

# ILLYRIUS



SAPIENZA  
UNIVERSITÀ DI ROMA

Centro di Ricerca e Cooperazione  
con l'Eurasia, il Mediterraneo  
e l'Africa Sub-sahariana



ISSN 2225-2894

International Scientific Review / n. 12 / (I-2019)

*Scientific Review / Revistë Shkencore / Rivista Scientifica*



**Scientific Directors:**

*Ersi Bozheku – Giorgio Spangher*

*In collaboration with*



Albanian National Group  
Collective Members of Kosovo

Roma – Tirana – Prishtina

Price: 7 euro





# Illyrius

International Scientific Review – ISSN 2225-  
2894

*Scientific Review / Revistë Shkencore / Rivista scientifica*

**Scientific Committee / Këshilli Shkencor / Comitato Scientifico**

**Prof. Antonello Biagini**

*Professore Ordinario di Storia dell'Europa Orientale, "Sapienza" Università di Roma –  
Prorettore per gli Affari Generali, "Sapienza" Università di Roma*

**Prof. Dr. Avv. Alfonso M. Stile**

*Professore Emerito di Diritto Penale, "Sapienza" Università di Roma / Presidente Onorario  
dell'"Association Internationale de Droit Pénal" – Albanian National Group and Collective  
Members of Kosovo, united in AIDP – Albanian People Group*

**Prof. Dr. Giorgio Spangher**

*Professore Emerito di Diritto Processuale Penale, "Sapienza" Università di Roma / Già-  
Preside della Facoltà di Giurisprudenza – "Sapienza" Università di Roma*

**Prof. Dr. Avv. Antonio Fiorella**

*Professore Ordinario di Diritto Penale, "Sapienza" Università di Roma*

**Prof. Dr. Avv. Andrea Castaldo**

*Professore Ordinario di Diritto Penale, l'Università di Salerno*

**Prof. Dr. Avv. Enrico Mezzetti**

*Professore Ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi Roma Tre*

**Prof. Dr. Avv. Adelmo Manna**

*Professore Ordinario di Diritto penale, Università degli Studi di Foggia*

**Prof. Dr. Avv. Francesco Fimmanò**

*Professore Ordinario di diritto commerciale, Università del Molise*

**Prof. Dr. Avv. Lorenzo Picotti**

*Professore Ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi di Verona / Vice-Presidente  
dell'"Association Internationale de Droit Pénal" – Gruppo italiano*

**Prof. Dr. Francesco Viganò**

*Professore Ordinario di Diritto Penale, Università Statale di Milano*

**Prof. Dr. Antonella Marandola**

*Professore Ordinario di Diritto Processuale Penale, Università LUM Jean Monnet di Bari*

**Prof. Dr. Avv. Giulio De Simone**

*Professore Ordinario di Diritto Penale presso l'Università del Salento*

**Prof. Dr. Nicola Pisani**

*Professore Ordinario di Diritto penale presso l'Università degli Studi di Teramo*

**Prof. Dr. Giovanni Cimbalo**

*Professore Ordinario di Diritto Ecclesiastico presso l'Università di Bologna Alma Mater Studiorum*

**Prof.assoc. Dr. Avv. Marco Gambardella**

*Professore Associato di Diritto Penale, "Sapienza" Università di Roma*

**Prof.assoc. Dr. Luigi Cornacchia**

*Professore Associato di Diritto Penale presso l'Università del Salento*

**Prof.assoc. Dr. Cristiano Cupelli**

*Professore Associato di Diritto Penale, presso l'Università degli Studi Tor Vergata di Roma*

**Prof.assoc. Dr. Avv. Nicola Selvaggi**

*Professore Associato di Diritto penale presso l'Università Mediterranea di Reggio Calabria*

**Prof.assoc. Dr. Angelo Lalli**

*Professore Associato di Diritto Amministrativo presso "Sapienza" Università di Roma*

**Dr. Pasquale Bronzo**

*Professore Associato di Diritto Processuale Penale, "Sapienza" Università di Roma*

**Prof.assoc. Dr. Federica Botti**

*Professore Associato di Diritto Ecclesiastico presso l'Università di Bologna Alma Mater Studiorum*

**Prof. assoc. Dr. Avv. Ersi Bozheku**

*Professore Associato di diritto penale – Università di Tirana / Ricercatore, Professore Aggregato di Diritto Penale presso l'Università degli Studi eCampus / Direttore Esecutivo del Centro Studi, alta Formazione e Ricerca Italo-Albanese del CEMAS "Sapienza" Università di Roma*

**Prof.straord. Avv. Giuseppe Saccone**

*Professore Straordinari di Diritto Processuale Penale presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università "Pegaso" di Napoli / Ricercatore di Diritto Processuale Penale, Università "Pegaso" di Napoli*

**Prof.straord. Dr. Marco Margarita**

*Professore Straordinario di Diritto Tributario presso l'Università degli Studi eCampus*

**Prof.straord. Dr. Roberto Russo**

*Professore Straordinario di Diritto Costituzionale presso l'Università degli Studi eCampus*

**Prof.aggr. Dr. Avv. Giovanni Stile**

*Professore Straordinario di "Economia e Criminalità" presso la Facoltà di Studi Politici "Jean Monnet" della Seconda Università degli Studi di Napoli / Ricercatore di Diritto Penale, Seconda Università degli Studi di Napoli*

**Prof.aggr. Dr. Roberto Flor**

*Professore Aggregato di diritto penale dell'Economia presso la Facoltà di Giurisprudenza dell'Università di Verona/ Ricercatore di Diritto Penale, Università di Verona*

**Prof.aggr. Dr. Simone Manfredi**

*Ricercatore, Professore Aggregato di Economia Aziendale nell'Università degli Studi di Cassino e del Lazio Meridionale*

**Prof. aggr. Dr. Andrea Carteny,**

*Ricercatore. Professore Aggregato di di Storia Europa Orientale, "Sapienza" Università di Roma / Direttore del CEMAS Sapienza Università di Roma*

**Prof. aggr. Dr. Marco Cilento**

*Ricercatore. Direttore del Corso di Laurea in Cooperazione Internazionale e Sviluppo, Sapienza Università di Roma*

**Dr. Gabriele Natalizia**

*Ricercatore. Professore Aggregato di Scienza Politica alla Link University – Roma*

**Dr. Redi Shtino**

*Vice Ministro dell'Istruzione della Repubblica d'Albania*

**Cons. Luca Ramacci**

*Consigliere presso la Suprema Corte di Cassazione*

**Cons. Eugenio Selvaggi**

*Sostituto Procuratore Generale presso la Suprema Corte di Cassazione*

**Cons. Francesco Brugaletta**

*Magistrato del Tribunale Amministrativo Regionale (T.A.R.) di Catania / Presidente di Sezione della Commissione Tributaria*

**Cons. Rosario Aitala**

*Magistrato.. Consigliere del Ministro degli Esteri per le aree di crisi e la criminalità internazionale*

**Cons. Luigi Pacifici**

*Magistrato. Sostituto Procuratore della Repubblica presso il Tribunale di Tivoli*

**Cons. Valerio De Gioia**

*Magistrato. Giudice presso la Prima Sezione Penale del Tribunale di Roma.*

## **Added Members / Antar Shtesë / Membri Aggiunti**

**Prof. Dr. Ismet Elezi**

*Emeritus Professor of Criminal Law, University of Tirana / Honorary President of "Association Internationale de Droit Pénal" – Albanian National Group and Collective Members of Kosovo, united in AIDP – Albanian People Group*

**Prof. Dr. Artan Hoxha**

*Full Professor of Criminal Procedure Law, Dean of Faculty of Law, University of Tirana*

**Prof. Dr. Altin Shegani**

*Full Professor of Criminal Law, ex-Dean of Law Faculty, University of Tirana*

**Prof. Dr. Skender Kaçupi**

*Full Professor of Criminal Law, ex-Dean of Faculty of Law, University of Tirana*

**Prof. Dr. Kudret Cela**

*Full Professor of Criminal Law, ex-Dean of Faculty of Law, University of Tirana*

**Prof. Dr. Sokol Mengjesi**

*Full Professor of Criminal Law, Faculty of Law, University of Tirana*

**Prof. Assoc. Mirela Bogdani**

*Associate Professor of Human Rights, Faculty of Law, University of Tirana*

**Dr. Erjon Muharremaj**

*Docent of International Criminal Law, Faculty of Law, University of Tirana*

**Prof. Dr. Ragip Halili**

*Full Professor of Criminology and Victimology, University of Prishtina - Kosovo*

**Prof. Dr. Bajram Ukaj**

*Full Professor of Criminal Law, Dean of Law Faculty, University of Prishtina – Kosovo / Honorary President of "Association Internationale de Droit Pénal" – Albanian National Group and Collective Members of Kosovo, united in AIDP – Albanian People Group*

**Prof. Dr. Mejdi Bektashi**

*Full Professor of Economics, Vice-Dean of Law Faculty, University of Prishtina – Kosovo*

**Prof. Assistant Avni Puka**

*Assistant Professor of Criminal Law, University of Prishtina – Kosovo / Vice-president of "Association Internationale de Droit Pénal" – Albanian National Group and Collective Members of Kosovo, united in AIDP – Albanian People Group / Executive Director of International Institute of Legal and Criminal Studies - IILCS*

**Scientific Directors / Drejtues shkencorë / Direttori Scientifici**

*Ersi Bozheku – Giorgio Spangher*

**Responsabile Amministrativo / Përgjegjës Administrativ / Administrative Responsible**

*Avni Puka*

**ISSN 2225-2894**

*This review is published twice-yearly and adopts a **double blind peer review** procedure for evaluation ad acceptance.*

*Kjo revistë del në shtyp me një frekuencë semestrale dhe përdor procedurat e vlerësimit dhe të pranimit **double blind peer review***

*Rivista avente periodicità semestrale che si avvale della procedura di valutazione e accettazione **double blind peer review***







# Illyrius

**International Scientific Review – ISSN 2225-2894**

*Scientific Review / Revistë Shkencore / Rivista scientifica*

n. 12/ (I-2019)

## Index

### Articles / Artikuj / Articoli

**Prof. Dr. Enrico Mezzetti**

Traffici illeciti e cooperazione giudiziaria tra Italia e Albania.

Una sintesi.....p.15

*(Illicit trafficking and judicial cooperation between Italy and Albania. A summary)*

**Prof. assoc. Ersi Bozheku Ph. D.**

Riforma della giustizia (in crisi), *empasse* istituzionali e sogni europei. Le “pericolose” crocevie d’Albania.....p.29

*(Reform of justice (in crisis), institutional impasse and European dreams. The "dangerous" crossroads of Albania)*

**Alma Lama Ph.D. (Cand.)**

*Democratisation in Kosovo and ethnic minority rights in the constitutional arrangements after the war.....p.55*  
*(The Albanian public prosecutor from the totalitarian system to political pluralism)*

**Andi Civici Ph.D. (Cand.) – Msc. Arbesa Kurti**

Failure to fulfill contractual obligations, civil liability or a criminal offense?.....p.89

**Opinions /Opinione / Opinioni**

**Prof. Dr. Giorgio Spangher**

Inammissibile il rito abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo.....p.107  
*(The abbreviated rite for crimes punished with life imprisonment is inadmissible)*

**Ramona Mihaela Coman Ph.D.**

*Conviction at the ECHR – What follows it?.....p.117*

**Ximena Moldovan Ph.D.**

*The insolvency of the natural person in Romanian legislation, between regulation and practice.....p. 129*

**Ledia Hysi Ph.D. (Cand.)**

*Albanian efforts towards European integration.....p.141*

**Sentence Note / Nota a Sentenza / Koment Vendimi**

**Avv. Antonio Martini**

Il diritto di accesso civico alla luce delle recenti riforme legislative.....p.157

*(nota a sentenza: Cons. Stato. II Sez., n. 3780 del 05.06.2019)*

*(The right of civic access in the light of recent legislative reforms)*

*(Note to Sentence: Cons. Stato, II Sez., 3780, 05.06.2019))*



*Articles / Artikuj / Articoli*



## **Traffici illeciti e cooperazione giudiziaria tra Italia e Albania. Una sintesi.**

**Prof. Dr. Enrico Mezzetti <sup>(1)</sup>**

SOMMARIO: .I. Alcuni punti fermi prioritari a qualsiasi forma di esame del tema. - .II. Le singole articolazioni dei profili problematici nei rapporti di cooperazione giudiziaria tra Italia e Albania. - .III. Considerazioni critiche finali.

### **.I. Alcuni punti fermi prioritari a qualsiasi forma di esame del tema.**

Tracciare, oggi, un bilancio, sia pure provvisorio e soggetto a qualsiasi tipo di ragionevole revisione <sup>(2)</sup> che possa

---

<sup>(1)</sup> *Professore Ordinario di Diritto Penale, Università degli Studi Roma Tre di Roma.*

<sup>(2)</sup> *Relazione di sintesi tenuta al Convegno Internazionale "Traffici illeciti e cooperazione giudiziaria italo-albanese" tenutasi presso l'Università del Salento, Dipartimento di Scienze Giuridiche, in collaborazione con Università i Tiranese e la Sapienza Università di Roma, giovedì, 26 aprile 2018, ore 14:15, Aula Conferenze, College Isufi, via Monteroni, Lecce. Il contributo sarà anche pubblicato in un'apposita raccolta atti del Convegno.*



essere dettato da ragionamenti predittivi in relazione ad ogni forma di cooperazione giudiziaria in materia penale, appare esercizio talmente arduo da risultare, forse, impossibile.

Tutto ciò per una serie nutrita di ragioni che val la pena, sia pure in estrema sintesi, illustrare, anche solo per mettere a fuoco in modo più preciso la miriade delle sfaccettature che il problema presenta, prima ancora che sul piano giudiziario penale, su quello prioritario del senso e dei limiti della cooperazione internazionale in uno scenario in continua fibrillazione, soggetto a violente scosse telluriche, per usare una lugubre immagine odierna purtroppo piuttosto incombente, specialmente se l'analisi riguarda da vicino le vicende inerenti il bacino del Mediterraneo.

Prima di tutto vi è un ritardo culturale che non ha premesso il passaggio, di certo decisivo, da forme primordiali di collaborazione giudiziaria tra Stati, spesso a schema "duale", cioè che interessava solo i due Paesi interessati a sciogliere singoli problemi connessi alla risoluzione di specifici problemi processuali, a forme più evolute; i due emblemi del primo modello sono ancora oggi costituiti dal sistema, farraginoso e per certi aspetti tipico di una visione antiquata dei rapporti giurisdizionali tra diverse autorità statuali, delle rogatorie e dell'extradizione, anche nelle sue forme più progredite e semplificate. Senza che si sia passati al modello della "collaborazione avanzata interstatale" alla lotta al crimine transfrontaliero. Ciò implica, infatti, la rinuncia a fette considerevoli di sovranità statale (di fatto previsione contemplata dall'art. 11 della nostra Carta costituzionale) ed alla cessione di porzioni di potestà punitiva che evidentemente faticano ad imporsi. Nella stessa concezione di giustizia internazionalmente collaborativa che ciascun legislatore,

espressione di un certo grado di civiltà giuridica, non è ancora stato in grado di raggiungere.

Il secondo motivo è di ordine tecnico.

Non si è infatti proceduto in termini seri ad un allineamento omogeneo e razionale della legislazione penale in Europa, specialmente nello spazio giudiziario di pertinenza, nonostante le ampie previsioni dei Trattati sul consolidamento dell'Unione Europea, nel passaggio dal Terzo Pilastro all'odierno assetto eurolunitario. Questa era la premessa irrinunciabile per procedere all'implementazione di forme avanzate di cooperazione giudiziaria che, in tanto funzionano in quanto si inseriscano in un quadro normativo di base sufficientemente stabile, omogeneo ed interscambiabile.

Il terzo si palesa di carattere politico-istituzionale.

La recente *revanche* di forme, che sembravano superate dallo sviluppo della moderna democrazia, di populismo e sovranismo costituiscono, allo stato presente, il limite e lo scoglio più evidente di lotta comune alla criminalità transfrontaliera. Anzi, ne costituiscono, forse inconsapevolmente, uno dei reattori più efficaci e pronti.

Tuttavia, queste considerazioni, pur inattaccabili sul piano astratto, in concreto esulano, di fatto, da queste considerazioni che si riferiscono al tema, specifico, dei rapporti di cooperazione giudiziaria tra Italia ed Albania. Quest'ultimo Paese, infatti, pur essendo sin dal 24 giugno 2014 ufficialmente candidato a far parte a pieno titolo dell'Unione Europea, dopo aver richiesto formalmente l'adesione all'UE il 28 aprile 2009, non ha ancora fatto il proprio ingresso nel consesso europeo.

Peraltro, in ordine a recenti vicende legate al contrasto dell'immigrazione clandestina e delle misure atte a contrastarne lo sfruttamento, questo Paese, geograficamente posto in

posizione strategica nelle possibili rotte prescelte dalla criminalità transfrontaliera, ha manifestato la propria disponibilità a collaborare con altri Stati dell'Ue, per risolvere il drammatico problema contingente del collocamento fisico degli immigrati clandestini.

Dunque, queste riflessioni di sintesi, che pur devono tener conto del quadro politico-giudiziario appena tratteggiato, non possono non prendere in considerazione le peculiari caratteristiche dei rapporti giurisdizionali (penali) che ad oggi governano i rapporti tra Italia ed Albania, che sono rimasti ad un livello tradizionale.

Certo, occorre fare i conti, anche sul versante che più da vicino ci riguarda, della necessità, che è stata a ragione sollevata, di applicare un modello multilivello di disciplina che tenga conto della forte globalizzazione del crimine. Emblematici, al riguardo, a partire per lo meno dalla fine degli anni '80, ma si tratta di fenomeni criminosi consolidatisi nel decennio successivo, gli imponenti flussi migratori, anche riguardo ai rapporti tra i due Stati che si stanno considerando, ed il radicarsi di sofisticate "truffe piramidali".

L'immigrazione clandestina, che ormai interseca anche la responsabilità degli enti (art. 25-*duodecies* d.lgs. n. 231 del 2001) così come lo *smuggling* (il volto moderno e multiforme del contrabbando), compreso già tra gli obiettivi da contrastare nelle misure concordate dalla Convenzione di Palermo del 2000, hanno conosciuto un certo salto di qualità correlato con i limitrofi fenomeni criminosi dello sfruttamento della prostituzione e del traffico di sostanze stupefacenti, fenomeni resisi molto acuti dopo la crisi della ex-Jugoslavia, che in questa parte d'Europa ha avuto un evidente risvolto destabilizzante.

## **.II. Le singole articolazioni dei profili problematici nei rapporti di cooperazione giudiziaria tra Italia e Albania.**

Con specifico riferimento alle forme di cooperazione giudiziaria, ed alla loro concreta attuazione, dei due Paesi in considerazione - Italia e Albania - diacronicamente occorre osservare in via preliminare che le primordiali attività giudiziarie in collaborazione risalgono ad operazioni illecite transfrontaliere, aventi a che fare col traffico di droga, di migranti, attraverso un meccanismo di contrasto affidato al Roan (Reparto operativo aeronavale della Guardia di Finanza) che ha da un certo momento storico in poi effettuato una serie di sequestri di gommoni, impiegati come strumenti per la commissione di reati, sia sul mare territoriale che extraterritoriale. Tutto ciò in assenza di una normativa sottostante di caratura europea, bensì mediante gli usuali strumenti di collaborazione interstatuale tra due specifici Paesi.

Quindi, con l'obiettivo di stroncare traffici illeciti nello stretto braccio di mare che separa i due Stati, senza che ciò dovesse implicare un coinvolgimento delle istituzioni europee. Anche se è indubbio che le ricadute positive del contrasto a queste forme di delinquenza migrante tra Paesi che si trovano posizionati su rotte strategiche nel contrasto alla criminalità transfrontaliera in territori comunque perimetrati dai confini europei ha indubbi riflessi benefici sul contrasto di questo tipo di organizzazioni criminali.

In tale contesto l'operazione *Sunrise* del 2010, in un ambito in cui inizialmente lo strumentario della cooperazione risultava allo stato iniziale, ha consentito l'emissione simultanea di misure cautelari di una certa incisività che, in via preventiva, sono

riuscite in qualche modo ad avviare circoli virtuosi di meccanismi di ripristino della legalità.

