'a.a. 2016-2017.

2 Maggio 2017, *Perspectives on US Copyright: Origins, Scope and Situation in the IP Landscape.*

Prima della serie di lezioni sul tema tenute dalla Prof.ssa Jane C. Ginsburg, Morton L. Janklow Professor of Literary and Artistic Property Law, nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto dell'economia e dell'impresa e di Procedura civile e del Diritto internazionale e del Master Universitario di II livello in Diritto privato europeo.

3 Maggio 2017, *Perspectives on US Copyright: Origins, Scope and Situation in the IP Landscape.*

Seconda della serie di lezioni sul tema tenute dalla Prof.ssa Jane C. Ginsburg, Morton L. Janklow Professor of Literary and Artistic Property Law, nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto dell'economia e dell'impresa e di Procedura civile e

* Studentessa del Corso di Laurea in Giurisprudenza.

del Diritto internazionale e del Master Universitario di II livello in Diritto privato europeo.

4 Maggio 2017, *Il sillogismo giuridico e i dadi del giudice Bridoye*.

Lezione sul tema tenuta dal Prof. Vincenzo Marinelli, Procuratore generale aggiunto *honoris causa* presso la Corte di Cassazione, nell'ambito del Corso di Teoria dell'interpretazione.

Introduce: L. Avitabile.

8 Maggio 2017, *Perspectives on US Copyright: Origins, Scope and Situation in the IP Landscape*.

Terza della serie di lezioni sul tema tenute dalla Prof.ssa Jane C. Ginsburg, Morton L. Janklow Professor of Literary and Artistic Property Law, nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto dell'economia e dell'impresa e di Procedura civile e del Diritto internazionale e del Master Universitario di II livello in Diritto privato europeo.

9 Maggio 2017, *Perspectives on US Copyright: Origins, Scope and Situation in the IP Landscape*.

Quarta della serie di lezioni sul tema tenute dalla Prof.ssa Jane C. Ginsburg, Morton L. Janklow Professor of Literary and Artistic Property Law, nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto dell'economia e dell'impresa e di Procedura civile e del Diritto internazionale e del Master Universitario di II livello in Diritto privato europeo.

15 Maggio 2017, *Pleading before International Courts and Tribunals*.

Incontro sul tema, organizzato con il Centro di ricerca sul Diritto europeo di Unitelma Sapienza, con Alain Pellet, Emeritus Professor of International Law presso la University of Paris-Ouest, Former President of the International Law Commission and Member of the Institute of International Law.

18 Maggio 2017, *La riforma mancata del Titolo V della Costituzione: ricadute sulla «materia» ambiente*.

Tavola rotonda sul tema organizzata nell'ambito delle attività del Master Universitario di II livello in Diritto dell'ambiente.

Interventi: M. Cecchetti - I. Ciolli - G. D'Amico - A. Morelli.

18 Maggio 2017, *Persona e Famiglia (Pacini, 2017)*.

Riflessione sul tema della famiglia in occasione della presentazione dell'omonimo volume di Francesco D. Busnelli, svoltasi nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti nella prospettiva europea e internazionale.

Saluti: P. Ridola.

Introduce e coordina: G. Alpa.

Dialogano con l'Autore: G. Conte - E. Del Prato - G. Giardina - M. Paradiso - M. Sesta.

Conclude: P. Rescigno.

18 Maggio 2017, *Law and new technologies*.

Convegno sul tema tenutosi nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto romano, Teoria degli ordinamenti, Diritto privato del mercato *curriculum* 'Teoria degli ordinamenti' e del Master in Diritto dell'informatica.

Saluti: E. Gaudio - P. Ridola.

Interventi: U. Pagallo - A. Carcaterra.

19 Maggio 2017, *Maternità, filiazione e genitorialità tra Italia ed Europa. Il divieto di discriminazioni dice tutto quel che c'è da dire?*

Tavola rotonda sul tema.

Saluti: P. Ridola - E. Del Prato.

Apertura dei lavori: E. Olivito.

Interventi: G. Brunelli - B. Pezzini - C. Tripodina - F. Angelini - I. Anrò - J. Long - D. Rosani - M. Rizzuti.

Conclude: S. Niccolai.

Chiusura dei lavori: S. Niccolai - E. Olivito.

19 Maggio 2017, *Filosofia e diritto in Alessandro Argirotti*.

Convegno, organizzato dall'Istituto di Filosofia del diritto, in occasione della pubblicazione dell'omonimo volume.

Saluti: E. Gaudio - P. Ridola - C. Faralli - L. Avitabile.

Partecipano: B. Romano - P. Marconi - F. Viola - A. Rivera Llano - A. La Spina - B. Pastore - I. Trujillo - A. Schiavello - G. Bartoli - D. Anselmo - C. Palumbo - G. Petrocco - A. Siniscalchi.

25 Maggio 2017, *'Promesse mancate'. Dove ci ha portato il capitalismo finanziario. Una riflessione sul libro di M. Rosaria Ferrarese (Il Mulino, 2017).*

Incontro di studio sul tema organizzato, alla presenza dell'Autrice, nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti nella prospettiva europea ed internazionale e nell'ambito del Corso di Diritto dei Mercati e degli Intermediari Finanziari.

Indirizzi di saluto: P. Ridola - E. Del Prato.

Presiede e conclude: M. Libertini.

Introduce: G. Scognamiglio.

Interventi: M. D'Alberti - A. Genovese - A. Roncaglia.

26 Maggio 2017, *Benedetto Croce, Riduzione della filosofia del diritto alla filosofia dell'economia, a cura di C. Nitsch (Collana Civiltà del diritto, Giuffrè, 2016).*

Presentazione dell'omonimo libro, alla presenza del curatore, organizzata nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Studi Politici del Dipartimento di Scienze Politiche e delle attività di ricerca in Diritto pubblico del Dipartimento di Scienze Giuridiche della Facoltà di Giurisprudenza.

Interventi: A.A. Cervati - G. Calabrò - F. Mercadante - P. Ridola.

29 Maggio 2017, *Legalità penale e legalità processuale: dissociazioni tra modelli e realtà.*

Convegno sul tema, attributivo di 6 crediti formativi dall'Ordine degli Avvocati, organizzato in collaborazione con Archivio Penale, Fenix - Vento di Cambiamento e svoltosi nell'ambito delle attività del Master in Scienze Forensi.

Indirizzi di saluto e introduzione: P. Ridola - L. Avitabile - A. Gaito - A. Cassiani - N. Fusaro.

Presiede: M. Gambardella - A. Gaito.

Interventi: D. Falcinelli - F. Giunchedi - G. Civello - D. Negri - O. Mazza - M. Ronco.

31 Maggio 2017, *Giurisdizione, diritti e legalità.*

Seminario sul tema organizzato dall'Accademia Internazionale di Filosofia del diritto 'Sapienza' e dal correlato Laboratorio di studi sull'ermeneutica giuridica.

Saluti: P. Ridola - L. Avitabile.

Interventi: P. Marconi - M. Prospero.

Conclusioni: V. Omaggio.

9 Giugno 2017, *Universalismo e regionalismo nella tutela internazionale dei diritti dell'uomo*.

Seminario sul tema organizzato nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto pubblico e del Dottorato di ricerca in Autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti nella prospettiva europea e internazionale - *curriculum* di diritto internazionale e dell'Unione europea.

Contestualmente all'incontro la presentazione del volume di Giuseppe Pascale, «La tutela internazionale dei diritti dell'uomo nel continente africano» (Jovene, 2017).

Indirizzi di saluto: E. Del Prato.

Introduce e coordina: A. Davì.

Interventi: M. Iovane - A. Peters - P. Ridola.

16 Giugno 2017, *Mediazione politica e compromesso parlamentare*.

Seminario di studi sul tema organizzato dalla Rivista Costituzionalismo.it.

Relazioni: M. Dogliani - M. Manetti - P. Ridola - W. Tocci.

Interventi: G. Azzariti - F. Bilancia - G. Brunelli - G. Bucci - I. Ciolli - G. De Togni - C. Ferrajoli - P. Marsocci - E. Rinaldi - M. Villone.

16 Giugno 2017, *Valori e tecniche nelle riforme del lavoro dell'ultimo ventennio (1997/2017): continuità e discontinuità*.

VII incontro su 'Le Riforme del Lavoro e le Idee dei Giuristi' organizzato dal gruppo giuslavorista 'Freccia Rossa' e dalla Commissione di Certificazione C-ERT dell'Università degli studi di Roma Tre.

Indirizzi di saluto di R. Scognamiglio - M. Persiani - E. Ghera ai Professori Emeriti R. De Luca Tamajo e G. Santoro Passarelli.

Presiedono: R. De Luca Tamajo - G. Santoro Passarelli.

Discutono: T. Treu - M. Magnani - L. Zoppoli - M. Tiraboschi - M. Barbieri - M. Marazza - R. Del Punta - M.T. Carinci - P. Tullini - M. Del Conte - A. Perulli - R. Romei - B. Caruso - R. Pessi - F. Scarpelli.

3 Luglio 2017, *Amministrazione consensuale e diritto privato*.

Presentazione del volume di Alfredo Moliterni edito da Jovene Editore, svoltasi nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto pubblico.

Saluti: P. Ridola.