Certamente, l'esecuzione di questi provvedimenti, sia pure emessi in sede cautelare, ha segnalato l'insorgere di una netta distinzione di giurisdizione a seconda che l'esecuzione del provvedimento fosse eseguita in Italia o Albania. In tal senso è intervenuta, nel 2007/8, una Convenzione tra l'Italia e la Repubblica d'Albania, che ha condotto all'adozione della l. n. 97 del 14.6.2011 di ratifica, secondo il modello tradizionale di tipo "duale" più sopra evidenziato. Di un qualche spessore, invece, nell'ambito di un deciso avanzamento degli strumenti collaborativi risulta, d'altro canto, la previsione di una Squadra Investigativa comune, che è misura che si orienta verso i tradizionali ed ormai consolidati metodi di coordinamento dal centro di tutta l'attività investigativa sin dai suoi primi atti. In questo senso tutte queste misure di collaborazione giudiziaria riecheggiano il modello della Procura europea posta a direzione delle indagini relative ad illeciti che offendono interessi dell'Unione Europea, già presente da tempo nel c.d. " *Libro verde* sulla protezione delle risorse finanziarie di fonte europea". Misure che in tanto possono avere un certo margine di rendimento, in quanto siano corroborate da avanzate forme di allineamento della legislazione penale dei singoli Stati a tutela di interessi comuni, in modo tale che si possa garantire un omogeneo strumentario di istituti applicabili in modo automatico a prescindere dal *locus commissi delicti* o in presenza di reati transnazionali.

Si vedrà più oltre come questa criticità costituisca il *punctum dolens* da risolvere anche con specifico riguardo all'implementazione degli accordi bilaterali di cooperazione giudiziaria tra Italia ed Albania come misure di contrasto di

diverse tipologie di illeciti penali, a cominciare dal traffico di sostanze stupefacenti o di migranti. In ogni caso, per consentire un avanzamento, in qualche modo, degli strumenti di cooperazione, la Procura antimafia ha intrapreso ad impiegare questo strumento. Strumento per la cui più efficace utilizzazione ha necessitato anche del supporto di intercettazioni telefoniche, pedinamenti, ed il ricorso, in forte aumento, dei sequestri. Insomma, tutte le misure che nel tempo, e specialmente presso la prassi italiana, antesignana in questo rispetto al quadro di riferimento offerto da altri Paesi, hanno mostrato una certa superiorità di rendimento.

Emblematica, al riguardo, la vicenda specifica dei sequestri effettuati su apparecchiature di marca Blackberry che, in un dato momento storico, aveva dato risultati di assoluto rilievo e su cui si era, nel frattempo, formata una giurisprudenza di legittimità che ne ha precluso il possibile ricorso nel caso in cui l'apparecchio fosse situato all'estero. Contrariamente a quanto si potesse immaginare, e nonostante le forti perplessità manifestate in dottrina, anche l'istituto della rogatoria ha svolto un ruolo non secondario nello sviluppo delle forme di collaborazione tra Italia ed Albania. Ciò anche in virtù della proficua collaborazione instauratasi tra le rispettive Autorità di competenza.

Tra gli istituti che sono stati di recente introdotti, nell'ambito di un percorso ordinato ed allineato di collaborazione, si segnala pure l'utilizzazione piuttosto rilevante, sull'esempio sempre della legislazione anticrimine organizzato, degli agenti infiltrati, che oggi in Italia, oltre che come strumento previsto dalla legge di attuazione del crimine organizzato transnazionale (art. 9, l. n. 146 del 2006), si vuole addirittura proporre anche tra le misure di contrasto anticorruzione.

Certamente, come nella cooperazione giudiziaria in genere tra Stati, anche nei rapporti tra Italia ed Albania si replicano tutti i problemi che serpeggiano diffusamente a proposito della cooperazione giudiziaria e che certamente potrebbero avere una qualche forma di scioglimento ove l'Albania entrasse nell'Ue. I temi all'ordine del giorno riguardano immancabilmente i settori, ritenuti nevralgici, del contrasto al traffico di droga, al terrorismo, alla corruzione. Al fine di evitare due effetti inversi che paradossalmente potrebbero avverarsi in combinazione tra loro: quello della migrazione della criminalità seguendo la consueta logica del "*forum shopping*", vale a dire dell'esercizio di opzioni di comportamenti criminali a seconda della lassità o, all'inverso, severità, dei sistemi preventivi e/o repressivi previsti dalle rispettive legislazioni di riferimento e quello dell'incremento, sperando in un inusitato successo di esse, di tutte le misure bilaterali di cooperazione, a cominciare dall'extradizione e da tutti i meccanismi più collaudati di trasferimento in genere delle persone sottoposte alla giurisdizione penale, intesa in senso lato. In cui pesa spesso il fattore "impediente" della contumacia, sull'esempio delle disposizioni contenute nello Statuto della Corte penale internazionale.

### **.III. Considerazioni critiche finali.**

Le questioni che si agitano intorno ai problemi della cooperazione giudiziaria tra Italia ed Albania sono gli stessi che pressappoco emergono in genere in tutte le forme o modelli di collaborazione giudiziaria al crimine. Sia a livello di legislazione europea che globalizzata a livello mondiale. Con l'aggravante -

se così si può dire – dell’ancora mancato ingresso di quest’ultimo Paese nell’Unione europea. Contingentemente, poi, le ‘controspinte’ che arrivano incessantemente, ed in modo preoccupante, sul processo di integrazione europea hanno delle ripercussioni, mai abbastanza sottolineate, di favorire in modo profondo, nefaste conseguenze prima di tutto proprio nel settore del contrasto alla criminalità transfrontaliera. Prospettiva, quest’ultima, che non viene apprezzata nella giusta misura – a mio parere – nemmeno sul versante cruciale delle nocive ricadute economico-finanziarie che tale rallentamento del processo d’integrazione produce. Anzi, tutt’al contrario, pulsioni al sovranismo creano impoverimento evidente sotto più aspetti, giudiziari, economico-finanziari, culturali che inducono ad un avvittamento del sistema complessivo verso esiti masochistici di diseconomia che ingenerano illusorie forme arcaiche di “decrecita felice” della civiltà verso le sue strutture più primordiali.

Un dato problematico che emerge con maggiore chiarezza, in particolare se lo si coniuga rispetto ai rapporti con Paesi ancora estranei all’Unione europea e tuttavia limitrofi geograficamente al territorio nazionale, riguarda la ripartizione delle sfere di competenza giurisdizionale nelle acque territoriali tra quelle nazionali ed internazionali, creando uno spazio di extraterritorialità dove il “diritto penale” nazionale, che usa strumenti tradizionali (e per certi aspetti anche obsolescenti), fatica ad imporre le proprie regole di disciplina. Lo stesso discorso potrebbe, difatti, valere, rispetto – si direbbe – al mare che circonda la Corsica, riguardo alla sfera di applicazione territoriale della legge penale italiana, così come nello stretto di Sicilia o nel braccio di mare che divide l’Italia da alcuni Paesi del Nord-Africa. La recente, drammatica vicenda del tilt colossale



sulle operazioni di salvataggio dei profughi, in situazioni di coinvolgimento delle Ong e di politiche aggressive di respingimento stanno a dimostrare tutta la problematicità della situazione. Per operazioni di contrasto alla criminalità transfrontaliera più efficiente e rapida nei movimenti, quella concernente il traffico di armi e/o droga, per intenderci, che impiega mezzi ben più celeri, le attività di polizia giudiziaria transfrontaliere incontrano evidenti maggiori difficoltà nell'“inseguimento” dei natanti delle organizzazioni criminali, che non si possono in alcun modo sottacere. E questo è, probabilmente, proprio lo scenario che si presenta in termini più eclatanti nelle vicende delle operazioni di cooperazione giudiziaria di contrasto al crimine transnazionale sull'asse italo-albanese.

Non dimentichiamo, poi, perché di questo il nostro Paese conserva tracce di memoria ancora fresche, la vicenda, per molti aspetti veramente complicata, dei “marò italiani” coinvolti nella super-intricata questione del riparto di giurisdizionale penale nazionale o internazionale, ove fosse, peraltro, riconosciuta e provata, la responsabilità dei militari di nazionalità italiana, situazione che continua a creare rapporti di frizione costante tra Italia ed India.

D'altra parte, innumerevoli sono i fattori che continuano a rallentare il processo di integrazione delle normazioni poste a contrasto di questo tipo di criminalità organizzata transfrontaliera.

Solo un rapido sguardo ad alcuni di essi potrà dimostrare agevolmente la fondatezza dell'assunto appena enunciato.

Prima di tutto la presenza, all'interno del sistema penale italiano odierno, sia pure sotto forma di un retaggio da anticaglia del passato, di istituti, ma si potrebbero fare altri esempi

egualmente espressivi dello stesso tipo di approccio alla problematica da parte del legislatore, come quello del rinnovamento del giudizio, ovvero del riconoscimento di sentenze penali straniere; ciò che potrebbe essere indicativo del grado di "sfiducia" in senso figurato che il legislatore italiano nutre (ancora allo stato attuale) nei confronti della giurisdizione straniera. E' un approccio, anche di tipo culturale, oltre che di sostanza, circa la gestione della giurisdizione con autorità straniere che la dice lunga sul *gap* ancora da colmare per il raggiungimento di un più elevato *niveau* di seria collaborazione internazionale al crimine.

Perdura, inoltre, un'evidente discrasia complessiva delle previsioni di legge che disciplinano istituti chiave nella lotta al crimine transfrontaliero, che rendono farraginoso il sistema per il mancato allineamento della legislazione, ciò che dovrebbe invece costituire il primo, indispensabile tassello di una risposta razionale e coordinata al crimine a vocazione transnazionale.

Si pensi, solo per fare alcuni esempi tra i più eclatanti, al regime interno della continuazione tra reati, alla disciplina delle circostanze in senso tecnico, aggravanti o attenuanti che siano, istituti, tutti questi, che determinano la individuazione della pena in concreto da irrogare rispetto ai vari accadimenti da sanzionare, esito che può facilmente determinare - come detto - comportamenti da *forum shopping* per la scelta della sede di commissione degli illeciti "più conveniente" sul piano delle conseguenze sanzionatorie.

Vi è, poi, un profilo critico per certi aspetti ancora più radicale e - si potrebbe dire - primordiale, rispetto a quelli appena enunciati: se è evidente il persistere di un difetto di corrispondenza tra istituti di c.d. parte generale, servente all'applicazione delle singole incriminazioni, distonie chiare si

notano pure sulla mancata corrispondenza circa la previsione dei fatti come reato nella c.d. "parte speciale".

Un *casus*, per tutti, che tocca da vicino la nostra legislazione e che rappresenta il reato strumentale per eccellenza al compimento del programma criminoso dei reati-fine: l'associazione di tipo mafioso di cui all'art. 416 bis non trova corrispondenti negli altri ordinamenti giuridico-penali.

Con buona pace per la previsione bilaterale del fatto nell'estradizione, solo per fare un esempio.

Ma problemi potrebbero sorgere anche rispetto ad istituti più moderni come il mandato di arresto europeo, che nel catalogo dei 32 reati convenzionalmente riconosciuti come la base per l'applicazione della normativa prevista contempla una molto più generica "associazione dei malfattori" sul modello francese. Che, per inciso, non brilla affatto per determinatezza della descrizione del fatto punibile.

Insomma, tutta questa rassegna, in ordine sparso, di problemi applicativi rende palese come persistano seri problemi di applicazione in concreto della legge penale di ciascuno Stato membro o che partecipa ad accordi bilaterali di cooperazione per il solare disallineamento della normazione. Ciò che - come è chiaro - fa cadere di efficienza tutto il sistema anticrimine transnazionale così faticosamente in gestazione.

Anzi, all'inverso, si registra, per molteplici ragioni, una palmare regressione nell'allineamento della normativa nel settore di contrasto del crimine transfrontaliero. Nonostante qualche buon risultato sul versante di alcune grandi operazioni che di recente hanno proprio interessato il crinale dei rapporti giudiziari penali tra Italia ed Albania.

Morale: perché si possano ottenere dei progressi effettivi, e non solo nominali, nella predisposizione di strumenti più moderni ed

efficaci nella lotta al crimine transfrontaliero, e la questione più specifica dei rapporti italo-albanesi non sfugge affatto a questo rilievo, occorre prima di tutto intervenire in modo razionale ed intrinsecamente non contraddittorio sulla legislazione, poi registrare i profili applicativi riguardanti la giurisdizione conseguenziale da esercitare. Pensare di invertire l'ordine di questi fattori, facendo massiccio ricorso al consolidamento di determinate prassi applicative, quindi mediante un diritto penale pretorio, e come tale di pura creazione giurisprudenziale, costituisce forse il più grave errore che istituzioni impegnate in questo settore di contrasto della criminalità organizzata transfrontaliera possano pensare di compiere.



**Riforma della giustizia (in crisi), *empasse*  
istituzionali e sogni europei.  
Le “pericolose” crocevie d’Albania.**

**Prof.assoc. Ersi Bozheku Ph.D. (1)**

SOMMARIO: .I. Una telefonata di mezz’estate. – .II. La riforma alla prova dei fatti. Il *vetting* che non funziona. – .III. Le responsabilità storiche del *vetting*. – .IV. Una riforma genera crisi. *L’empasse* istituzionale. – .V. Quale soluzione alle crisi politico istituzionale? – .VI. Dal rischio (concreto) di uno scontro civile ad una lezione di civiltà e maturità democratica da parte del popolo albanese. – .VII. I possibili scenari post-elettorali. – .VIII. Il sogno europeo a rischio. – .IX. La riforma della giustizia: il tramonto di un sogno di mezz’estate.

**.I. Una telefonata di mezz’estate.**

---

(<sup>1</sup>) Ersi Bozheku è Direttore Esecutivo del “CESIAL – Centro Studi, Alta Formazione e Ricerca Italo-Albanese del CEMAS Sapienza Università di Roma”. Professore Associate di Diritto Penale dell’Università di Tirana. Professore Aggregato di Diritto Penale all’Università degli Studi eCampus. Docente di “the ECHR: the application of the criminal law principles” alla Sapienza Università di Roma.

E' il 22 luglio del 2016 quando mediante una telefonata pomeridiana Giorgio Spangher segnala a chi scrive come in Albania sia stata appena approvata la riforma costituzionale della giustizia, la stessa cui, entrambi, almeno sulla carta (sulla carta poiché le due relazioni di oltre 300 pagine da noi inviate alla commissione giustizia non trovavano mai alcun riscontro istituzionale, seppure qualche nostra idea riecheggia qua e là nel testo della riforma), abbiamo preso parte in qualità di esperti.

Tra l'incredulo e il faceto si avvia un turbine di telefonate e contatti informatici per scoprire che non si tratta di una *fake*; considerato il periodo (mezz'estate), sembra un sogno e, considerata l'autorevolezza della telefonata, anche un sollecito a prendere in mano carta a calamaio e iniziare a scrivere su di un argomento tanto delicato quanto epocale.

Del resto si tratta di una riforma storica che viene approvata all'unanimità da tutto il parlamento albanese: un plebiscito che avrebbe dovuto dare avvio ad una nuova era, portando l'Albania nel giro di pochi anni a sanare il grosso *gap* evidenziato dall'UE in materia di giustizia (e corruzione) e dunque avviare con successo l'apertura dei negoziati per l'adesione.

In questo *climax* emotivo, non si può sfuggire dalla tentazione di scrivere un lungo articolo pubblicato sulla riforma e soprattutto sui punti più delicati della stessa in una delle più prestigiose riviste giuridiche italiane (di matrice penalistica), "diritto penale contemporaneo" (2). L'entusiasmo è alle stelle: ritenere di poter contribuire, seppure in minima parte, ad un

---

(2) Il riferimento è allo scritto E. BOZHEKU, *La riforma costituzionale ("strutturale) del sistema della giustizia nella Repubblica d'Albania*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), 05 ottobre 2016.

momento epocale del proprio paese fa scattare inebrianti sensazioni. Alimentato, poi, anche dal fatto che in Italia si è abituati ad iter legislativi a dir poco elefantiaci e dove le riforme, quelle serie, solo raramente riescono a vedere la luce, non si può non essere avvolti, forse un po' troppo sbrigativamente, anche da sentimenti di orgoglio nazionale.

Per omaggiare l'importanza dell'evento vengono fatti diversi convegni di *elite* a Roma, presso l'Università la Sapienza, con tanto di presenza di politici, uomini delle istituzioni, alti magistrati di Cassazione e Corte Costituzionale, professori di chiara fama italiani e albanesi, ovvero a Tirana, alla storica Università pubblica della città.

Nel cercare di dare un giudizio che si possa avvicinare il più possibile ai nuovi scenari che si andranno a delineare, considerata la ri-disegnazione degli assetti istituzionali nella vicina Repubblica balcanica, gli studiosi dell'argomento già all'epoca richiamano l'attenzione, *in primis*, sui motivi che hanno portato alla riforma. Questa, almeno in quel determinato momento storico e almeno nelle intenzioni dei riformatori, risponde all'impellente esigenza: a) di limitare lo strapotere dei magistrati, sempre più "sospettati" di corruzione, legami con il mondo del crimine e soprattutto di un'amministrazione "personale", dal sapore quasi "medievale", della cosa pubblica; b) di arginare l'enorme influenza del potere politico sulla magistratura; c) di far ritornare la fiducia dei cittadini nelle istituzioni attraverso la realizzazione di una cultura orientata verso i valori di probità, senso del dovere, rispetto delle



funzioni, delle istituzioni e della giustizia; d) di aumentare il livello di professionalità dei magistrati <sup>(3)</sup>.

Già all'epoca, però, si pongono una serie di criticità ed interrogativi in relazione ai nuovi equilibri che si andranno a stabilire tra politica e magistratura e soprattutto sul fatto che la riforma è un prodotto di marchio americano-tedesco e che su molti aspetti non tiene conto della complessissima realtà albanese e solo in apparenza manifesta un coinvolgimento trasversale di tutti i protagonisti della vita giuridica del paese <sup>(4)</sup>.

Intanto, tra molteplici domande e note critiche si chiude quello scritto di cui si è fatto cenno prima con il rinvio al giudizio del più saggio e galantuomo dei giudici: il tempo. Il monito che viene lanciato è il seguente: *“solo il tempo, infatti, ci dirà se si tratta di una riforma “giusta”, in grado di restituire al popolo albanese la fiducia nella “giustizia”* <sup>(5)</sup>.

## **.II. La riforma alla prova dei fatti. Il *vetting* che non funziona.**

Non si intende qui soffermare sui contenuti della riforma, rinviando al riguardo a quanto già evidenziato in altri scritti <sup>(6)</sup>.

---

<sup>(3)</sup> E. AGACI, *Novità del sistema della giustizia in Albania. Vetting e alter misure per il restauro della fiducia del pubblico*, in AA. VV., *La riforma costituzionale (“strutturale”) della giustizia nella Repubblica d’Albania* (a cura di Bozheku – Spangher – Hoxha), Roma, 2017, p. 163 e ss.

<sup>(4)</sup> E BOZHEKU, *Chiose a caldo sulla riforma costituzionale del sistema giudiziario in Albania*, in *questa rivista*, n. 7, 2016, p. 9 e ss.

<sup>(5)</sup> E. BOZHEKU, *La riforma costituzionale (“strutturale”) del sistema della giustizia nella Repubblica d’Albania*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), cit.

<sup>(6)</sup> E BOZHEKU, *Chiose a caldo sulla riforma costituzionale del sistema giudiziario in Albania*, in *questa rivista*, n. 7, 2016, p. 9 e ss.; E. BOZHEKU, *La riforma costituzionale (“strutturale”) del sistema della giustizia nella Repubblica d’Albania*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), cit.

E' invece interessante trarre un bilancio in ordine al funzionamento della stessa a distanza di tre anni dalla sua approvazione.

Un primo rilievo va fatto con riferimento all'organo della Commissione per la Qualifica Professionale dei Magistrati, meglio noto, come *vetting*.

Già all'epoca dell'approvazione della riforma sono state segnalate alcune perplessità con riferimento ad un organo che dovrebbe valutare tutti i magistrati albanesi (circa 1.000) in base a tre criteri: a) la congruenza delle possidenze economiche accumulate nel tempo rispetto alle dichiarazioni dei redditi; b) la figura personale; c) le capacità professionali.

In particolare, sono state evidenziate molte perplessità con riferimento al metodo di istruzione del procedimento a carico del singolo magistrato sottoposto a giudizio: l'utilizzo in qualità di prove di fonti anonime e informative provenienti dai servizi segreti, interni o stranieri, pone più di un dubbio in merito alla tenuta del procedimento, soprattutto se considerati i diritti minimi delineati dagli articoli 6 e 7 della CEDU (7), alla quale pure l'Albania ha aderito (8); ulteriori perplessità vengono, poi, coltivate in ordine alla selezione dei magistrati del *vetting*: in assenza di chiari criteri meritocratici e considerato che la scelta spetta alla politica, seppure con il necessario coinvolgimento delle opposizioni, l'operazione è stata vista come più che pericolosa (9).

---

(7) Sulla punto si rinvia all'interessante articolo di R. COMAN, *Conviction at the ECHR – What follows it?*, in questa rivista.

(8) E. BOZHEKU, *La riforma costituzionale ("strutturale) del sistema della giustizia nella Repubblica d'Albania*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), cit.

(9) *Ididem*.

A tre anni di distanza, purtroppo, il bilancio non può definirsi positivo.

Sul piano della selezione dei magistrati del *vetting*, il criterio utilizzato è stato poco trasparente; sicuramente non si può ritenere che, *curricula* alla mano, i soggetti scelti siano di qualità elevata o quanto meno di qualità tale da legittimare un giudizio su chi, nel bene o nel male, il ruolo di magistrato l'ha comunque saputo guadagnare tramite concorso pubblico. E già questa non è una nota di poco conto, atteso che, considerata la delicatezza dell'operato, non si possono né devono tollerare trattative e mediazioni in punto di qualità dei commissari; del resto né va la credibilità dell'istituzione e, di conseguenza, dell'intera riforma. Il sospetto, poi, che i suoi componenti, quasi tutti di scarsa esperienza giuridica, siano vicini ad aree politiche definite, non importa se le relative candidature siano state approvate anche con il consenso dell'opposizione, pone un forte punto interrogativo sull'essenza della stessa riforma. Ma - lo si ripete - la situazione diventa inaccettabile soprattutto quando i giudici dei giudici evidenziano una opinabile (per non dire scarsa) qualità professionale, circostanza, questa, che ha dalle ricadute ancor più gravi nella misura in cui delegittima l'intero sistema e l'intero percorso riformatore; per alcuni, forse a ragione, lo stesso non rappresenta altro che una farsa in salsa albanese. Viceversa, maggiore sostanza professionale da parte dei commissari del *vetting* avrebbe reso meno attendibile il sospetto palesato da molti secondo cui l'intera riforma sia uno strumento per il partito di maggioranza di aggiudicarsi il controllo del potere giudiziario. Del resto tale pericolo era stato avvertito anche dalla Commissione di Venezia che aveva seguito passo a passo il processo riformatore. La stessa aveva raccomandato il legislatore albanese a prestare massima

attenzione nella scelta dei Commissari del *vetting* sotto il profilo della professionalità ed esperienza nella misura in cui una diversa scelta avrebbe messo in crisi l'intero processo di rivalutazione dei magistrati.

Ebbene, sta di fatto che sotto il profilo squisitamente tecnico la qualità del lavoro dei commissari del *vetting* lascia molto a desiderare. Da un campione di decisioni analizzate si riscontra una spiccata povertà e scarsità di linguaggio, poco approfondimento di natura argomentativa sia in punto di fatto che di diritto. Spesso le decisioni sono arbitrarie e si fondano su dati del tutto confusi. Si denota una assai scarsa qualità dei singoli componenti. Entrando più nel merito, va osservato che le incongruenze in ordine alle dichiarazioni relative alle possidenze economiche e a quanto effettivamente accertato in possesso da parte del singolo magistrato costituiscono gli elementi che vengono nella maggior parte dei casi posti a fondamento delle pronunce di destituzione dall'incarico. Assai curioso (e pericoloso) è il principio applicato ossia quello dell'inversione dell'onere della prova: spetta al magistrato sottoposto a giudizio dimostrare le liceità delle proprie possidenze, in un paese dove fino a 10 anni fa regna sovrana l'economia informale. Da qui, spesso si trovano applicati due pesi e due misure, con situazioni che finiscono nel tragico (per coloro che subiscono il procedimento) e nel comico (per coloro che da esterni, ne vedono i risultati): si rimproverano abusi edilizi realizzati da famigliari quando i magistrati erano poco più che bambini, attenzione: la pena: la destituzione; viceversa, in alcuni casi, possidenze ingiustificate rispetto ai redditi percepiti nel tempo, come la proprietà di appartamenti, il possesso di decine di migliaia di euro ecc., sono state candidamente superate, attraverso la curiosa osservazione per cui si tratta di casi di mera evasione

fiscale. La conseguenza: conferma in carriera, con buona pace del criterio della limpidezza della figura personale.

Non sono mancati poi casi in cui, alti magistrati della Superiori Magistrature, sono stati destituiti perché sospetti di legami con la criminalità organizzata. E fin qui nulla di male. Anzi. Tuttavia, permangono molte perplessità in ordine all'iter procedimentale seguito per giungere alla sentenza di destituzione. I procedimenti sono stati realizzati facendo leva su missive di rappresentanze diplomatiche che evidenziano inopportuni contatti con personaggi collegati alla criminalità organizzata. Ma le prove su cui si fondano tali affermazioni? Foto? Video? Registrazioni? Documenti compromettenti? Nessuna risposta. Eppure, un provvedimento come quello della destituzione, dovrebbe essere fondato su fatti e non su mere allegazioni. Per la gravità e l'incidenza che ha un simile provvedimento, logica e buonsenso suggeriscono l'opportunità di una chiara e ben argomentata spiegazione; eppure queste sono di mero stile e del tutto scollegate dal fatto, scritte in un albanese che si pone in palese conflitto con le regole minime della sintassi e dell'ortografia.

Ora, al di là della purezza lessicologica, è un fatto che l'articolo 6 della Convenzione Europea dei Diritti dell'Uomo, cui l'Albania ha aderito, tra i diritti minimi dell'individuo stabilisce quello di conoscere chi lo accusa e confrontarsi con il proprio accusatore. Per quanto autorevoli, le missive provenienti da rappresentanze diplomatiche o agenzie straniere non possono essere tali da obliterare diritti che - quanto meno - nel nostro continente fanno parte del DNA culturale, prim'ancora che giuridico, e che anche in Albania dovrebbero trovare applicazione. Il problema è stato sollevato, già in via teorica, con

particolare attenzione in tempo non sospetti <sup>(10)</sup>. La pratica ha dato ragione ai scettici; sicuramente *l'empasse* giuridica non è superabile mediante il ricorso all'addenda Costituzionale, approvata nell'ambito della riforma del 2016, dove si precisa che in occasione del *vetting* molti diritti costituzionalmente garantiti subiranno delle limitazioni. Ebbene, i diritti minimi dell'individuo di cui all'articolo 6 CEDU non possono essere limitato né tantomeno soppressi a colpi di decisioni legislative siano pure esse di matrice costituzionale.

### **.III. Le responsabilità storiche del *vetting*.**

Tra le molte cose che si possono rimproverare al *vetting* al primo posto è quella di non essere riuscito a cambiare rotta rispetto al passato. Se, come è stato più volte rilevato, il vero male del sistema giuridico albanese è legato ad una deliberata rinuncia alla qualità del prodotto giuridico negli ultimi 27 anni, legittimando – artatamente si potrebbe aggiungere – una concezione privatistica della giustizia mediante il ricorso a decisioni arbitrarie e del tutto scollegate rispetto al dato normativo e probatorio, favorendo così sia il fenomeno della corruzione sia il consolidamento di legami tra il mondo del crimine e quelle delle istituzioni, a tale situazione non si è posto minimamente argine con il *vetting*. Anzi, a ben vedere, dalla lettura delle relative sentenze continua ad imperversare il più pericoloso dei concetti, tipico del sistema che il *vetting* deve

---

<sup>(10)</sup> *Ibidem*.

giudicare e smantellare: “*questo sappiamo questo applichiamo*” <sup>(11)</sup>. Eppure tale chiaro richiamo all’ignoranza e con essa al arbitrio avrebbe dovuto proprio nella Commissione del *vetting* trovare il suo massimo oppositore; mediante decisioni dense di osservazioni di natura tecnico-giuridica corredate da momenti di elevazione culturale e sistematica gli stessi avrebbero dovuto trainare il paese verso una nuova era: quella della vittoria della luce sulle tenebre, della legge sul arbitrio, della giustizia sua ingiustizia. Sarebbe spettato alla Commissione del *vetting* prendere in mano il paese, dando, *in primis*, saggio di qualità intellettuale e con essa irradiare il significato dell’onestà e della pulizia coscienziale prim’ancora che professionale. Ma così non è stato. Anzi, dalla lettura di alcune curiose decisioni della commissione del *vetting* si potrebbe dubitare della formazione giuridica dei suoi componenti o, se si volesse essere malevoli, del fatto che il fenomeno della corruzione, da un lato, e la pressione della politica dall’altro, non abbiano lasciati immuni i suoi componenti. Un dato tuttavia è certo: i commissari del *vetting* e i politici che li hanno eletti un giorno dovranno misurarsi con il giudizio della storia. Ai posteri la sentenza.

#### **.IV. Una riforma genera crisi. *L’empasse istituzionale.***

La riforma della giustizia avrebbe dovuto costituire l’ultimo passaggio per il definitivo consolidamento istituzionale dell’Albania e dunque per aprire le porte dell’Europa.

Così non è stato.

---

<sup>(11)</sup> Sul punto v. E. BOZHEKU, *Le problematiche del sistema penalistico Albanese. Un panoramico sguardo d’insieme*, in AA. VV., *Scritti in onore di Alfonso Stile* (a cura di), Napoli, p. 1223 e ss.

L'iper produzione di nuove istituzioni per l'individuazione dei magistrati nell'ambito di una sorte di condivisione del potere tra politica, magistratura, società civile, da un lato, e l'attuazione, per molti versi perversa, della riforma ha prodotto una forte crisi istituzionale. Eppure, già all'epoca Giorgio Spangher segnala come l'aumento degli organi di rilievo costituzionale previsto dalla riforma pone il rischio di blocchi istituzionali non facilmente risolvibili <sup>(12)</sup>. Così è stato.

Va sottolineato, in primo luogo, che, seguendo un criterio assai bizzarro fissato dal legislatore di cui si dirà immediatamente appresso, il *vetting* ha cominciato ad effettuare la sua attività di decapitazione dei magistrati. Invece, di iniziare la valutazione partendo dai magistrati di primo grado e così a salire fino a quelli della Corte Costituzionale, si è optato per la scelta inversa. Per primi sono stati dunque sottoposti al *vetting* i magistrati della Corte Costituzionale, poi quelli della Corte di Cassazione e poi i capi delle Corti di appello e così via. Risultato: destituiti la maggior parte; le Corti Superiori non sono funzionanti. La Corte di Cassazione non raggiunge il *quorum* di 5 magistrati per riunirsi a sezione semplice; per non parlare della Corte Costituzionale la quale è oramai senza magistrati e non funziona.

Sulla scelta del legislatore in ordine ai criteri di selezione dei magistrati da sottoporre al *vetting* si possono fare molte e malevoli allusioni, soprattutto se si considera il fatto che il procedimento si propone lungo e probabilmente lo stesso verrà

---

<sup>(12)</sup> G. SPANGHER, *Brevissime considerazioni sulle modifiche del Sistema giudiziario in Albania*, in AA. VV., *La riforma costituzionale ("strutturale") della giustizia nella Repubblica d'Albania* (a cura di Bozheku – Spangher – Hoxha), Roma, 2017, p. 23 e ss.



ultimato da un legislatore diverso da quello promotore della riforma e attualmente ancora al governo.

Sicuramente rimane il fatto che iniziando il *vetting* dai magistrati di vertice (pochi in numero, ma che svolgono funzioni chiave) la giustizia oramai è bloccata. Ai cittadini non vengono in alcun modo garantiti i diritti minimi: eppure non va dimenticato che, in fin dei conti, la giustizia è un servizio permanente che non può essere interrotto, al quale tutti devono poter avere accesso.

Ma la cosa più grave è che il *vetting* ha messo in forte crisi anche le istituzioni costituzionali.

La mancanza di un organo fondamentale quale è la Corte Costituzionale (morta per decapitazione dei suoi magistrati) ha portato il paese sull'orlo di una crisi senza precedenti. Venendo meno l'organo deputato a decidere, in primo luogo, sui conflitti istituzionali e sulla interpretazione delle disposizioni costituzionali si è assistito negli ultimi mesi ad uno scontro aperto tra il Presidente della Repubblica, il governo e la maggioranza parlamentare, circostanza questa che ha portato ad una progressiva degenerazione politico-istituzionale, la quale non solo non è facile da risolvere ma, potrebbe, quanto meno in astratto, portare ad una fase di profonda destabilizzazione per il paese.

Al fine di evidenziare la pericolosità della situazione che è venuta a crearsi in assenza dell'organo garante della Costituzione e degli equilibri istituzionali, si possono riportare alcuni eloquenti casi.

In una prima occasione il Presidente della Repubblica d'Albania ha deciso di non decretare il nuovo Ministro degli Affari Esteri proposto dal Presidente del Consiglio in seguito al rimpasto di Governo di fine 2018, secondo argomentazione per

cui ciò rientra nel suo potere, posto che la Costituzione albanese prevede che i ministri vengono decretati dal Presidente della Repubblica su proposta del Presidente del Consiglio.

Nella sua motivazione, il Presidente evoca con grande pervicacia la decisione del Presidente della Repubblica Italiano, Sergio Mattarella, in occasione del rifiuto di approvare un governo giallo-verde con il Prof. Paolo Savona a capo del Ministero di Economia e Finanze. Facendo leva sul fatto che la Costituzione albanese e quella italiana sono molto simili, il Presidente albanese sottolinea come, il caso Savona, evidenzia che il ruolo del Presidente della Repubblica non sia meramente formale ma a questi sono riservati specifici poteri di intervento da parte della Costituzione; poteri che lo stesso esercita in concreto bloccando la nomina del Ministro degli Affari Esteri. *Medio tempore* il Presidente del Consiglio assume *l'interim* del dicastero e dunque nomina il prescelto ministro, già' peraltro vice-ministro degli Affari Esteri, ministro facente funzioni.

Nonostante le manifeste similitudini tra le due costituzioni, i casi erano del tutto diversi.

Nel caso Savona, l'Italia è appena uscita dalle elezioni parlamentari e il Presidente della Repubblica esercita le sue prerogative per individuare una maggioranza per il paese attraverso le consultazioni. Il suo è un atto di natura politica che si legittima nell'ambito di un quadro istituzionale in via di definizione ma ancora non definito atteso che nessuna delle formazioni politiche ha raggiunto la maggioranza; rientra nelle prerogative del Presidente quella di ricercare una possibile maggioranza e dunque scongiurare un ritorno alle urne. Tant'è vero che il Presidente Mattarella si è espresso contrario verso un'ipotesi di governo che avrebbe potuto vedere nella propria formazione il Prof. Savona Ministro dell'Economia e delle

Finanze. Non si è trattato di una pregiudiziale di natura soggettiva, riguardante la scelta dell'uomo, ma di natura oggettiva riguardante i possibili problemi che la sua persona all'interno de MEF avrebbe potuto portare in chiave europea in considerazione del programma di politica economica che il Savona avrebbe inteso realizzare (il Presidente ha temuto posizioni italiane particolarmente rigide in tema di economia e rapporti con l'Europa; si è addirittura parlato di un piano di Savona per l'uscita dell'Italia dall'euro). A ciò aggiungasi, poi, che la mossa del Presidente italiano è stata corredata sì da note politiche ma in occasione di un momento istituzionale particolare, connotato da un *vacuum* istituzionale creato dalle elezioni politiche, *vacuum* che legittima l'espansione del potere politico del Capo della Repubblica. Del resto, in quel particolare momento al Presidente spetta la responsabilità storico-politica per la scelta del governo del paese, la quale deve essere in linea con il quadro costituzionale italiano e gli impegni dalla stessa presi con l'Europa i quali, ai sensi dell'articolo 117 Cost., rientrano comunque all'interno della cornice costituzionale italiana. E' in questa prospettiva che il Presidente italiano ha svolto il proprio compito di garante della Costituzionale; rientrando nelle sue prerogative l'individuazione di una maggioranza mediante il ricorso all'istituto delle consultazioni (definito non a caso dai costituzionalisti quale convenzione costituzionale), lo stesso può legittimamente utilizzare come strumento di pressione il veto su taluno dei futuri ministri, pena un legittimo *revirement* su altre possibili coalizioni politiche ove le parti non desistano da proposte in grado di mettere a rischio gli equilibri istituzionali dello Stato in relazione con l'Europa e dunque in definitiva ponendo a rischio il rispetto della Costituzione, di cui il Presidente ne è il garante.

Il caso albanese, invece, è diverso.

In primo luogo, nel caso di specie si è trattato di un rimpasto di governo e dunque il momento storico/istituzionale dell'intervento del Presidente è stato diverso. Diversamente dal caso italiano, egli non ha alcuna prerogativa di natura politica, nella misura in cui la situazione politica albanese non presenta un vuoto di rappresentanza politica tale da legittimare l'espansione dei poteri del Presidente; semmai deve solo adeguarsi alla richiesta del Premier e dunque decretare il Ministro, posto che la responsabilità politica di tale scelta non può che essere del primo.

Come anticipato, la decisione di non decretare il Ministro degli Affari Esteri è stata ritenuta una facoltà rientrante nell'esercizio di un potere proprio del Presidente il quale non si ritiene convinto dal profilo professionale del soggetto prescelto. Ora, anche tale argomentazione non è in linea con il disegno costituzionale albanese. Le scelte dei ministri spettano al Presidente del Consiglio il quale assume la responsabilità politica al riguardo. Il caso Savona è impropriamente evocato nella misura in cui in ogni caso il rifiuto del Presidente Mattarella in quella circostanza non si è appuntato su dati di natura personale, circostanza questa non censurabile dallo stesso ma semmai rientrante nell'ambito della responsabilità politica della formazione proponente, ma su dati oggettivi dai quali è emerso come Savona Ministro del MEF avrebbe potuto, in violazione degli obblighi derivanti dall'articolo 117 Cost., mettere in crisi le istituzioni italiane in ordine ai rapporti con l'UE, circostanza questa che non può essere permessa dal Presidente nella sua qualità di garante della Costituzione.

Nel caso albanese, la nomina del nuovo capo del MAE non è foriera di un pericolo per la tenuta costituzionale del

sistema e dunque tale da giustificare l'intervento del garante. Semmai si tratta di un dato di natura politica, il cui rifiuto è del tutto arbitrario e pone il Presidente albanese in una situazione di violazione della Costituzionale, anche censurabile con l'avvio delle procedure per la sua rimozione dall'incarico, posto che con il Suo intervento ha modificato l'assetto costituzionale del paese, trasformandolo, di fatto, in una repubblica semi-presidenziale. Infatti, nella sua pericolosa e non condivisibile prospettiva il Presidente della Repubblica ritiene che le scelte politiche non sono di esclusivo appannaggio del Presidente del Consiglio ma andrebbero con egli condivise.

Eppure, considerata l'inattività della Corte Costituzionale per mancanza di magistrati, la sua decisione non può essere valutata/censurata e, dunque, la situazione di *empasse* si protrae ancora oggi. L'attuale Ministro degli Affari Esteri è *ad interim* il Presidente del Consiglio il quale ho nominato quale facente funzioni il suo vice al MAE.

Un caso ancor più eclatante è quello legato all'attuale crisi istituzionale che sta vivendo l'Albania. Ancora infausto protagonista è il Presidente della Repubblica.