Presiede e introduce: C. Pinelli

Intervengono: V. Cerulli Irelli - E. Del Prato - G. Napolitano - F. Patroni Griffi.

13 Luglio 2017, *La questione ambientale: vantaggi fiscali e incentivi alle imprese*.

Seminario sul tema organizzato nell'ambito delle attività del Master Universitario di II livello in Diritto dell'ambiente.

Ne discutono: A. Lalli - S. Leonardi - M. Demasi.

13 Luglio, 2017, *The Rule of Law in the 'New' Regulatory State*.

Lezione sul tema tenuta dal professor Leighton McDonald dell'Australian National University nell'ambito del Master in *Global Regulation of Markets*.

14 Settembre 2017, *Urbanistica e paesaggio*.

Tavola rotonda sul tema insieme a Cesare Lamberti, Consigliere di Stato, già Presidente del TAR Umbria.

Partecipano: A. Lalli - F. Satta - G. Passalacqua - P. Berdini - G. Calcerano - L. Lavitola - G. F. Nicodemo.

18 Settembre 2017, «*Il contratto in generale. Fonti, teorie, metodi.*» nel *Trattato di Diritto civile e commerciale diretto da Antonio Cicu, Francesco Messineo, Piero Schlesinger*.

Seminario, alla presenza dell'Autore e in collaborazione con l'Associazione Civilisti Italiani, per la presentazione del libro del professor Guido Alpa.

Indirizzi di saluto: P. Ridola - L. Avitabile - E. Del Prato.

Partecipano: M. Brutti - G. Chiodi - M. Confortini - E. Del Prato - A. Gentili - G. Sbisà.

21 e 22 Settembre 2017, *Fundamental guarantees in European judicial proceedings: coexistence, comparison and conflicts among legal systems*.

Convegno sul tema organizzato in collaborazione con Euro-

pean Papers e il Research Centre for European Law - Unitelma Sapienza.

Indirizzi di saluto: F. Avallone - P. Ridola - E. Del Prato.

Presiedono: R. A. Wessel - C. Hillion.

Interventi: C. Hillion - E. Frantziou - E. Cannizzaro - F. Casolari - L. Marin - P. García Andrade - R. A. Wessel - C. Matera - E. Fahey - R. Calvano - V. Mongillo - N. Napoletano.

29 Settembre 2017, *Ad edictum di Paolo e Ulpiano*.

Workshop sul tema rientrante nelle iniziative promosse nell'ambito del progetto europeo *Scriptores Iuris Romani SIR* (ERC AdG 2014).

Partecipano: M. Brutti - G. Luchetti - B. Santalucia - A. L. De Pretis - S. Di Maria - C. Giachi - F. Mattioli - I. Pontoriero - F. Pultano - A. Spina - F. Tamburi.

29 Settembre 2017, *Imprese multinazionali e diritti umani: una relazione complessa*.

Seminario sul tema tenuto dalla prof.ssa Valentina Grado e organizzato nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Autonomia privata, impresa, lavoro e tutela dei diritti nella prospettiva europea e internazionale - *curriculum* di Diritto internazionale e dell'Unione europea.

4 Ottobre 2017, *Cina e codificazione nel XXI secolo. La parte generale del Codice civile in vigore dal 1 Ottobre 2017*.

Convegno sul tema, secondo a quello svoltosi presso l'Università di Bologna il 3 Ottobre 2017, promosso dall'Osservatorio sulla Codificazione e sulla Formazione del Giurista in Cina nel quadro del Sistema Giuridico Romanistico, che vede coinvolte Sapienza Università di Roma, Università di Roma 'Tor Vergata', Università della Cina di Scienze Politiche e Giurisprudenza (CUPL) e il Consiglio Nazionale delle Ricerche - Dipartimento di Scienze Umane e Sociali.

Interventi di saluto: F. Masini - P. Ridola.

Presiedono: P. Rescigno - M. Timoteo - F. Anling.

Relazioni di: N. Irti - Y. Zhen - F. Anling - E. Del Prato - C. Jianyuan - A. Di Porto - G. Alpa - R. Cardilli - S. Porcelli - L. Formichella - A. Saccoccio - O. Diliberto - L. Capogrossi Colognesi.

Concludono i lavori: C. Jianyuan - S. Schipani.

6 Ottobre 2017, *Responsabilità degli enti da reato e mercati emergenti*.

Convegno sul tema organizzato dal Dipartimento di Studi Giuridici, Filosofici ed Economici.

Saluti e presentazione: E. Gaudio - P. Ridola - L. Avitabile - A. Fiorella.

Presiedono: M. Trapani - M. Catenacci - A. Fiorella - A. Manna - M. Masucci - S. Preziosi - A. Sereni.