Dall'inizio del 2019 si assiste alla scesa in piazza delle opposizioni, pronte a gridare allo scandalo del voto di scambio tra la maggioranza e gli ambienti criminali; le stesse sono giunte fino al punto di rinunciare definitivamente ai propri mandati parlamentari per spostare la contrapposizione politica dall'aula parlamentare alla piazza di fronte al Palazzo di Governo. Eppure, la democrazia ha le sue regole. Il confronto si fa nelle sedi preposte. Certo rimane il fatto che molte intercettazioni uscite nei media compromettono non poco i vertici della maggioranza; il coinvolgimento (stando almeno alle intercettazioni pubblicate dai media tedeschi: in particolare dal quotidiano Bild) di alti

funzionari della Polizia di Stato nelle attività di manipolazione e compravendita di voti evidenzia, non solo, la fragilità della democrazia in Albania ma anche la politicizzazione di istituzioni che per la loro centralità negli assetti dello Stato dovrebbero essere neutrali e fuori dagli schemi di gioco politici; la circostanza, in definitiva, manifesta una scarsa maturità istituzionale, di natura oggettiva e soggettiva, degli apparati dello Stato e delle persone poste alla loro direzione.

Le opposizioni, intanto, hanno dichiarato che non parteciperanno alle elezioni locali in programma il 30 giugno 2019, rinunciando a presentare nei termini i propri candidati.

Sul piano istituzionale, che è l'unico che qui interessa, il Presidente della Repubblica, ex capo di uno dei partiti di opposizione attualmente guidato dalla propria consorte, ha deciso *sua sponte* di annullare le elezioni del 30 giugno 2019. La motivazione è quella di porre rimedio alla grave situazione politica creata e dunque risolvere la questione istituzionale a fronte dell'irresponsabile atteggiamento delle parti di non volersi sedere attorno ad un tavolo per risolvere la crisi. Intanto il 30 giugno 2019 scadono i mandati degli attuali amministratori locali.

Il partito di maggioranza ha considerato nullo il decreto di annullamento del Presidente. Non solo: ha confermato che le elezioni si terranno; addirittura è stato votato in Parlamento, a maggioranza di 2/3, l'apertura delle procedure per la destituzione del Presidente della Repubblica per violazione della Carta Costituzionale. Ebbene, la procedura dovrà, alla fine, concludersi con il giudizio definitivo della Corte Costituzionale, attualmente inattiva.

Di nuovo siamo dinanzi all'*empasse* istituzionale.

Intanto, il Presidente della Repubblica ha utilizzato l'arma della riforma della giustizia – tanto additata dalla maggioranza come scure da abbattersi sulle opposizioni, il Presidente della Repubblica e il suo *enotourage*, accusati di *affairs* corruttivi negli anni passati – contro la maggioranza stessa in un quadro giuridico che, almeno formalmente fino all'eventuale pronuncia della Corte Costituzionale, rende legittime le sue decisioni.

Certo, con riferimento alle elezioni locali del 30 giugno 2019 la situazione non solo risulta bloccata ma anche pericolosa. Vi è un decreto del Presidente della Repubblica che la maggioranza di governo considera nullo poiché illegittimo. Quest'ultima, peraltro, è decisa ad andare fino in fondo con le elezioni nonostante le opposizioni non si sono registrate nella gara elettorale, facendo leva sul fatto che è un diritto dei cittadini esprimere le loro preferenze politiche mediante il voto una volta scaduto il quadriennio di governo. Viceversa, le opposizioni gridano allo scandalo poiché ritengono pienamente legittimo il decreto del Presidente nella misura in cui la sua legittimità può essere messa in dubbio e risolta solo dalla Corte Costituzionale (inattiva). Dal loro punto di vista illegittime e prive di efficacia giudica sono le prossime elezioni del 30 giugno 2019.

#### **.V. Quale soluzione alle crisi politico istituzionale?**

In un simile e torbido quadro politico un dato è chiaro: manca un arbitro istituzionale in grado di dirimere le controversie tra le parti. L'unico organo che può decidere sulla legittimità del decreto del Presidente della Repubblica è la Corte Costituzionale, attualmente inattiva.

Quanto sta succedendo in Albania evidenzia come quest'ultima costituisce il baluardo contro la degenerazione del sistema democratico, quando le forze politiche in campo evidenziano una scarsa maturità politico-istituzionale.

La sua mancanza porta infatti ad un doppio paradosso.

Sul piano politico costituzionale le argomentazioni di entrambe le parti contendenti sembrerebbero, almeno formalmente, valide.

Ad esempio, in linea di principio non si può dare torto alla maggioranza di governo quando rivendica il diritto/dovere che le elezioni locali vengano fatte e che ciò non possa essere messo in crisi da un atto di rinuncia alle stesse e ai seggi parlamentari da parte dell'opposizione. Se così si dovesse opinare si creerebbe un pericoloso precedente non solo per l'Albania ma per tutti i Balcani: il partito uscito sconfitto dalle elezioni politiche potrebbe utilizzare la medesima strategia e dunque inficiare le elezioni. Il fatto che senza l'opposizione si andrebbe a delle elezioni monopartitiche (di stampo dittatoriale dunque) non può essere ritenuto un argomento valido per annullare il loro svolgimento nella misura in cui ciò legittimerebbe un atto del tutto arbitrario a monte, cioè quello della rinuncia dalle opposizioni di fare le opposizioni.

A ciò aggiungasi che un Presidente della Repubblica che annulla le elezioni in programma perché le considera non in linea con la Costituzione poiché monopartitiche, non può dirsi un atto che legittima la mossa delle opposizioni nella misura in cui il Presidente realizza un atto del tutto arbitrario e in violazione della Costituzione. Egli infatti espleta una valutazione politica che la Costituzione non gli riconosce e cioè quello di annullare un suo precedente atto che la Costituzione gli impone. Così, se da un lato viola la Costituzione, dall'altro,



arbitrariamente modifica l'assetto istituzionale dello Stato, portandolo verso una forma di governo semi-presidenziale (l'Albania ha invece una forma di governo parlamentare).

Ciò però può dirsi in termini di stretta interpretazione della Carta Costituzionale.

Sul piano strettamente giuridico la soluzione può essere data solo dalla Corte Costituzionale. In sua assenza: manca l'organo al quale la Costituzione conferisce il potere di certificare una simile soluzione e dunque e la renda legittima.

In tale contesto, l'unica altra alternativa sarebbe quella della via politica.

Un passo indietro da parte sia della maggioranza che delle opposizioni sarebbe opportuno: del resto gli armadi di ambo le parti brulicano di scheletri.

In qualsiasi paese democratico, la pubblicazione di intercettazioni compromettenti dove si evidenziano gravi fatti di compravendita di voti ove emerge in modo diretto il coinvolgimento dei vertici del governo in combutta con i vertici della Polizia di Stato, con tanto di promesse corruttive di avanzamenti in carriera e scambio di favori, avrebbe portato alle dimissioni immediate del governo e all'indizione di nuove elezioni. Ma si sa il contesto politico-istituzionale albanese è diverso; la corruzione dilaga; gli uomini di potere fanno affari con appalti miliardari; per la costruzione di 20 (venti) km di autostrada viene appostato nel bilancio dello Stato la somma di oltre 400 milioni di euro; per non parlare poi dei grattaceli, dietro ai quali vi è il sospetto che vi siano persone legate ai politici e che spuntano come funghi o meglio dire come lavatrici per le attività criminali. Infine, il grande *business*, il traffico di droga, per il quale vi è il sospetto che venga gestito direttamente dagli uomini delle istituzioni; questi, però, compaiono nelle inchieste

giudiziari di altri paesi ma non in quelle albanesi. E qui è meglio fermarsi e non parlare dell'arroganza che contraddistingue i vertici delle istituzioni (a partire dal curioso, ma sarebbe meglio dire ridicolo, *dress code* utilizzato).

Sta di fatto che in qualsiasi paese democratico, con riferimento alle intercettazioni riguardanti la compravendita dei voti, la Procura avrebbe immediatamente aperto un fascicolo ed espletato numerose attività di indagine; tra perquisizioni, sequestri, custodie cautelari, la magistratura avrebbe attivato i dovuti anticorpi istituzionali per garantire la credibilità, e dunque la stessa essenza democratica delle stesse. Intanto, il magistrato che ha espletato le intercettazioni nell'ambito del procedimento sullo scambio di voto è stato guardato caso destituito dal *vetting* e del procedimento penale da lui avviato non si hanno più notizie.

Se rivolgiamo lo sguardo alle opposizioni la situazione non cambia: al vertici si manifestano politici sospettati di gravi atti di corruzione nella realizzazione di opere pubbliche, ovvero personaggi che, da un lato, gridano alla legalità e denunciano gili inciucci della maggioranza, mentre, dall'altro, ostentano ville lussuose e patrimoni da sceicchi in un paese dove lo stipendio medio si aggira intorno ai 300 euro mensili.

Paradossi balcanici.

## **.VI. Dal rischio (concreto) di uno scontro civile ad una lezione di civiltà e maturità democratica da parte del popolo albanese.**

In qualsiasi paese democratico, in una situazione di *empasse* istituzionale vi sarebbe stato una maturità politico-individuale tale da evitare il rischio di una *escalation* della crisi.

Tuttavia, in un contesto di irresponsabilità politica, ove nessuna delle parti chiamate in causa è disposta a cedere, la situazione sarebbe potuto degenerare anche in scontri civili tra i sostenitori della maggioranza che ritengono un loro diritto dirigersi alle urne il 30 giugno 2019, posto che non rientra tra i poteri del Presidente quello di annullare le elezioni, e quelli dell'opposizione che trovano formalmente e giuridicamente valida la decisione del Presidente della Repubblica di annullarle, posto che solo la Corte Costituzionale (che non esiste) può pronunciarsi sulla legittimità della stessa.

Il giorno delle elezioni si temono, dunque, conflitti dinanzi ai seggi elettorali. Ciò non tanto in metropoli come Tirana, o altre grandi città come Valona, Fieri, Korizia ecc., ma soprattutto in piccoli centri o nelle città del nord Albania, come Scutari, storicamente roccaforti dell'opposizione.

Ebbene, la risposta all'im maturità della politica l'ha dato il popolo albanese con una inedita lezione di civiltà democratica.

In barba alle apocalittiche previsioni, non vi è stata nessuna guerra civile, nessun morto, nessuna tensione, neanche il minimo scontro.

La scelta dei cittadini non è stata quella di seguire la politica, ma il senso di civiltà. L'affluenza alle urne è stata a dir poco ai minimi storici, raggiungendo a malapena tra il 15 e il 20% degli aventi diritto.

Questa era la situazione, più auspicata, ma meno scontata. Eppure, il popolo quando raggiunge il suo limite massimo di sopportazione sa reagire. E la reazione del popolo albanese è stata esemplare per dimostrazione di cultura e altro grado di civiltà.

## **.VII. I possibili scenari post-elettorali.**

E' difficile poter fare dei prognostici sui possibili scenari post-elettorali. Un dato però è certo: il popolo ha dimostrato a tutte le parti politiche di non essere disposto ad andare allo scontro civile per motivi politici. E questo è un grande e storico successo.

La situazione politica rimane comunque critica e da monitorare. Una soluzione, almeno sul piano istituzionale, non sembra sia vicina. Tuttavia, sul piano politico occorre che venga fatta una profonda riflessione. Forse l'opportunità di riformare il codice elettorale e poi indire nuove elezioni, sia politiche che locali, potrebbe essere una soluzione.

Ad ogni modo, il boicottaggio delle urne solo in apparenza può sembrare una vittoria delle opposizioni, mentre, a ben vedere, lo stesso evidenzia una complessiva repulsione verso la politica.

Certo, la situazione rimane da monitorare in un quadro dove, in assenza dell'organano di garanzia della costituzione e delle leale collaborazione tra istituzioni e poteri dello Stato, le regole del gioco sono saltate.

Il Presidente della Repubblica, sotto accusa per violazione della Costituzione, continua con i suoi moniti pubblici e, *medio tempore*, ha indetto nuove elezioni, per il momento locali, in programma per il giorno 13 ottobre 2019. Nel frattempo, ha pubblicamente proclamato che lo stesso giorno dovrebbero tenersi anche le elezioni politiche e anche per la scelta del Presidente della Repubblica. Peccato che secondo la Costituzione quest'ultimo deve essere eletto solo ed esclusivamente il Parlamento; del resto, e qui non ci piove, l'Albania è una Repubblica Parlamentare.

Allo stato si tratta di un annuncio in seguito ad una conferenza stampa, ma il rischio è che effettivamente il Capo dello Stato sciolga il Parlamento e indichi elezioni anticipate.

Tecnicamente, un eventuale atto sarebbe illegittimo, un vero e proprio “Colpo di Stato”, nella misura in cui tale possibilità è riservata allo stesso solo in caso di semestre bianco (quando è terminato il mandato del Parlamento) e non è rimessa in alcun modo alla sua discrezionalità; ma senza la presenza della Corte Costituzionale, chi giudicherebbe la sua decisione?

In un contesto politico dove gli schemi sono saltati e dove è venuto meno il principio di leale collaborazione tra poteri dello Stato, *l'empasse* si profila dietro l'angolo. Il rischio rimane sempre uno: lo scontro civile. E l'auspicio non può che essere uno: che gli albanesi dimostrino la stessa civiltà e senso di democrazia come in occasione delle elezioni locali del 30 giugno 2019.

### **.VIII. Il sogno europeo a rischio.**

Intanto, l'Albania è dinanzi ad un bivio storico. A ottobre (2019) l'Unione Europea dovrebbe decidere sulla sua richiesta per l'apertura dei negoziati per l'adesione all'UE.

Sul piano istituzionale, probabilmente la stessa non è matura. La corruzione rimane un problema grave e non facilmente risolvibile; la riforma della giustizia non sembra sia stata efficace in tal senso, ma anzi ha evidenziato molti limiti della politica del paese; l'amministrazione della cosa pubblica viene espletata secondo criteri soggetti e personalistici, laddove, viceversa, il senso di responsabilità istituzionale è minimo; e già questi primi rilievi pongono un forte interrogativo in ordine agli auspici europei.

Tuttavia, con il gesto del 30 giugno 2019 il popolo albanese ha dato dimostrazione di essere degno per l'Europa nella misura in cui ha evidenziato come rispetta e condivide gli stessi valori democratici: non è scaduto in atti di violenza su cui tutti scommettevano.

Certo, al popolo albanese si chiede un ulteriore sforzo. Quello di chiudere definitivamente i conti con l'attuale classe politica, proponendo – al prossimo incontro elettorale – per la scelta di nuovi rappresentanti che siano portatori dei valori di cui si è fatto cenno.

Allo stato possiamo trarre con certezza un dato: mai come in questo momento il popolo albanese è di fronte a diverse quanto pericolose crocevie per il proprio futuro.

## **.IX. La riforma della giustizia: il tramonto di un sogno di mezz'estate.**

Quanto sta accadendo in Albania è figlia di una riforma, quella della giustizia, nata, almeno all'apparenza, da buone intenzioni. Ma si sa: di buone intenzioni è lastricata la via dell'inferno. Già all'epoca della sua approvazione ci siamo mostrati molto scettici invitando tutti i protagonisti alla prudenza <sup>(13)</sup>. Dire a distanza di soli 3 (tre) anni che la stessa è un fallimento preannunciato già in tempi non sospetti, di certo non riempie di orgoglio. Ma anzi, al contrario, è il sentimento di

---

<sup>(13)</sup> E. BOZHEKU, *La riforma costituzionale ("strutturale) del sistema della giustizia nella Repubblica d'Albania*, in *Diritto Penale Contemporaneo*, [www.dirittopenalecontemporaneo.it](http://www.dirittopenalecontemporaneo.it), cit.; G. SPANGHER, *Brevissime considerazioni sulle modifiche del Sistema giudiziario in Albania*, cit. p. 25; E. BOZHEKU, *Chiose a caldo sulla riforma costituzionale del sistema giudiziario in Albania*, cit., p. 21 e ss.

dispiacere che prevale. A volte basta prestare più attenzione alle voci critiche di chi con onestà intellettuale, seppure coinvolto direttamente quale parte di un condiviso progetto istituzionale, ha il coraggio di dire la sua su ciò che oggettivamente non va in un disegno giuridico può essere utile per evitare dei annunciati disastri in un secondo momento. E in questo contesto non sono esenti da colpe neanche gli esperti internazionali, spesso troppo presuntuosi per ascoltare e dunque capire che la soluzione del problema passa non dalle “forche guadine” del *vetting* ma da una profonda rivoluzione culturale-giuridica; spesso troppo cinici nel perseguire i propri *missions* istituzionali; spesso troppo diplomatici per voler veramente risolvere le problematiche che la riforma propone.

Intanto, però, questa è la storia della riforma della giustizia in Albania, fatta: a) di Commissari del *vetting* senza una sufficiente cultura giuridica ma semmai da personaggi che rievocano le figure dei c.d. capitani di ventura dei romanzi ottocenteschi; b) di politici (di ambo le parti, destra e sinistra) senza scrupoli pronti a barattare tutto in nome del Dio danaro; c) di sordi burocrati europei che neanche si sforzano a comprendere *l'humus* culturale e giuridico dove sono chiamati a lavorare e da dove percepiscono stipendi tali da far impallidire anche il Presidente degli Stati Uniti.

Alla fine di questa enorme girandola, chi ci rimette, però, è il popolo; i pochi amanti della giustizia sparsi qua e là per il mondo, invece, vengono avvolti da un forte sentito sentimento di disgusto. Ma se per il popolo il fallimento della riforma della giustizia costituisce un problema esistenziale, per i secondi, come per chi scrive, tale fallimento rappresenta semplicemente la fine di un sogno di mezz'estate.

**Democratisation in Kosovo and ethnic  
minority rights in the constitutional  
arrangements after the war**

**Alma Lama Ph.D. (Cand.) <sup>(1)</sup>**

SUMMARY: *Abstract.* – .I. Introduction. – .II. The political context during the Constitutional Framework making. – .III. The minority rights dimension in the Constitutional Framework. – .IV. The international process of the constitution-making. – .V. Extension of minority rights in the Constitution of Kosovo. – .VI. Conclusions. – .VII. References.

*Abstract*

*Constitution-making is part of the democratization in post-conflict societies. After the war, due to specific political circumstances, Kosovo passed throughout two constitutional-making processes: first during*

---

<sup>(1)</sup> *Alma Lama is PhD candidate in Institute of European Studies, University of Tirana, in political science and diplomacy. She has a wide experience as a journalist in Kosovo; later was a member of Kosovo Assembly for two mandates. Actually, she is Ambassador of Republic of Kosovo in Italy.*



*the UN administration, when UNMIK adopted the temporary Constitutional Framework for self-governance institutions; and second process was the adoption of the Constitution of the independent state of Kosovo, in 2008, preceded by the international negotiations for status settlement, held in Vienna under the UN umbrella. This paper explores how this two constitution-making processes, impacted the institution building and democratization in Kosovo, analyzing the provisions about the ethnic minorities, in both legal acts. The study shows that there was a progressive accommodation of minority rights in Kosovo institutions and an increasing of power-sharing between them and the majority, but this was more product of the external interoention than internal democratic developments. The article is focused on analyzing the constitutional provisions, using the comparative and analytic method, within the framework of the democratization theory.*

*Keywords: Constitution-making, Democratization, External intervention, Kosovo, Minority Rights.*

## **.I. Introduction.**

The democratization in post-conflict societies is a large process, and one of its important dimensions is the constitution-making. The constitutions are expected 'to establish or reinforce the political community and to reform the rules for the allocation and exercise of state power' (Ghai and Galli, 2006: 7). Furthermore, the constitution can be considered in part as a peace agreement, and partly as a framework that sets the rules by which democracy will function (Samulels, 2006: 664). The purpose of the constitution-making process can be extensive, as Samuels said, 'it can drive the transformative process from conflict to peace.' In post-conflict societies, constitutions serve to

determine the governing frameworks and access to power, to establish mechanisms and institutions that prevent the return of violence. (Samuels, 2006: 664). The drafting process of the constitution may serve as a tool for negotiating solutions to controversial issues, and to educate the population with the norms of democracy, which is critical for the reconciliation and healing the wounds of the past. (Samuels, 2006: 667). This approach is the idealist perspective which recognizes the fundamental role of the constitution during periods of the political changes, and 'considers them to provide a break with the old regime and act as the foundation of the new political order. (Samuels, 2006: 667; Ackerman, 1989: 453).

The constitution-making is fundamental because it designs also the human rights and minority rights, important dimensions of liberal democracy. 'The very word democracy commonly symbolizes the formal legal and equality of all citizens' (Diamond and Morlino, 2004: 26-27). Democracy ensures that every citizen and group has the same right and legal protections, access to justice, to power and active prohibition against all kind of discrimination (Diamond and Morlino, 2004: 26-27)

The question of minority rights gained greater importance in political theory, influencing the democratization process after the collapse of Communism, and the dramatic changes of the situation in Europe (Kymlicka, 2001). It was made increasingly clear that minority rights cannot be subsumed under the category of human rights since traditional human rights are unable to resolve some of the more important and controversial questions related to cultural minorities (Kymlicka, 1995: 4). International law and politics see national minorities as cultural groups, so the national minority rights categorize primarily as

cultural rights rather than political rights. Moreover, cultural rights are considered human rights (Malloy, 2005: 17). There are different definitions for minority groups, but Jennifer Jackson Preece tries to include many details:

*'National minorities are a group numerically inferior to the rest of the population of a state, in a non-dominant position, well defined and historically established on the territory of the state, whose members – being nationals of the state – possess ethnic, religious linguistic or cultural characteristics differing from those of the rest of population, and show if only implicitly, a sense of solidarity directed towards preserving their culture, traditions religion or language'* (Preece, 1998: 28).

The conflict between Albanians and Serbs during the war of 1998-1999, as well as the entire history of the 20th century in Kosovo, was about the discrimination and the dominance based on the ethnicity. Kosovo Albanians were majority in one of the eight constituent entities of Yugoslavia according to the Constitution of 1974 (Gazette, 1974). Despite of that, the Serb minority, backed by Belgrade, demanded ethnic domination in Kosovo. In March 1989, Milosevic abrogated the autonomy, following by the classic military invasion. For ten years, Kosovo fell under the repression of Serbia, which caused massive human rights violations, murder, torture, and forgery of property, closure of schools and universities and mass dismissals of Albanian workers. In March 1999 NATO intervened in a military operation to stop the massacres and the massive exodus of the population. The humanitarian intervention in Kosovo created expectations that the respect for human and minority rights would be one of the top priorities of UN's administration. These expectations were also part of the process of Vienna talks for the

status settlement that produced the basis of Kosovo Constitution.

There are several studies about minority rights in Kosovo, including the protective measures introduced in the primary Kosovo legislation (Caplan, 2002; Preece, 1998; Kovács, 2003; Kupchan, 2005; Clyve, 2006; Quane, 2011; Brawn, 2005; Doli and Korenica. 2010; Ratkoceri, 2008, Beha, 2014).

The accommodation of the minorities in Kosovo in the main constitutional documents and laws took into the consideration the evolution of the minority rights protection on the international level and the internal historical and political developments. The article analyze the role of internationals in Kosovo during the two constitutional making processes and it surveys the evolution of ethnic minority rights, making comparison between the Constitutional Framework that laid the fundamental base of the self-governing institutions during international administration and the Constitution of the Republic of Kosovo, approved after the proclamation of Independence in 2008.

## **.II. The political context during the Constitutional Framework making.**

After the capitulation of Yugoslav troops in June 1999, the United Nations adopted Resolution 1244 (1999) authorizing the deployment of a UN mission in Kosovo to deal with the administration and the establishment of local institutions and their preparation until the final status settlement.

At the end of 2000, the SRSG Hans Haekkerup initiated the process of adopting the legislative basis to establish the self-

government institutions. UNMIK established a Joint Working Group (JWG), with 15 members, eight from the international institutions (experts of UN, Council of Europe, OSCE, EU) and seven experts from local political parties and civil society, to draft “the legal framework for self governance in Kosovo,” as he named it. The JWG was heading by the legal leader of the UN administration in the East Timor Van Lemoen. Certainly, the structure of this group proved a rigorous approach by internationals to the Kosovo administration. (Bajrami, 2018).

The work started on 6<sup>th</sup> of March 2001 and finished after almost two months. Than another month was dedicated the political consultation. This was the first experience of a UN peacekeeping mission that was writing a constitutional document together with the local population in the territory they administrate (Reka, 2003: 239). Drafting the constitutional framework was also a unique negotiating process in the history of UN of the administrated territory (Reka, 2003: 240). As Reka mention, ‘it was a difficult process of negotiations dominated by internationals, in a field of political and historical sensibilities.’ The space was limited by the Resolution 1244 that should have been respected, on one hand, and the aspiration of Kosovo people for self-determination on the other hand. (Reka, 2003:240).

The adoption of the Constitutional Framework began the process of building democratic (legislative, executive and judicial) institutions in Kosovo. There were three main purposes of the Constitutional Framework for Provisional Self-Government: first, to establish the legal basis for holding general parliamentary elections and for establishing legislative, executive and judicial institutions at Kosovo level; second, the establishment of the Provisional Self-Government for Kosovo

within the framework defined by Resolution 1244 for a transitional period; and third was the preparation of Kosovo for the final political settlement, as it was foreseen in Resolution 1244. This legal act created a constitutional basis for a combined local and international government. (Bajrami: 2018)

Both sides agreed on the most of the content, but there were disagreements on some critical issues, such as the name of the document; the responsibilities that the self-governing institutions would have and the provisions about the referendum on the independence of Kosovo; defining of the timing for the international administration of Kosovo, and the establishment of the Constitutional Court (Tansey, 2007: 137). A compromise was made regarding the name, calling it 'Constitutional Framework,' considering the demand of the Albanian representatives asking for 'Constitution,' and the persistence of the international representatives to call it 'Framework.' Another UNMIK's restriction was about the parliament; they call it Assembly, because didn't want to associate with a sovereign state. Meanwhile, UNMIK refused the disposition for the Constitutional Court because of the opposition of Russia (Marko, 2008: 441) which pretended that it would prejudice the Kosovo statehood.

The process of drafting was also accompanied by conceptual and contextual differences in terms of the quantity and breadth of the rights of communities, especially Serbs. (Bajrami 2018). The key issues that sparked the debate were the broader political rights for communities regarding representation in institutions (executive, legislative and judicial); cultural and religious heritage; languages and their use; positive discrimination of communities in gaining the rights from their status and so on (Bajrami 2018).

After the war, Kosovo institutions and the relations between two main communities Albanians and Serbs were totally breakdown. In such situation as Ghai and Galli conclude, the international involvement has no alternative (Ghai and Galli 2006: 10). The dilemma is about the level of the involvement. The United Nations also recognizes that 'constitution-making is a sovereign national process' but it emphasize the necessity of a sensitive approach by the UN in order that international assistance to not lead to an 'foreign imposed constitution'(UN doc. April 2009. parag. 3&4).

In Kosovo, the international officials tried to dominate the process of constitutional- making and to impose international priorities. So the Constitutional Framework primarily reflects the international nature of the drafting process, conducted by the UN Legal Advisory Office as well as other international experts (Weller, 2009: 302). The serious problem of this process was the lack of the ownership of the Albanians political elite, as a consequence the handicap of the legitimacy. (Weller, 2009:303; Marko, 2008: 449).

Albanian representatives participated in the drafting process but in the end, some of them resigned, protesting as their demands were not taken into account, while representatives of the Serbian community mainly boycotted the commission. SRSG, despite the opposition of the Albanian members, on May 15, 2001, approved the Constitutional Framework for Provisional Self-Government (Regulation 2001/9, 2001: 8-9). However, the fact that Albanian political parties, decided to recognize the document, albeit with reservations and as a temporary solution), it means that Albanian experts had some influence in providing of the final document (Weller, 2009: 303).

If we take into consideration how UN guided the UN missions to support and promote inclusive, participatory and transparent constitution-making processes, eight years later, (Guidance 2009, Para: 4), we can conclude that in Kosovo there was not a legitimate process of drafting, for example it lacked a constitutional convention. Instead of that, the Constitutional Framework was drafted with the contribution of the international experts and some local experts representing the political parties. Furthermore only 28 regular sessions were held, until the final draft was approved.

The local experts and political representatives had the feeling that this Framework, in terms of advancing minority rights, provided additional provisions to minorities that were exaggerated and not reasonable. But they did approve because considered that were the necessary compromises to preserve the international partnership in order to achieve Kosovo's highest political goals. (Bajrami, 2018).

This was more “trade-offs” than negotiations in a natural process of democratization, so the progress to integrate communities into the institutions was challenging. It certainly had undesired short-term effects on the broader population of the majority, due to painful events whose wounds were still fresh. (Bajrami, 2018). But in long terms, it positively affected the resumption of coexistence within a broader background of fundamental rights and freedoms. (Bajrami, 2018).

### **.III. The minority rights dimension in the Constitutional Framework.**



The Constitutional Framework established the foundations of democratic self-governing institutions, according to the democratic principle of separation of legislative, executive and judicial power. The basic provisions recognized the unique historical, juridical, cultural and linguistic attributes of the people of Kosovo (Const. Frame., 2001: Chap. I.Art.1.1).The Provisional Institutions of Self-Government would be the Assembly, the President of Kosovo, the Government, and Courts.

The Constitutional Framework pledged to respect all international conventions and agreements of human rights both with universal and regional character.<sup>2</sup> Instruments with a regional character had particular importance for the UN administration since Kosovo geographically situated in Europe, so regional standards were needed to be applied (Benedek, 2005, 215). Regarding the minority rights, Constitutional Framework included the European Charter for Regional or Minority Languages and the Council of Europe's Framework Convention for the Protection of National Minorities and pledged to respect other relevant principles reflected in internationally recognized legal instruments (Const., 2001: Preamble).

The need to adequately protect and uphold the rights of minorities emphasized at the beginnings of the Constitutional Framework. The chapter on human rights (Const. Frame., 2001:Chap. 3) was one of the most modern and contemporary, in compliance with the best European practices. According to it, all

---

<sup>2</sup> Charter of the United Nations; The Universal Declaration on Human Rights; The International Covenant on Civil and Political Rights and the Protocols thereto; The Convention on the Elimination of All Forms of Racial Discrimination; The Convention on the Elimination of All Forms of Discrimination Against Women; The Convention on the Rights of the Child; The European Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms and the Protocols.

the people in Kosovo enjoyed, without any discrimination and in full equality, the fundamental human rights and freedoms. Likewise, the Provisional Institutions of Self-Government would respect and secure the internationally recognized standards of human rights and fundamental freedoms, including the rights and freedoms mentioned in the international conventions and declarations above (Const. Frame., 2001: Chap. 4.1, 4.2, 4.3). This chapter also focused on one of the major problems of the war and the post-war period in Kosovo the refugees' issue.

After the chapter on Human Rights, it followed the Chapter 4 devoted to the Rights of Communities and Their Members. In the General Provisions it is stated that 'Communities belonging to the same ethnic or religious or linguistic group shall have the rights set forth in this Chapter in order to preserve, protect and express their ethnic, cultural, religious, and linguistic identities (Const. Frame.Chap.4.4. a, b, c, d, f, j, g, h, i, k, l, m, n, o, p). According to the Framework no person was obliged to declare to which Community belongs, or to declare himself a member of any Community; no disadvantage shall result from an individual's exercise of the right to declare or to not declare himself a member of a Community. National minorities in Kosovo could exercise these rights guaranteed by the Constitutional Framework, both individually and as a community.

As the highest authority in Kosovo, it was the obligation of PISG to promote the coexistence and support of reconciliation and the creation of appropriate conditions allowing communities to preserve, protect and develop their identities, as well as to promote the preservation of Kosovo's cultural heritage of all communities without discrimination'(Const. Frame., 2001: Chap.4.1, 4.2, 4.3).

Ethnic minorities were overrepresented in the legislative body, as twenty out of one hundred and twenty seats of the Assembly were reserved for them, of which ten for Serbs and ten for other minorities, (Const. Frame., 2001: Chap. 9) which means 16 percent of the seats would be occupied by them, compare with less than ten percent of the population.<sup>3</sup> Moreover, they would be eligible to take other mandates from their participation in elections based on the popular vote (Const. Frame., 2001: Chap. 9.1.3 (i)). This arrangement contains significant elements of the consociational model of democracy (Tansey, 2007:137) according to the concept of Lijphart that 'makes plural societies more thoroughly plural' (Lijphart, 1977: 42).

Guaranteed positions for minorities had in the governing bodies of the Assembly also. Thus, in the Presidency of the Assembly, which would consist of seven members, two of them would be appointed from minorities, one from the Serbs, and one from the other minorities (Const., 2001: Chap. 9.1.7(d)). Moreover, the parliamentary committees would have two vice-chairmen who should come from parties and coalitions different from that of the chairman, and at least one of them had to be from the minorities' representatives (Const. Frame., 2001: Chap. 9.1.22).

The Constitutional Framework, established the Committee on the Rights and Interests of Communities (Const. Frame., 2001: Chap. 9.1.12), which consisted of two members from each of minorities. Regarding functional committees, there

---

<sup>3</sup>Based on estimations made by Kosovo Statistic Agency, in 2006, before the census (2011), there were Kosovo Albanians 92% of the total population, Serbs 5.3%, Roma 1.1%, Turks 0.4%, others 1.2 %. Source: Statistical Office of Kosovo. Demographic changes of the Kosovo population 1948-2006. February 2008.

was no quota for minorities, but it was a general description that the membership should reflect the diversity of the Assembly.

The minority members of the presidency of the assembly and the members of the Committee on Minority rights had special competences regarding the proposed laws, in order to address the minority rights interests or concerns about the violation. (Const. Frame, 2001: Chap. 9.1.14, 15, 39). If their concerns addressed would not take into account by the Assembly's bodies, described in the Framework, the SRSG had the final word about the laws.

The protection of rights and interests of the minorities was explicitly extended to the provision of parliamentary immunity for MPs, highlighting that it 'does not cover actions that openly encourage violence between Communities' (Const., 2001: Chap. 9.1.24).

It also determined that the parliamentary sessions and its committees would be held in the Albanian and Serbian language. Likewise, all official documents of the Assembly would be printed in both languages. The Assembly would attempt to issue official documents about a particular community in its relevant language (Const. Frame., 2001: Chap. 9.1.49). Meanwhile, members from other minorities allowed to address to the Assembly, or to committees in their languages (Const. Frame., 2001: Chap. 9.1.50), and all laws would be published in Albanian, Bosnian, English, Serbian and Turkish languages (Const. Frame., 2001: Chap. 9.1.51).

Regarding the government, there were reserved two positions of ministers for minorities, one for the Serbs and the other for other minorities (Const. Frame, 2001: Chap. 9.3.5 (a)). In the case of appointing more than twelve ministers, a third minister would belong to minorities. It was also specified that

the selection of these ministers would be decided after consultation with political parties or groups representing minorities (Const. Frame., 2001: Chap. 9.3.5.(b,c)). And if the ministers would not be members of the Assembly, it would be necessary to seek formal approval from the members of the respective Community in Assembly (Const. Frame., 2001: Chap. 9. 3.6). This measure aimed to ensure that only the real representatives of the minorities voted by the people could come in this high position). The meetings of the Government and its bodies would also be conducted in both Albanian and Serbian languages, and all official documents would be published in both languages (Const. Frame., 2001: Chap. 9.3.17, 18). The members of the Government from other Communities were allowed to use their languages also. Regarding the immunity for Government members, it was the same as that of the Assembly, so it did not cover acts that inflicted inter-community violence (Const. Frame., 2001: Chap.9.3.19). So, in Assembly and the government, the institutional power shared with minorities. (Tansey, 2007:137)

In the bodies of the independent institutions such as Independent Media Commission and the Public Broadcasting also, the interim institutions were obliged to appoint members that reflected the ethnic and regional diversity of the society in Kosovo (Const. Frame., 2001: Chap.5.3 (b),(c)). PISG were also obliged to ensure a fair representation of Communities in employment in public bodies at all levels (Const. Frame., 2001: Chap. 4.5).Regarding Ombudsperson, it would give particular priority to allegations founded on discriminations against minorities and allegations about the violations of their rights (Const. Frame., 2001: Chap. 10.3).

The Constitutional Framework paid particular attention to the terminology referring the minorities. Instead of the commonly used term 'national minorities,' it introduced the term 'non-majority Communities,' a euphemism aimed to mitigate the uncertain political and social status of these groups and at the same time to sound neutral. In the past, the term 'minority' had a negative connotation in the region, so this was the reason why it needed to be avoided (Weller, 2009:304). This terminology describes them as residents belonging to the same ethnic, linguistic or religious group. Seven minority groups were defined as Communities in Kosovo: Serbs, Turks, Bosnians, Gorani, Roma, Ashkali, and Egyptians. The Constitutional Framework was drafted based on the assumptions about the percentage of each Community because UNMIK did not hold a census of population.

The Constitutional Framework encouraged ethnic diversity regarding the representation in the police, judiciary, and prosecution institutions, but there were not introduced mandatory quotas for their representation. It is important to underline that the SRSG retained the authority to intervene in the self-government institutions when necessary, in order to protect the rights of the minorities. (Const., 2001: Chap. 8.1(a)). Constitutional Framework functioned more or less effectively during its seven years of life (Weller, 2009: 308). However, despite the consolidated protection of the minorities, it failed to improve the ethnic relations, especially between the Albanian and Serbian. The Constitutional Framework expanded the minority rights' provisions so much that it made them unfeasible to fulfill. Instead of integration, the situation that followed was precisely the opposite, segregation (Baldwin, 2006: 3). The drafting of the Constitutional Framework was made according to

a short-term mentality, using the quota system in the public sector based on rigid ethnic representation, and this was an indication of the willingness to properly implement minority rights (Baldwin, 2006: 3). Meanwhile, parallel Serbian institutions, especially in northern Kosovo, challenged the legal order that constituted this Framework, entirely neglecting it, and maintaining contacts with Belgrade.

The Constitutional Framework was also the most important and inclusive instrument regarding minority rights adopted by UNMIK during his mandate in Kosovo.

#### **.IV. The international process of the constitution-making.**

In October 2005 the Contact Group (CG) approved ten guiding principles for a settlement of the status of Kosovo. One of them was that the settlement should provide mechanisms to ensure the participation of all Kosovo communities in government, both on the central and on the local level. In the statement it was clearly mentioned that should be established effective structures of local self-government through the decentralization process, which 'should facilitate the coexistence of different communities and ensure equitable and improved access to public services.' (CG, 7 October 2005). In November 2005 the Secretary-General appointed former Finnish President Martti Ahtisaari as his Special Envoy for the Future Status Process for Kosovo.<sup>4</sup>

A long and challenging process of negotiations was for more than one year and 15 rounds of direct negotiations were

---

<sup>4</sup><https://www.un.org/press/en/2005/sga955.doc.htm>

held in Vienna, in political and expert level. The representatives of the international community, the United States, and EU, during the negotiation process, asked and pressured Kosovo Albanian representatives who insisted on the demand for independence to show generosity to minorities (Weller, 2009: 337). Human rights and minority rights were of crucial importance achieving a settlement of the final status of Kosovo (Benedek, 2005: 232). Also the violent events of March 2004<sup>5</sup> had a very significant impact on the whole process of the negotiations because the international community saw as a threat to the security of the communities, in particular, the Serbian community and their cultural and religious heritage. As a consequence, minority rights were at the center of the concessions made by the Albanians representatives (Ratkoceri, 2009: 23).

Kosovo established the Unity Team, (the president, the prime minister, the head of the parliament and the heads of opposition political parties), meanwhile during the negotiations Serbia was represented by a lower level of government officials. The negotiation process started with so-called technical issues. Regarding the minority rights Kosovo established the Consultative Council of Communities which drafted a 70 pages catalog of community rights and institutional mechanisms. The document was prepared in consultation with communities in Kosovo and under the guidelines of the European Center for minority rights. (Weller, 2009:338)

---

<sup>5</sup> According to the ICG Report, these events resulted with the death of 19 people, nearly 900 injured, destruction of more than 700 homes of Serbian, Ashkali and Roma community, destruction or demolition of approximately 10 public buildings, 30 Serbian churches and 2 monasteries, as well as some 4,500 displaced persons. (ICG Report, 2004)



Kosovo authorities were reluctant when it came to power-sharing such as ministerial positions for community representatives or reserved seats in the parliament that would inevitably lead to over-representation of minorities (Weller 337). They were concerned about deepening of ethnic division and strengthened the ethnical political system rather than providing opportunities for an interest-based policy that would have to overcome ethnic lines (Weller, 2009: 337). But the mediators insisted on power sharing, ascertained that Contact Group would not accept the reduction of power sharing mechanisms compared to those already adopted in the Constitutional Framework. (Weller, 2009:338). As a consequence, Ahtisaari's proposal made permanent some of the provisions of the Constitutional Framework, which were intended to serve only during the international administration period, adapted for a post-conflict environment.