Interventi: N. Boccella - L. Avitabile - M. Gambardella - M. T. Trapasso - A. S. Valenzano - E. Villani.

6 Ottobre 2017, *Uguaglianza e discriminazioni*.

Convegno di studio sul tema organizzato in collaborazione con la rivista *Critica del Diritto*.

Saluti: P. Ridola - L. Avitabile - E. Del Prato.

Relazione introduttiva: A. Bevere.

Discutono: P. Bronzo - G. Buoninconti - S. Gambino - R. Greco - D. Mezzacapo - I. Sigismondi.

Relazione conclusiva: L. Ferrajoli.

6 Ottobre 2017, *Democrazia e rappresentanza, oggi*.

Lezione sul tema tenuta dal professor M. Luciani nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto pubblico.

13 Ottobre 2017, *La direzione delle indagini*.

Lezione-seminario tenuta dal Dott. G. Cascini, Procuratore Aggiunto presso il Tribunale di Roma, nell'ambito del Corso di Diritto processuale penale del professor G. Giostra.

13 Ottobre 2017, *Norme incostituzionali e nuovo sistema degli stupefacenti*.

Presentazione, svoltasi nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto pubblico, del volume del professor M. Gambardella, edito da Sapienza Università Editrice.

Presiede e introduce: A. Fiorella.

Ne discutono: G. Lattanzi - R. Blaiotta - N. Gratteri - G. Azzariti.

17 Ottobre 2017, *Gli scenari aperti dal 'Caso Taricco' nel sistema penale.*

Convegno di studio sul tema.

Presiede e introducono: M. Gambardella - A. Fiorella.

Ne discutono: A. Bernardi - R. Mastroianni - C. Sotis - E. Gallucci - C. Cupelli - A. Massaro - C. Pinelli - M. Dovinola - L. Daniele - C. Intriери - R. Calvano - A. Manna.

18 Ottobre 2017, *La ragione del diritto dalla metropoli alla rete di Internet.*

Incontro sul tema.

Presiede: B. Romano.

Relazioni: A. Rivera Llano - G. Bartoli - C. Palumbo.

18 Ottobre 2017, *Il contraddittorio procedimentale. Ordinamento nazionale e diritto europeo convenzionale.*

Presentazione, svoltasi nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto pubblico, del volume di Andrea Carbone, edito da Giappichelli.

Saluti: P. Ridola.

Interventi: V. Cerulli Irelli - L. De Lucia - M. A. Sandulli - F. G. Scoca.

18 Ottobre 2017, *Il lavoro agile nella disciplina legale, collettiva ed individuale. Stato dell'arte e proposte interpretative di un gruppo di giovani studiosi.*

Convegno sul tema organizzato con la partecipazione del Gruppo giovani giuslavoristi della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma.

Indirizzi di saluto: E. Del Prato.

Saluto dei giuslavoristi della Facoltà di Giurisprudenza della Sapienza Università di Roma: R. Scognamiglio - M. Persiani - E. Ghera - G. Santoro-Passarelli - A. Maresca - L. Valente - D. Mezzacapo - G. Galli.

Interventi: M. Verzaro - S. Cairoli - L. Monterossi - G. Marchi - M. Cuttone - A. Riccio - S. Bini - A. Donini - A. Delogu.

25 Ottobre 2017, *Alle origini del positivismo giuridico moderno.*

Lezione sul tema tenuta da Franco Todescan, professore Emerito di Filosofia del diritto presso l'Università di Padova, svoltasi

nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto romano, Teoria degli ordinamenti, Diritto privato del mercato - *curriculum* Teoria degli ordinamenti.

26 Ottobre 2017, *Il diritto civile di Stefano Rodotà*.

Giornata di studi in ricordo del Maestro.

Saluti e presentazione: A. Gentili.

Introduzione: G. Alpa - V. Roppo.

Interventi: L. Nivarra - M. Orlandi - G. Ferrando - E. Navarretta - A. Gambaro - U. Mattei - G. De Nova - R. Di Raimo - M. Franzoni - C. Salvi - F. Busnelli.

27 Ottobre 2017, *Contrattazione pubblica, anticorruzione e trasparenza nell'ordinamento spagnolo*.

Lezione sul tema tenuta dalla professoressa Elisenda Malaret Garcia, della Facultat de Dret - Universitat de Barcelona, svoltasi nell'ambito delle attività del Dottorato di ricerca in Diritto pubblico e del Master di II livello in Corruzione e Sistema Istituzionale e in collaborazione con l'Autorità Nazionale Anti Corruzione.

27 Ottobre 2017, *Le indagini difensive*.

Lezione-seminario tenuta da Ambra Giovene, Avvocato del Foro di Roma, nell'ambito del Corso di Diritto processuale penale del professor G. Giostra.