The pressure of the international community was so high that they obliged also the Kosovo delegation to make concession about the number of new municipalities for Serbs. Kosovo delegation offered to establish three, but in the end they accepted to make concession for five more, despite the fact that it was not compatible with the Serbian population on the territories. Ahtisaari's proposal also ignored the concerns of Kosovo representatives about a third level of the government that was granted by the possibility to extensive cooperation between municipalities that decide to exercise their competencies together (Weller, 2009:351). The same concern was about the direct financing of the municipalities by Serbian government.

In this process also, all the concession for minorities, were made by Kosovo representative, hoping that the process would

be finalized with a proposal that would recommend independence. (Bajrami, 2018). So it was more an international conditional process than an internal democratic evolution.

In February 2007 former president Ahtisaari presented in Prishtina the Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement which contained a framework agreement and 12 annexes. This document provided detailed instructions on minority issues, regional organization, and the civil and military presence that would remain in Kosovo. The supervised independence was nowhere mentioned in the text, but he made this recommendation in the proposal sent to the Secretary-General, in March(S/2007/168, 2007). The proposal was accepted by Albanian side but refused by Serbia. It failed to be approved in the Security Council due to the opposition of Russia, which warned to exercise the right of veto. After the delays and failure of the Troika Process,<sup>6</sup> on February 17<sup>th</sup>2008, Kosovo Assembly proclaimed the Independence and fully committed to unilaterally implement the obligations arising from Ahtisaari's Proposal (Kosovo's Declaration of Independence 2008).

The drafting of the Kosovo Constitution was foreseen in the Comprehensive Proposal which defined the establishment of a Constitutional Commission from the Kosovo President, in consultation with the Presidency of the Assembly and the International Civilian Representative (ICR).<sup>7</sup>The Constitution

---

<sup>6</sup>Because the irreconcilable positions of parties, another negotiation process started in August 2007, proposed by Contact Group and led by the representatives of the USA, EU, and Russia. The so-called Troika process after 120 days of intensive negotiations also confirmed that 'the parties were unable to reach an agreement on Kosovo's status. (S/2007/723, 2007).

<sup>7</sup> The mechanism created to supervise the implementation of Settlement was International Steering Group which appointed ICR. Among his powers was the ability

had to prepare within 120 days, a timeline that included the public hearing also. The drafting of the Kosovo Constitution was not a typical process as it involved many stakeholders of various interests so the space to maneuver of the Constitutional Commission was minimal (Ratkoceri, 2009: 24). The Constitution had to write in the spirit of the negotiations in Vienna for the final status of Kosovo; following Ahtisaari's Comprehensive Proposal as well as the Declaration of the Independence and also following the restrictions made on behalf of the protection of minorities.

The process of drafting the Constitution was also not a typical one. A group of 21 members was established and a lot of international experts were offered to contribute. The USAID prepared the detailed procedures for the process of the drafting, limiting also the access of external constitutional experts in order to not complicate the situation. On 22 December the document was ready, but it was made public on 19 February, two days after the proclamation of Kosovo Independence. The process of the consultation with the public lasted from 19 February to 4 March, so a very limited period. American Liaison Office designed a sophisticated program on internet to collect the comments and the suggestions from the public. Meanwhile the 21-members of the Constitutional Commission traveled to the Kosovo municipalities, engaged in discussions with the public, and as a consequence some changes were made in the text, but the minority arrangement were not touched.

---

to annul decisions or laws adopted by Kosovo authorities and sanction and remove public officials whose actions he determines to be inconsistent with the Settlement. His mandate continued until the International Steering Group determined that Kosovo has implemented the terms of the Settlement, in 2012.

On April 2<sup>nd</sup>, ICR passed the final draft of the Constitution, and on April 9<sup>th</sup> it was approved by the Kosovo Assembly in an accelerated process.

#### **.V. Extension of minority rights in the Constitution of Kosovo.**

The Constitution of Kosovo consisted of 14 chapters and 162 articles. The last two chapters were about the transitional and final provisions. The document fully reflected Ahtisaari's proposal and all the arrangements reached during the negotiation process in Vienna. The preamble is open with the famous phrase 'We, the people,' indicating that the people are the authors of the Constitution.

The constitution determined the character of the state as it was specified that 'The Republic of Kosovo is a state of its citizens and exercises its authority based on the respect for human rights and freedoms of all of its citizens and all other individuals within its borders' (Const., 2008: Chap. I. art.1.2). This formulation excluded the nationalist character of the Kosovo state defining it as a state of its citizens and thus emphasizing the human rights policy as a fundamental principle (Doli and Korenica, 2010: 58). In a liberal democracy, it is fundamental that citizens enjoy fully equal citizenship. (Rawls, 2004).

Meanwhile, the Article 3, on the definition 'equality before the law,' declared the multi-ethnic character of the society that consisted of Albanians and other Communities (Const., 2008: Art.3.1). The criticism about that is related to the dismissing of the governing principle of rule by the majority. (Doli and Korenica, 2010: 62). In the Constitution, it is highlighted that the

exercise of public authority shall be based upon the principles of equality of all individuals before the law and with full respect for internationally recognized fundamental human rights and freedoms, as well as protection of the rights of and participation by all Communities and their members.(Art.3.2).So the democratic principle of equality is fundamental in the Constitution of Kosovo, which does not recognize or privilege any ethnic group but the citizens. The Constitution provides a statehood that is legally bound to the Kosovan citizens but not to any specific ethnic community (Doli and Korenica, 2010: 59).

The fact that the chapter on 'The Rights of Communities and Their Members' (Const., 2008: Chap. III) is ranked immediately after the Human Rights' Chapter is an indicator of the importance represented minorities for the state of Kosovo. The content of this chapter was also similar to that of the Constitutional Framework, but it is expanded and written in a much more detailed language. In this chapter, Communities are defined as 'inhabitants belonging to the same national or ethnic, linguistic, or religious group traditionally present on the territory of the Republic of Kosovo' (Const., 2008:Art. 57.2). The Constitution obligates the Republic of Kosovo and the government to ensure appropriate conditions enabling communities to preserve, protect and develop their identities. It also refrain the institutions from policies or practices aimed at assimilation (Const., 2001:Art. 58).

Regarding the highest legislative body, the Assembly, the representation of minorities remained the same as that of the Constitutional Framework but the number of members of the Presidency decreased from eight to five. Minorities still have two reserved position, one from the Serbian Community and the other from other Communities (Const., 2008: Art. 67.4). This new

composition makes the minorities stronger in the decision making of the presidency. Furthermore the members of the Presidency would be vice-presidents of the Assembly. Another provision was that of the additional seats for minorities in the first two election cycles after the approval of the Constitution, (Const., 2008: Art. 148). This was a measure to give the chance minorities to accommodate their interests easily and implement the content of the Comprehensive Proposal, including the approval of the laws of 'vital interest.'

An essential instrument given to minorities in the Kosovo Constitution is the double majority voting system, so practically the power to decide about the changes in the Constitution. (Const., 2008: Art. 65.2), which cannot be amendment without the vote of 2/3 of the majority Communities' representatives, despite the existence of a qualified majority in the Assembly. This formula requires the permanent consensus of the minorities for any change of the Constitution. This is in the logic of the consensual democracy, however creates a free space that can be misused; conditioning or blackmailing the majority or vice versa. Also, the President of the Assembly is obligated to refer the proposed constitutional amendments before the approval, to the Constitutional Court, which confirm that they do not diminish the rights and freedoms guaranteed by Chapter II of the Constitution (Const., 2008: Art. 113.9). Thus, these two barriers make any change in the Constitution practically impossible, even for issues that do not belong to the minority rights. This power is also the most significant difference between the Constitutional Framework and the Constitution of the Republic of Kosovo regarding minority rights.

The document also increased the power of the parliamentary Committee on the Rights and Interests of

Communities, through the number of members, where two third of them will be from minorities (Const., 2008: Art. 78.1), so they can easily block the adoption procedure of any law that affects the rights of minorities. They can also make recommendations following their interests for each law (Const., 2008: Art. 78.2; 78.3; 78.4; 78.5).

In the government, two positions of deputy ministers from the Serb minority and three from other minorities were added (Const., 2008: Art. 96.4), except two positions of ministers. As in the Constitutional Framework, their appointment requires the formal endorsement of political representatives of minorities. (Const., 2008: Art. 96.5).

The Constitution established a Consultative Council under the authority of the President, where all Communities are represented and have the opportunity to give their comment at an early stage of the drafting laws, and provide new initiatives following their interests (Const., 2008: Art. 60). The Council's principal mission is to provide a mechanism for regular exchanges between the Communities and the Government of Kosovo. The representatives from various associations belonging to the minorities would be the appointed members of this Council. Thus, apart from the political representatives, the civil society and other groups of minorities have their voices in the process of political making, and the guarantor for that is the head of the state.

In the local government a seat for the deputy mayor of the municipal assembly guaranteed, in those municipalities where the minorities represent at least ten percent of the resident population (Const., 2008: Art. 62). More critical are the competencies of this position: the vice president can refer the violation of a constitutionally guaranteed right, directly to the

Constitutional Court, after he has submitted such matters for reconsideration in the Municipal Assembly (Const., 2008: Art.62.3; 62.4; 62.5).

Another layer of protection for minorities in the Constitution is the 'vital interest' legislation,(Const., 2008:Art. 81) which also requires for adoption, amendment or repeal the double majority: the majority of the Assembly members and the majority of the minority members that are present and participate in the voting process. This laws include a wide range of issues like the municipality borders; the laws on the competencies of the municipalities, laws on the rights of the minorities, usage of the language, national symbols, participation in inter-municipal and cross-border relations; local elections; the protection of cultural heritage; religious freedom and agreements with religious communities; education, etc. (Const., 2008: Art. 81). Also, this article emphasizes that none of the laws of 'vital interest' may be the subject of a referendum.

The Constitution of Kosovo expanded the minority representation rights in the field of justice by introducing quotas, which were not present in the Constitutional Framework. Thus, 15 percent of the judges of the Supreme Court, but not fewer than three judges, should be from Communities that are not in the majority in Kosovo(Const., 2008: Art.103.4). The same principle applies to the Court of Appeals, where not less than two judges must be from non-majority Communities (Const., 2008: Art. 103.6). They have reserved positions in the Kosovo Judicial Council, where two out of the thirteen members should be elected by the deputies of the non-majority communities of the Kosovo Assembly, and at least one or two of them should be judges. (Const., 2008:Art. 108.2; 108.9). Likewise, this principle applies to positions within basic courts, the jurisdiction of which



exclusively includes the territory of one or more municipalities where the majority of the population belongs to the Kosovo Serb Community (Const., 2008: Art. 108.10). Also, for members of the Constitutional Court, a majority vote of the Communities is required for the two out of the nine candidates in total.

Articles on the State Prosecution and the Prosecutorial Council require this institution to reflect the multiethnic nature of the state (Const., 2008: Art. 109, 110); in security sector institutions should reflect ethnic diversity (Const., 2008: Art. 125, 126, 128, 129), and from the Police, is required to 'reflect the ethnic composition of the population at the highest possible level (Const., 2008: Art.128.4).

There is an increasing role on the independent institution also. One of the deputies of the Ombudsperson should be from Communities (Const., 2008:Chap. XII. Art. 138),an important instrument to monitor closely and address minority rights violation. While at the Central Election Commission, which consists of eleven members, at least four members will be from minorities (Const., 2008: Art. 139).

Unlike the Constitutional Framework, the Constitution introduced the provision for the establishment of a Constitutional Court which, besides other attributes, serves as the ultimate instance where individuals can refer the cases of the violations of human rights and individual freedoms by public authorities, but only after they have exhausted all legal remedies provided by law. (Const., 2008:Art.113.7). This attribution was given because Kosovo is not part of the Council of Europe, so the citizens cannot exercise their rights to refer the cases to the [European Court of Human Rights](#).

Regarding the official languages, Albanian and Serbian remained official (Const., 2008: Art. 5.1) but the Constitution

expanded the right to Turkish, Bosnian and Roma community to use their languages officially in the municipality level or all levels as provided by law (Const., 2008: Art. 5.2).

In Final Provisions, it states that the Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement shall take precedence over all other legal provisions in Kosovo (Const., 2008: Art. 143), if there are inconsistencies between the provisions of this Constitution, laws or other legal acts of the Republic of Kosovo. This provision makes Ahtisaari's Proposal stronger than the Kosovo Constitution. Meantime, this provision contradicts the Article 16, which says that 'The Constitution is the highest legal act of the Republic of Kosovo.' This can be considered another protective measure that makes the entire protective system for minorities even more complicated (Weller, 2009: 411). So minority rights in Kosovo Constitution have three levels of protections, Constitution *per se*, the Comprehensive Proposal, and international instruments that have direct applicability in Kosovo.

This Constitution which pushes for consensus instead of opposition, tries to include minorities in the institutional life, and try to maximize their role in the institutions. Can be explained according the concept of consensual democracy of Lijphart (Lijphart, 2012: 32). But it represents a model also consociational model of democracy (Doli and Korenica, 2010: 83) regarding the constitutional position of ethnic minorities, and the increasing of the power-sharing between the majority and minorities.

## **.VI. Conclusion.**

The Constitutional Framework and the Constitution of Kosovo were more products of international pressure and engagement. While the Constitutional Framework mostly was drafted by international experts and officials from the legal office of UNMIK, the Constitution of Kosovo was a product of the negotiations in Vienna for the resolution of the Kosovo's final status, and was drafted in conditions of significant constraints; lack of the transparency; and the public as not really consulted. The locals had the feeling that Framework, in terms of advancing minority rights, provided additional provisions to minorities that were exaggerated and not reasonable. It was a compromise because they wanted to keep the partnership with internationals, not an internal democratic development. The imposition created problems of the minority integration, in a post-war society, where the environment was hostile between two main ethnic communities. But we can underline some the positive effects also. The Constitutional Framework positively affected the resumption of coexistence within a broader background of fundamental rights and freedoms.

The power of minorities increased from the Constitutional Framework to the Constitution, even the processes of the constitution-making formally were not a continuation of each – other. The Constitution included all the provisions of the Constitutional Framework about human rights and minority rights, extended and specified them, thus making this document more comprehensive and making Kosovo institutions full responsible about the implementation. Albanian representatives made the concessions on the Constitution regarding the minority rights hoping that the outcome of the negotiations process would be the proposal for independence. That was the reason that during Vienna negotiations, they didn't make any resistance

about the provisions of the Constitutional Framework, which was designed as a temporary legal act. All the minority arrangements were included in the Constitution.

In the end, both Constitutional Framework (2001) and Constitution of Kosovo (2008), represent the consensual and consociational models of democracy, regarding the constitutional position of ethnic minorities, power-sharing, and the level of constitutional protection, imposed by external actors.

## **.VII. References.**

Ackerman, B. (1989) Constitutional Politics/Constitutional L.aw. *Yale Law Journal* 99 (3): 453 -547.

Baldwin, C. (2006) *Minority Rights in Kosovo under International Rule*. London: Minority Rights Group International.

Beha, A. (2014)[Minority Rights: An Opportunity for Adjustment of Ethnic Relations in Kosovo.](#) *Journal on Ethnopolitics and Minority Issues in Europe* 13 (4): 85-110.

Benedek, W. (2005)Final Status of Kosovo: The Role of Human Rights and Minority Rights,*80 Chi.-Kent. L. Rev.* 215. Accessed September 12, 2018.

<https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol80/iss1/10/>.

Brown, B. S. (2005) Human Rights, Sovereignty, and the Final Status of Kosovo.*80 Chi.-Kent L. Rev.* 235.

<https://scholarship.kentlaw.iit.edu/cklawreview/vol80/iss1/11>

Caplan, R.(1998)International Diplomacy and the Crisis in Kosovo. *International Affairs*74 (4): 745-761.

<https://doi.org/10.1111/1468-2346.00043>

Comprehensive Proposal for the Kosovo Status Settlement. 2 February 2007. Accessed: September 12, 2018.

<https://www.kuvendikosoves.org/common/docs/Comprehensive%20Proposal%20.pdf>

Diamond, L. and Morlino, L. (2004) The Quality of Democracy, An overview. *Journal of Democracy* 15 (4): 20-31.

Doli, D. and Korenica, F. (2010) Calling Kosovo's Constitution: a legal review. *The Denning Law Journal* 22: 51-85.

Ghai, Y. and Galli, G. (2006) *Constitution Building Processes and Democratization*. Stockholm: International Institute for Democracy and Electoral Assistance.

Guidance note of the Secretary General "United Nations Assistance to Constitution-making Processes, April 2009. Accessed online 15/01/2019:

[https://www.un.org/ruleoflaw/files/Guidance\\_Note\\_United\\_Nations\\_Assistance\\_to\\_Constitution-making\\_Processes\\_FINAL.pdf](https://www.un.org/ruleoflaw/files/Guidance_Note_United_Nations_Assistance_to_Constitution-making_Processes_FINAL.pdf)

Guiding principles of the Contact Group for a settlement of the status of Kosovo, 7 October 2005. Accessed online 15/01/2018

[https://www.esiweb.org/pdf/kosovo\\_Contact%20Group%20%20Ten%20Guiding%20principles%20for%20Ahtisaari.pdf](https://www.esiweb.org/pdf/kosovo_Contact%20Group%20%20Ten%20Guiding%20principles%20for%20Ahtisaari.pdf)

ICG Report for Europe, N°155, 22 April 2004. *Collapse in Kosovo*.

Interview with A. Bajrami, (2019) member of the Joint Working Group (2001) and the Constitutional Commission (2007).

Kosovo's Declaration of Independence. 17 February 2008. Accessed September 12, 2018. [http://www.assembly-kosova.org/common/docs/Dek\\_Pav\\_e.pdf](http://www.assembly-kosova.org/common/docs/Dek_Pav_e.pdf)

Kovács, M. M. (2003) Standards of self-determination and standards of minority rights in the post-communist era: a historical perspective. *Journal of association for the study of ethnicity*

- and nationalism* 9 (3): 433-450. <https://doi.org/10.1111/1469-8219.00105>
- Kupchan, Ch. A. (2005) Independence for Kosovo: Yielding to Balkan Reality. *Foreign Affairs* 84 (6): 14-20.
- Kushtetuta e Krahinës Autonome të Kosovës (The Constitution of [Autonomous Province of Kosovo](#)), *Official Gazette*, no. 4. 1974.
- Kymlicka, W. (1995) *Multicultural Citizenship: A Liberal Theory of Minority Rights*. Oxford: Clarendon Press.
- Kymlicka, W. (2001) The New Debate over Minority rights. In *Democracy and National Pluralism*, edited by Ferran Requejo, 15-39. London & New York: Routledge.
- Kymlicka, W. (2010) Minority Rights in Political Philosophy and International Law. In *The Philosophy of International Law*, edited by Samantha Besson & John Tasioulas, 377-383. Oxford University Press.
- Lijphart, A. (1977) *Democracy in Plural Societies. A Comparative Exploration*. New Haven and London: Yale University Press.
- Lijphart, A. (2012) *Patterns of democracy: government forms in thirty-six countries*. — 2nd ed. New Haven and London: Yale University Press.
- Marko, J. (2008) The New Kosovo Constitution in a Regional Comparative Perspective. *Review of Central and East European Law* 33 (4): 437-450.
- Malloy, T. H. (2005) *National Minority Rights in Europe*, Oxford - New York: Oxford University Press.
- Preece, J. J. (1998) *National Minorities, and the European Nations - States System*. Oxford: Clarendon Press.
- Preece, J. J. (2005) *Minority Rights: Between Diversity and Community*. Polity Press.
- Quane, H. (2011) Self-determination and minority protection after Kosovo. In *Kosovo: A Precedent?: The Declaration of*

*Independence, the Advisory Opinion*, edited by James Summers, 181- 212. Leiden – Boston: MartinusNijhoff Publishers.

Ratkoceri, A. (2008) *The Constitution of Kosovo or Ahtisaari? A Qualitative Case-Study on the Process of Constitution-Making*. Thesis. Lund University. Accessed September 12, 2018. <https://lup.lub.lu.se/student-papers/search/publication/1319112>

Rawls, J.(2004) *The elusive ideal of equal citizenship: Political theory and political psychology in the United States and Great Britain*. In Conover P. et al., *The Journal of Politics*, 66 (4): 10–61.

Reka, B.(2003) *UNMIK as an international governance in post-war Kosova: NATO's Intervention, UN Administration and Kosovar Aspirations*. Logos-A, Shkup, Prishtine, Tirane.

Samuels, K. (2006) *Post-Conflict Peace-Building and Constitution-Making*. *Chicago Journal of International Law* 6 (2): Article 10. <http://chicagounbound.uchicago.edu/cjil/vol6/iss2/10>

Tansey, O.(2007) *Democratization without a State: Democratic Regime-building in Kosovo*. *Democratization* 4 (1): 129-150.

United Nations. 9 December 1948. *Convention on the Prevention and Punishment of the Crime of Genocide*.

United Nations. Approved:16 December 1966; Entry into force 23 March 1976. Art. 2. *International Covenant on Civil and Political Rights (ICCPR)*.

United Nations Resolution 47/135. 18 December 1992. *Declaration on the Rights of Persons Belonging to National or Ethnic, Religious and Linguistic Minorities*.

United Nations S/2007/723. 10 December 2007. *Report of the European Union/United States/Russian Federation Troika on Kosovo*.

UN Security Council Resolution 1244. S/RES/1244. 10 June 1999.

UN Security Council Report, S/2005/635. 7 October 2005. A comprehensive review of the situation in Kosovo.

UN Security Council Document. S/2007/168. 26 March 2007.

<https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Kosovo%20S2007%20168.pdf>.

United Nations Security Council S/2007/723. 10 December 2007.

Accessed September 12, 2018.

<https://www.securitycouncilreport.org/atf/cf/%7B65BFCF9B-6D27-4E9C-8CD3-CF6E4FF96FF9%7D/Kosovo%20S2007%20723.pdf>.

UNMIK Regulation 2000/39. 8 July 2000. On The Municipal Elections in Kosovo.

UNMIK Regulation 2001/9. 15 May 2001. Constitutional Framework for Provisional Self-Government. Accessed September 12, 2018.

[http://www.assembly-kosova.org/common/docs/FrameworkPocket\\_ENG\\_Dec2002.pdf](http://www.assembly-kosova.org/common/docs/FrameworkPocket_ENG_Dec2002.pdf).

UNMIK/PR/1216. 23 Aug 2004.

Warbrick, C. and McGoldric, D. 2008. Kosovo The Declaration of Independence. *International and Comparative Law Quarterly* 57 (3): 675-690.

Weller, M. (2009) *Contested Statehood: The international Administration of Kosovo's Struggle for Independence*, Oxford University Press. (Quoted by Albanian publication: Koha, March 2009).





## **Failure to fulfill contractual obligations, civil liability or a criminal offense?**

**Andi Civici Ph.D. (Cand.) <sup>(1)</sup>  
Msc. Arbesa Kurti <sup>(2)</sup>**

SUMMARY: *Abstract*. – .I. Introduction. – .II. General overview of "legal actions". – III. Failure to fulfill contractual obligations, civil liability or criminal offense? – .IV. Conclusions. – .V. Literature.

### *Abstract*

Under the conditions when society is undergoing constant social, economic, cultural, political and other developments, it continuously places individuals, legal entities, public institutions before the circumstances to interact with other persons in order to create, change or terminate a legal relationship, undertaking rights and obligations.

---

<sup>(1)</sup> *Ph.D. (Cand.) University of Tirana.*

<sup>(2)</sup> *Msc. University of Tirana.*

The conclusion of a legal agreement between two natural or legal persons must meet certain conditions to be valid and, once both parties, with full and free will have agreed to conclude an agreement under legal conditions, this legal action is enforceable by law for both parties.

But what happens if one of the parties does not want or is unable to fulfill the obligations it has undertaken towards another party? How can a person who has taken an action or gave a thing to another person under an agreement between the two parties be protected, if the latter refuses to fulfill the obligations assumed?

In practice, it has been ascertained that often persons who find themselves in front of situations, where another person fails to meet the obligations stipulated in the agreement are addressed to the prosecution bodies by filing a criminal charge against the person? Is this a right way to proceed and what attitude has the Albanian prosecution's office and courts towards these cases?

In this humble research paper, we will dwell on an analysis of the elements of legal actions, the rights and obligations arising from these actions, the way of fulfillment, the procedural means and the path to be followed to restore the violated rights, the contrasting attitudes held by the courts, in order to establish a doctrinal debate among the scholars of the law and to give actual recommendations on the issues that will arise in this research paper.

Key words: agreement, legal action, failure to meet the obligations, criminal offense

## **.I. Introduction.**

The Civil Code of the Republic of Albania, which entered into force in 1995, provided for a full framework to regulate real rights and obligations.

Any person who has legal capacity to act and deed has the right to enter into a legal relationship with another person, individual, legal person, state institution for the purpose of obtaining rights or assuming obligations. In addition to unilateral juridical actions, which do not necessarily require the expressed will of another person, in mutual legal actions both parties undertake rights and obligations posed against each other.

The Code has provided for the conditions to be met at the moment of the conclusion of a legal agreement, otherwise this agreement may be absolutely or relatively void.

A legal action based on law shall place the parties before the obligation to fulfill the terms, manner, quality and obligations set forth in the agreement, otherwise a penalty imposed by agreement or by law shall apply to the parties.

Can the inability to fulfill an undertaken obligation limit the freedom of the person? Is a violation of human rights and constitutional standards to charge with criminal liability a person who does not fulfill a civil obligation?

## **.II. General overview of "legal actions".**

Obligation (legal action) is a legal relationship by which one or more persons acquire the capacity of the debtor against one or more persons who acquire the capacity of the creditor, by reason of which the debtor is bound in favor of the creditor to

perform a positive condition (prestasi) (the obligation to give or to do) or a negative condition (prestasi) (obligation not to give or not to do). Obligation creates a power in favor of the creditor, the coercive force which obliges the debtor to execute the obligation. For the realization of the loan the creditor has the right to file sue against the debtor.<sup>3</sup>

The definition given above is also embodied in the Civil Code, specifically provides for that *“Legal action is the lawful appearance of the will of a natural or legal person, intended to create, modify or extinguish civil rights or obligations”*.<sup>4</sup>

The essence of legal action is the interaction of the two parties, who willingly and freely undertake to pose against each other rights and obligations. Types of legal actions that can be taken by two parties are different, in the Civil Code are provided adjustments for some legal actions such as Powers of Attorney, Wills, some types of typical Agreements such as: Sale and Purchase Agreement, Lease Agreement, Donation, Loan etc., but the parties are free to undertake other legal actions, provided that the essential conditions are met.

The essential conditions that must be met in a cumulative manner when it comes to carrying out a legal action are:

1. *Subjects should have legal capacity to act and deed*
2. *Showing full and free will*
3. *Legitimate object*
4. *Form*

Fulfilling the above elements is sufficient to make legal action worthwhile. The Spirit of Law states that only in case of

---

<sup>3</sup> See Luarasi. A *"Komentari i Kodit Civil"* ("Civil Code Commentary"), Publishing house "Luarasi", Tirana 1998, page 13, 15

<sup>4</sup> See article 79/1 of the Civil Code of the Republic of Albania, year 1995

the absence of one of these elements we will be in front of the case of the invalidity of the legal action.<sup>5</sup>

*1. The capacity of the parties to act and deed in a legal action*

The lawmaker requires the parties having the capacity to act and deed, because of the presumption that the will of a person with no capacity to act and deed cannot be accurate. The capacity to act and deed is the ability of a person who through his actions acquires rights and takes on obligations. The capacity to act and deed implies the existence of legal capacity and takes its full form when individual reach the age of 18. The capacity to act and deed is bound not only with age limit, but also with mental capacity.

*2. Manifestation of will on the physical appearance*

Legal action is nothing more than the legal and free will of a natural or legal person. The manifestation of will is closely related to the person's desire to carry out legal action. The manifestation of will aims the attainment of certain consequences, at the creation, amendment or extinction of civil rights or obligations. It is more than imperative that a natural or legal person not only (i) expresses his free will but also (ii) this will, shall be for a legitimate object. The above is an occurrence that is perceived by the behavior of the natural person performing the legal action and this manifestation of will must be lawfully done otherwise it is not complete.

The existence of the will can be judged as when it is manifested directly, and also when it is manifested indirectly, based on certain actions and sometimes on actual issues. Silence can be constituted as acceptance to replace the direct manifestation of will only when such a silent character emerges

---

<sup>5</sup> See Unifying Decision of the Supreme Court No. 1, dated 06.01. 2019

directly from the law. For example, if the heir does not declare that he renounces the inheritance within 3 months from the date of the opening of the inheritance, then the silence is constituted as having accepted the inheritance.<sup>6</sup>

### 3. *Form of legal action*

One of the conditions of the validity of legal action is shaping it with the required legal form, the absence of which results in the absolute invalidity of legal action. In the case of transfer of immovable property, the form is an essential element for the validity of legal action, the absence of which invalidates it.

Once the above conditions are met, legal action between the parties is enforceable by law and they are obliged to fulfill the obligations assumed.

Regarding the guarantee and the procedure for fulfilling the obligation, the Civil Code has provided for in some provisions the deadline, the manner and the place of fulfillment of the obligation, which are the reference provisions, since the parties to the agreement may impose other conditions.

The article 455 of Civil Code stipulates that: "*The debtor and creditor must exercise due diligence and be punctual in fulfilling the obligation in accordance with its content.*"

The article 456 of Civil Code stipulates that: "*Obligation to deliver a specific thing contains even the care that must be taken to preserve it until its delivery.*"

The article 457 of Civil Code stipulates that: "*When the object of the obligation is the delivery of the thing specified as to its kind, they cannot be of lower quality than average quality.*"

---

<sup>6</sup> See Latifi. J "*E drejta Civile*", Grafon 2005, page 207

The article 474 i K.Civil parashikon se: *"When identical payments to settle the obligation should be done periodically, the receipts issued for two consecutive payments presume the previous payments. The receipt issued by the creditor for the main obligation, presumes that interest rates and the costs of this obligation are also paid. Release of things from guarantees*

With fulfillment of the obligations, we mean the performance of that act or service, or the delivery of that thing constituting the object of a legal obligation relationship. Obligation must be fulfilled according to its content in the country, manner or time limit and in accordance with the requirements of law and agreement. If we consider it in the legal sense, the payment is the execution of the obligation. The payment can be done voluntarily by the debtor, as expected of him, but in the case of default, force repayment is applied<sup>7</sup>.

### **.III. Failure to fulfill contractual obligations, civil liability or criminal offense?**

At the end of the nineteenth century, the doctrine and jurisprudence created the concept of contractual responsibility, making alignment with extra-contractual or criminal liability. This concept is currently criticized for the reason that the compensation and interest to be paid in case of non fulfillment of a contractual obligation are a compulsory payment method rather than a reimbursement<sup>8</sup>.

---

<sup>7</sup> [https://www.academia.edu/10925952/P%C3%ABrmbushja\\_e\\_detyrimeve](https://www.academia.edu/10925952/P%C3%ABrmbushja_e_detyrimeve)

<sup>8</sup> See Legier.G *"E drejta civile, detyrimet"* ("Civil Law, Obligations"), 19<sup>th</sup> Edition, year 2008



The article 476 of Civil Code stipulates that: *"Any shortcomings in the execution of obligations oblige the debtor to compensate the creditor for the damages incurred, unless he proves that the failure to perform the obligation has not come because of his fault. In this case, the creditor is entitled:*

*To demand the execution in kind of the obligation, particularly the delivery of a thing or the execution of works, as well as compensation for the damage caused by delay of the execution; or*

*The compensation for damage incurred by non-execution of the obligation.*

An obligation remains unfulfilled if the debtor fails to perform the work, the action or the service constituting the object of the obligation. Failure is complete when the debtor fails to meet the obligation, while it is partial when the debtor fulfills the obligation not in the proper manner, which implies not in the quality, quantity required or outside the time limit fixed by the parties.<sup>9</sup>

The contractual liability has a dual function, first relates to the settlement, the payment of the obligation, but also a remuneration function, allowing the repayment of the damage suffered by the creditor, who was a victim of a non-fulfillment. Some authors have privileged the first function to question then the very concept of contractual responsibility which according to them is a false concept - *"the alleged contractual liability shall be nothing other than the enforced execution as the equivalent of the unfulfilled obligation."*<sup>10</sup>

Regarding the elements to be ascertained and analyzed in case one of the parties refuses to fulfill the obligations assumed or does not meet them in due time, the Tirana District Court,

---

<sup>9</sup> [https://www.academia.edu/10925952/P%C3%ABrmbushja\\_e\\_detyrimeve](https://www.academia.edu/10925952/P%C3%ABrmbushja_e_detyrimeve)

<sup>10</sup> Ibidem

with Decision No. 3089, dated 04.04.2018, states that: " *the Defendant is in delay in fulfilling the obligation to the Plaintiff because:*

1. *Has not fulfilled the contractual obligation (the return of the thing received in the loan) which means that he has not undertaken the actions specified in the Agreement to provide the creditor (plaintiff) with the realization of his credit.*
2. *The obligation was not fulfilled within the time limit set in the Agreement (return of the thing at the end of the Agreement term)*
3. *Failure to fulfill the obligation has occurred due to the fault of the debtor (defendant) pursuant to the Article 480 of the Civil Code. The fault for the failure to fulfill the obligation represents the psychic attitude of the debtor to the actions that constitute his contractual obligation and the consequences that may arise in relation to the objects of the Agreement. In this case, the debtor's position is evaluated as unlawful regarding the contractual provisions that provide for his obligation to behave correctly and within the reason (article 422 of Civil Code). Failure to fulfill the obligation due to the fault of the debtor has a subjective character that implies the creation of circumstances that make it impossible to fulfill the object of the Agreement or negligent position in failing to take measures to ensure that such circumstances are avoided.*

The creditor party, which seeks the fulfillment of the obligation or the taking of a thing by the debtor, and the latter refuses to voluntarily fulfill it, has the right to address the court with a law suit for the debtor party to fulfill the obligation.

In the Unifying Decision No.5, dated 30.10.2012, the Supreme Court states that: *Any subject who claims to have been infringed on a lawful right or interest through the lawsuit, its object and cause, and during the civil proceedings, must identify: (i) the legal relationship arising from the violation of rights or legitimate interests*

(e.g. ownership, contractual, inheritance agreement, etc.); (ii) the person who has infringed the right or legitimate interest; (iii) the fact that constitutes a violation of the right or legitimate interest, actions or omissions of the defendant which have denied / infringed the right or legitimate interest; (iv) the right it aims to realize, which must be real and raised before the lawsuit is filed."

Justice in its absolute form is utopia, in the concept that is unreachable by man, yet this fact should not lead to fatalism. We have a mission, to use all the power of mind and soul in constant and inexhaustible efforts only to draw near to justice.<sup>11</sup>

Article 27, paragraph 1 and 3 of the Constitution, results as a legal prohibition of deprivation of liberty for non-fulfillment of contractual obligations, and specifically stipulates that:

*"No one can be deprived of liberty, except in the cases and procedures provided for by law"...*

*"No one can be deprived of liberty only because he is unable to fulfill a contractual obligation".*

Although the Constitution prohibits the restriction of liberty in cases where a person is unable to fulfill a contractual obligation, a standard which is consistent with Article 5 of the European Convention on Human Rights, the Albanian courts hold different attitudes and in many decisions to a person who has not fulfilled a contractual obligation has been sentenced to a prison sentence.

In a decision of the date 25.09.2017, Tirana District Court states that: *With regard to the parties' views on the facts under consideration, the Court notes that in the three cases the defendant has lied and misused the trust of the injured party / victim with the sole purpose of non fulfillment of his obligations and unduly benefiting the*

---

<sup>11</sup> See Mengjesi. S "Fundamentals of the Criminal Law Doctrine", Publishing House Morava, Tirana 2016

*amounts given by the denouncer. The court has the above conviction due to the same behavior the defendant manifests... The defendant used the same mechanism, entering into contracts and agreements with the denouncing parties, obtaining substantial amounts of money and failing to meet the contractual obligations in order for the persons who provided the sums of money not to have the opportunity to take de jure the property for which they paid the amount in cash.*

In another decision, the Tirana District Court<sup>12</sup> states that: *"The Constitution of the Republic of Albania in Article 11 sanctions that private property, market economy and freedom of economic activity are the pillars of our economic system. Also in its second paragraph Article 11 states that private and public property is protected by the law. This means that private and public property enjoy equal protection from the law. The Constitution, in Article 41, has sanctioned the right of private property as one of the fundamental rights of man. Based on and implementing the Constitution of the Republic of Albania, criminal norms have been adopted to guarantee the inviolability of the property and property of natural, legal or state persons from illegal actions or inactions. In the framework of the protection of the right of property, the Criminal Code in Articles 143-149/b provided for a special protection of the right to property from unlawful actions aiming the deprivation of his owner or legitimate possessor to enjoy peaceful under the relevant provisions of the Civil Code by presenting false facts or concealing real facts, lies or abuse of trust. ... In the present case, the defendant, through unlawful and socially dangerous actions, has violated this object, since by his direct and voluntary actions he has consumed the criminal offense of fraud with serious consequences provided by Article 143/3 of the Criminal Code. By his actions, the defendant has violated the legal relations established by law to guarantee the inviolability of the property of a*

---

<sup>12</sup> See Decision No. 568, dated 28.02.2019 of Tirana District Court

*natural person, specially protected by criminal law for unlawful and socially dangerous actions or inactions.*

The courts consider the failure to fulfill the contractual obligations as a criminal offense of "Fraud" provided for in Article 143 of the Criminal Code of the Republic of Albania and are based on the interpretation of two elements of this criminal offense:

"Lies" by which is understood the presentation of circumstances or facts as true, when they are objectively false, as well as concealing real facts and circumstances. By presenting the circumstances or facts as true, when they are objectively false, it is understood the assertion of the existence of the fact that it does not exist, i.e. the presentation of facts different than reality, which is not exactly indicated. The concealment of facts exists when the defendant deceives the victim of the criminal offense for the non-existence of the facts which exist or is silent about their existence, respectively their content, if there has been an obligation to tell those facts. These actions of the defendants aim making the owner of property "mad", causing the latter to "voluntarily" hand property in to the defendant.

"Abuse of trust" which means the abuse of the trust that the possessor or the owner of the property has created to the defendant and as a result of this trust passes the defendant the property or his property rights while the latter misusing this trust uses this property as if it were of his/her own. This trust can be derived from family, work, friendship, professional relationships and so on.

Referring to these two elements, in some cases the court has ruled the debtor to be punished; assessing that failure to fulfill his obligation constitutes a criminal offense as he has used the lie or abuse of trust to take advantage of the creditor.

On the other hand, the Court holds a contrasting attitude, which calls for the failure to fulfill the contractual obligation as a civil and legal relationship. In decision no.751, dated 21.03.2019 Tirana District Court states that: *"From all the evidence contained in the case file, it is concluded that in the case the relationship between the plaintiff and the defendant is concluded is a civil and legal relationship and as such should be resolved in the civil court. In this regard it is very important to emphasize the constitutional restrictions for penalties under contractual relations. Referring to Article 27 paragraph 1 and 3 of the Constitution, results as a legal ban the deprivation of liberty for failure to fulfill the contractual obligations, and specifically states: "No one can be deprived of liberty, except in the cases and procedures provided for by law"... "No one can be deprived of liberty only because he/she is unable to fulfill a contractual obligation"*.

Article 5 paragraph 1/b of the European Convention on Human Rights stipulates that: *"1. (...) No one shall be deprived of his liberty save in the following cases and in accordance with a procedure prescribed by law: (...) b) the lawful arrest or detention of a person for noncompliance with the lawful order of a court or in order to secure the fulfillment of any obligation prescribed by law;"*

Regarding the deprivation of the liberty to fulfill an obligation, the European Court of Human Rights states that only the cases where a person can be deprived of his/her liberty is when this measure intends to "ensure the fulfillment" of an obligation provided for by law. On the one hand, the person to whom this measure is related to be debtor of an unfulfilled obligation and, on the other hand, that his arrest and detention aim to ensure the fulfillment of that obligation without taking a punitive character. The Court has considered from the point of view of the second limb of Article 5 § 1 (b) certain situations such

as the obligation to submit a security check when entering a country (*McVeigh and other vs. United Kingdom, report of the Commission*), the obligation to disclose details of one's personal identity (*Vasileva v. Denmark, Novotka v. Slovakia (dec.), Sarigiannis v. Italy*), the obligation to undergo a psychiatric examination (*Nowicka v. Poland*), the obligation to leave a certain area (*Epple v. Germany*), the obligation to appear for questioning at a police station (*Stefanov v. Bulgaria, Osypenko v. Ukraine, and Khodorkovskiy v. Russia*) as well as the obligation to keep the peace by not committing a criminal offense (*Ostendorf v. Germany*).<sup>13</sup>

Whereof, in no case the Court has expressed about the deprivation of liberty in cases where an individual has failed to fulfill a contractual obligation.

#### **.IV. Conclusions.**

Failure to fulfill a contractual obligation, even though the party with full and free will has undertaken any obligations or performing actions or inactions, can not constitute a cause for charging him with criminal liability.

The Constitution has, in a tax-based manner, guaranteed the inviolability of personal liberty, in cases where a person fails to fulfill a contractual obligation, as a consequence any decision taken by conviction of a person under the conditions when he has entered into a contractual agreement and does not fulfill the

---

<sup>13</sup> See Council of Europe " Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights, "*The right to liberty and personal security* ", accessed on [https://www.echr.coe.int/Documents/Guide\\_Art\\_5\\_SQL.pdf](https://www.echr.coe.int/Documents/Guide_Art_5_SQL.pdf)

obligations assumed contrary to the Constitution and the European Convention on Human Rights.

The means for guaranteeing and debiting the civil liability of the debtor for the fulfillment of the obligations are expressly provided for in the Civil Code and in special laws, as a result the creditor must follow the legal process (civil procedure) to restore rights that have been violated by debtor.

#### **.V. Literature.**

Gerard Legier "*E drejta civile, detyrimet*" ("Civil Law, Obligations"), 19<sup>th</sup> Edition 2008

Sokol Mëngjesi "*Bazat e doktrinës së të drejtës penale*" ("Fundamentals of the Criminal Law Doctrine"), Publishing house Morava, Tirana 2016

Aleks Luarasi "*Komentari i Kodit Civil*" ("Civil Code Commentary"), Publishing house "Luarasi", Tirana 1998

Juliana Latifi "*E drejta Civile*" ("Civil Law"), Publishing house Grafon, Tirana 2005

Council of Europe "*Guide on Article 5 of the European Convention on Human Rights*", "*Right to personal Liberty and Security*"

Constitution of the Republic of Albania

European Convention on Human Rights

Civil Code of the Republic of Albania

Code of Civil Procedure of the Republic of Albania

Criminal Code of the Republic of Albania

Code of Criminal Procedure of the Republic of Albania

Unifying Decision of the Supreme Court No. 5, dated 30.10.2012

Unifying Decision of the Supreme Court No. 1, dated 06.01.20019

Decision No. 2449 dated 25.09.2017, of Tirana District Court



Decision No. 568, dated 28.02.2019, of Tirana District Court  
Decision No. 751, dated 21.03.2019 of Tirana District Court  
Decision No. 3089, dated 04.04.2018 of Tirana District Court

*Opinions / Opinione /  
Opinioni*



### **Inammissibile il rito abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo**

**Prof. Dr. Giorgio Spangher <sup>(1)</sup>**

1.

Le questioni connesse ai rapporti tra il giudizio abbreviato ed i reati puniti con la pena dell'ergastolo, indotte - emotivamente - da alcune decisioni in tema di omicidio aggravato erano già dalla scorsa legislazione nel "mirino" del legislatore.

Il dato si poneva in relazione al fatto che la premialità del rito per questi reati, le cui sanzioni erano già ridimensionate dal meccanismo delle circostanze, poteva ricondurre le condanne nella fascia delle situazioni non preclusive delle pene alternative previste dal regime penitenziario.

Con la definitiva approvazione della l. n. 33 del 2019, si è infatti affermato, con il nuovo comma 1 *bis* dell'art. 438 c.p.p., che non è ammesso il giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo. Ormai nel rito abbreviato è esclusa la

---

<sup>(1)</sup> *Professore Emerito di Diritto di Procedura Penale, Sapienza Università di Roma. Professore Straordinario di Diritto di Procedura Penale, Università Unitelma Sapienza di Roma.*

possibilità di applicare l'ergastolo, in via definitiva o, in sua sostituzione, con i trenta anni.

2.

Innescato da alcune vicende giudiziarie si è da tempo riaperto il confronto di opinioni sul ruolo della pena, nella contrapposizione tra una visione rieducativa della stessa ed una più dichiaratamente retributiva.

Sullo sfondo della insicurezza determinato dalla globalizzazione, il dibattito ha finito per coinvolgere inevitabilmente tematiche diverse: determinazione di nuove fattispecie incriminatrici, inasprimento delle pene, regole procedurali, regime penitenziario. Del resto, la presenza di "fenomeni" criminali non consente risposte episodiche, nella misura in cui la metabolizzazione di un singolo episodio delittuoso, non è possibile a fronte d'una sua reiterazione che proprio per questo fatto ne amplifica e ne moltiplica le implicazioni.

In questo contesto si inserisce la legge n. 33 del 2019 che esclude l'accesso al rito abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo. Il riferimento all'omicidio aggravato non è casuale ove si consideri in materia la previsione di cui al comma 3 dell'art. 90 c.p.p. ove si stabilisce che in caso di morte della vittima del reato, i diritti della persona offesa siano esercitati - a sua tutela - dai prossimi congiunti e da persona legata da relazione affettiva o stabilmente convivente, che assumeranno su di sé anche la posizione di danneggiati dal reato, con ricadute significative sul loro atteggiamento processuale. La posizione a "tutela" dell'offeso, vittima di omicidio, finisce per investire questi soggetti di una funzione di "supplenza" sotto vari profili, non escluso quello sanzionatorio.

3.

Il comma 1 *bis* dell'art. 438 c.p.p. inserito dalla riforma prevede, pertanto, che “non è ammesso il giudizio abbreviato per i delitti puniti con la pena dell'ergastolo”.

Si ricorda a questo dato anche l'abrogazione del secondo e del terzo periodo del comma 2 dell'art. 442 c.p.p. ove si prevedeva che alla pena dell'ergastolo è sostituita quella della reclusione di anni trenta; ed alla pena dell'ergastolo con isolamento diurno, nel caso di concorso di reati e di reato continuato, è sostituita quella dell'ergastolo.

Invero, proprio la premialità del rito abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo consente al condannato di collocare la pena nelle soglie che consentono l'accesso ai benefici penitenziari.

La considerazione che nello sviluppo del procedimento l'ipotesi accusatoria formulata dal pubblico ministero con la richiesta di rinvio a giudizio possa modificarsi rendendo possibile l'accesso al rito abbreviato ha suggerito al legislatore che la difesa debba, a tal fine, formulare una richiesta, ancorché inammissibile ovvero da rigettare, nel corso dell'udienza preliminare. La stessa richiesta, se formulata nel corso dell'udienza preliminare, potrà essere reiterata entro i limiti di cui agli artt. 421 e 422 c.p.p.

Ovviamente questa richiesta - inammissibile - non finalizzata ad ottenere dal giudice la verifica delle condizioni di ammissibilità del rito, non determinerà l'operatività di quanto previsto dall'art. 438, comma 4, secondo periodo, c.p.p., in tema di produzione di indagini difensive, e dall'art. 438, comma 6 *bis*, c.p.p., in tema di sanatoria delle indicate patologie processuali.

Il legislatore non esclude che la formulazione dell'imputazione subisca variazioni lungo il corso del

procedimento, così da incidere sull'originaria inammissibilità ovvero sull'iniziale possibilità di disporre il giudizio abbreviato.

Si prevede, così, che qualora all'esito dell'udienza preliminare la qualificazione giuridica del fatto consenta il rito abbreviato, il giudice con il decreto che dispone il giudizio debba informare l'imputato che entro quindici giorni potrà chiedere il rito speciale. Sul punto l'art. 4 della l. n. 33 del 2019 al secondo periodo dell'introdotta comma 2 *bis* dell'art. 429 c.p.p. prevede che si "applicino le disposizioni dell'art. 458 c.p.p."

Invero, il richiamo all'art. 458 c.p.p. appare del tutto inadeguato alla situazione *de qua*. Pienamente in linea con la mancanza di un'udienza preliminare, non appare coerente e lineare nella situazione nella quale un'udienza preliminare si sia non solo svolta, ma un'udienza all'esito della quale il giudice si è pronunciato nel senso dell'opportunità del dibattimento.

Al riguardo, infatti, si prospettano numerosi interrogativi.

In primo luogo, appare necessario interrogarsi su quale debba essere il giudice del relativo procedimento.

Invero, il giudice dell'udienza preliminare si è già pronunciato nel merito - ancorché in una dimensione processuale - della vicenda giudiziaria.

L'art. 34 c.p.p. dispone che il giudice che ha disposto il rinvio a giudizio non possa partecipare "al giudizio". Il riferimento è sicuramente connesso alla fase dibattimentale. Il dato, tuttavia, riflette il percorso "ordinario". Nel caso di specie si prospetta una situazione inedita. E' vero che il giudice dell'udienza preliminare si prospetterebbe sempre come giudice di quel segmento processuale, costitutivo dell'udienza preliminare. E' altresì vero che il giudice sarebbe investito dalla richiesta dell'imputato che, tuttavia, non richiedendo il rito contratto è consapevole del possibile esito processuale, potendo

optare per il giudizio dibattimentale. Tuttavia, in questo caso non usufruirebbe dello sconto di pena. Non sarebbe, del resto, recuperabile – stante l'espressa previsione del novellato art. 429 c.p.p. – quanto previsto per la modifica dell'imputazione a seguito del dibattimento (art. 438, comma 6, c.p.p.).

Peraltro, anche la sostituzione del giudice non andrebbe esente da inconvenienti: *quid iuris* nel caso in cui il nuovo giudice si orientasse diversamente in punto di qualificazione giuridica. Non si potrebbe, del resto, ritenere che l'unica attività che il giudice investito della richiesta debba limitarsi a quantificare la pena nei termini di cui all'art. 442 c.p.p.

Invero, dovrebbe ritenersi che l'imputato sia rimesso nelle condizioni di richiedere il rito nelle sue articolazioni – quella c.d. secca e quella condizionata – nonché di produrre quelle investigazioni difensive (eventualmente) non prodotte e di sviluppare le argomentazioni nel merito che aveva ritenuto di produrre in dibattimento.

Il citato art. 458 c.p.p. prospetta anche ulteriori interrogativi. Si prevede, infatti, che l'imputato possa eccepire l'incompetenza per territorio, a differenza di quanto – ordinariamente – previsto dall'art. 438, comma 6 *bis*, c.p.p., richiamato, come si dirà, sotto gli altri profili.

Invero, l'eccezione di incompetenza per territorio, ove non sia stata eccepita nel corso dell'udienza preliminare, deve ritenersi che la parte sia decaduta dal diritto di proporla. La previsione si giustifica, infatti, nel giudizio abbreviato trasformato dal rito immediato, stante la mancanza dell'udienza preliminare.

Troverà operatività, come detto, quanto previsto dal residuo contenuto dell'art. 438, comma 6 *bis*, c.p.p., salvo che la



parte non abbia già formulato le relative eccezioni nel corso dell'udienza preliminare.

Come anticipato, la difesa potrà produrre con la richiesta del rito le eventuali indagini difensive non prodotte in precedenza. In questo caso opererà la previsione di cui all'art. 438, comma 4, c.p.p., a mente della quale, il pubblico ministero potrà chiedere termine per acquisire le indagini ritenute necessarie a verificare il materiale difensivo introdotto.

La previsione non opererà, naturalmente, per quelle prodotte in precedenza nel corso dell'udienza preliminare in ordine alle quali il p.m. avrà potuto regolarsi nei termini ritenuti opportuni e per i quali non opera la norma speciale.

Qualora, invece, richiesto e disposto il rito abbreviato il fatto dovesse essere contestato nei termini escludenti il rito, il giudice revocherà il provvedimento e procederà alla prosecuzione dell'udienza preliminare, ovvero disporrà che si proceda con l'udienza preliminare.

Dovrebbe ritenersi che in questo caso le eventuali indagini difensive depositate e quelle svolte dal pubblico ministero ai sensi dell'art. 438, comma 4, c.p.p. conservino validità. Dovrebbe, invece, ritenersi che la revoca dell'ordinanza con cui è stato disposto il rito faccia venir meno la sanatoria delle invalidità di cui allo stesso art. 438, comma 6 *bis*, c.p.p.

Sarebbe contraddittorio, infatti, che effetti speciali della domanda del rito conservino efficacia quando la condizione che li sorregge è venuta meno.

Qualora il giudice del dibattimento riconosca che il fatto come da lui qualificato avrebbe consentito il giudizio abbreviato, applicherà con la sentenza la riduzione della pena nei limiti previsti dall'art. 442, comma 2, c.p.p.

Non è chiaro se a questo fine è sufficiente la richiesta - inammissibile - formulata nell'udienza preliminare, ovvero se sia necessario ripetere la richiesta all'inizio del dibattimento ovvero se la richiesta del rito possa essere formulata per la prima volta nel momento di apertura del giudizio.

Va sottolineato come manchi ogni riferimento agli sviluppi conseguenti alla mancanza dell'udienza preliminare. Il riferimento va al giudizio direttissimo e al giudizio immediato. E' possibile che il legislatore abbia ritenuto che le previsioni di cui agli artt. 452 e 458 c.p.p. fossero idonee a soddisfare le esigenze connesse all'inammissibilità del giudizio abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo.

L'indicazione è vera solo in parte.

Invero, con riferimento al rito direttissimo il legislatore prevede che se l'imputato chiede il giudizio abbreviato il giudice, prima che sia aperto il dibattimento, dispone con ordinanza la prosecuzione del giudizio con il rito abbreviato. L'incardinamento nel dibattimento si giustifica in considerazione che è mancata una fase di indagini governata dalla presenza del giudice delle indagini preliminari.

Cercando di trovare una adeguata soluzione sistematica si dovrà ritenere che al fine di avvalersi all'esito dell'udienza dibattimentale del beneficio premiale in punto di pena, la difesa dovrà presentare al giudice del dibattimento la richiesta - inammissibile - di giudizio abbreviato. Naturalmente, tutte le altre previsioni richiamate dalla norma non troveranno operatività. All'esito dell'udienza del rito direttissimo il giudice provvederà ai sensi dell'art. 438, comma 6 *ter*, c.p.p., introdotto con la riforma, nell'eventualità in cui il rito abbreviato non sia stato disposto ma ora la qualificazione del fatto l'avrebbe consentito.

Più complessa si prospetta la questione con riferimento al giudizio immediato. Ai sensi dell'art. 458 c.p.p. si prevede che l'imputato, a pena di decadenza, può chiedere il rito abbreviato depositando nella cancelleria del giudice per le indagini preliminari la richiesta, con la prova dell'avvenuta notifica al pubblico ministero, entro quindici giorni dalla notificazione del decreto di giudizio immediato.

La previsione sconta il fatto che il legislatore ha previsto il fatto che il rito contratto si celebri sempre nell'udienza preliminare. In tal senso si giustifica la richiesta al giudice per le indagini preliminari. Nella situazione affrontata dalla legge in esame, dovrebbe pertanto ritenersi che l'imputato entro il termine fissato dall'art. 458, comma 1, c.p.p., debba formulare la richiesta - inammissibile - di giudizio abbreviato, costituendo questa condizione necessaria per poter usufruire dello sconto di pena (*ex art. 438, comma 6 ter, c.p.p.*, introdotto dalla legge in esame) all'esito del dibattimento che riconosca un reato non punito con l'ergastolo.

Sarebbe stato meno confliggente con la razionalità prevedere che la difesa produca *in limine* al dibattimento la richiesta (inammissibile) di rito abbreviato.

4.

Il riconoscimento della premialità della pena dovrebbe valere anche per il giudizio d'appello e in cassazione *ex art. 620, lett. 1, c.p.p.*, senza necessità che sia riproposta la domanda del rito abbreviato. Dovrebbe riconoscersi che un eventuale accoglimento dell'appello del p.m. in punto di qualificazione del fatto, ostativa il rito, determinerà l'esclusione della premialità precedentemente riconosciuta. Ci si dovrebbe interrogare se analoga conclusione possa operare per il giudizio di cassazione ovvero se sarà necessario procedere ad annullamento con rinvio.

Nell'eventualità in cui il soggetto risulti imputato anche di un reato non punito con l'ergastolo, dovrebbe ammettersi che possa essere richiesto il rito contratto solo per questa ipotesi criminosa.

Se in caso di trasformazione del rito le questioni in ordine alla durata della misura cautelare appaiono parzialmente superabili, in via interpretativa situazioni più articolate potrebbero prospettarsi con riferimento alla presenza della parte civile.

Con l'art. 441, comma 2, c.p.p., si prevede che la costituzione di parte civile dopo la conoscenza dell'ordinanza che dispone il rito equivale all'accettazione del rito. In altri termini, a fronte dell'ordinanza che dispone il rito la parte civile può operare una scelta precisa: accettare il rito ovvero avviare l'azione risarcitoria in sede civile.

Parimenti, con il comma 4 della medesima disposizione si stabilisce che se la parte civile non accetta il rito abbreviato si applica l'art. 75, comma 3, c.p.p.

Pertanto, a fronte della trasformazione del rito (*ex art. 429, comma 2 bis, c.p.p.*, introdotto dall'art. 4 della l. n. 33 in commento), inizialmente inammissibile che l'ha visto costituirsi parte civile, il danneggiato dovrà decidere se rimanere nel rito o non accettarlo.

*Quid iuris* nel caso in cui la "trasformazione" avvenga a seguito del dibattimento *ex art. 6 bis dell'art. 438 c.p.p.* introdotto dall'art. 1 lett. c della l. in esame? Invero, più che di trasformazione del rito pare trattarsi di previsione di *favor*, non senza ricadute sul problema della successiva disciplina delle impugnazioni.

Nessun problema si prospetta in relazione al novellato comma 1 *bis* dell'art. 441 *bis* c.p.p.: la parte civile potrà liberamente orientarsi.

5.

Le riflessioni appena svolte mettono in evidenza la criticità della riforma che senza alleggerire la fase dell'udienza preliminare appesantirà il lavoro delle Corti d'assise e delle Corti d'assise d'appello.

Sono già state segnalate le ricadute negative sulle collaborazioni di giustizia che potevano contare proprio sulla premialità del rito abbreviato per i reati puniti con l'ergastolo.

Forse scelte più meditate sul regime sanzionatorio da innestare nel conservato rito unitamente ad una diversa calibratura della premialità potevano evitare scelte asistematiche.

Considerate le notissime vicissitudini connesse alla sentenza Corte E.d.u. Scoppola, con le implicazioni che ha comportato in sede esecutiva, in relazione alla successione di norme in punto di premialità delle condanne all'ergastolo, il legislatore, con l'art. 5 della legge n. 33 del 2019 stabilisce che le nuove disposizioni opereranno per i reati commessi successivamente all'entrata in vigore della legge.

### Conviction at the ECHR – What follows it?

Ramona Mihaela Coman Ph.D. (1)

#### *Abstract*

*The European Court of Human Rights is often seen by those who appeal to this justice instrument as a true "savior," a last step that can help them prove the truth. Although the Court's decisions are binding, they do not invalidate administrative acts, do not repeal rulings of national courts and do not abolish internal legal rules. The judgment itself is not the last step, as the convicted state is to implement general measures, such as legislative amendments or the adoption of a judicial practice in accordance with the Convention provisions, as well as individual measures - the payment of damages, the possibility of reviewing the national court decision, or the action in regress against the liable magistrates.*

The European Court of Human Rights has been established as a guarantee of compliance with the obligations assumed by the States which have acceded to the European

---

<sup>(1)</sup> *Lecture, University of Turgut Mures. P.HD. in Criminal & Criminal Procedure Law, Sapienza University of Rome.*

Convention on Human Rights. The Convention and its protocols can only be correctly interpreted and applied by reference to the case-law of the Court. It is thus formed, what in doctrine is called a "block of conventionality", as the Court generates an impressive jurisprudence that supplements the substance of the Convention, and thus gives it "form and life," overcoming the instrument itself.<sup>2</sup>

This jurisprudential system has become a genuine international customary law, as its essence is even the jurisprudence of the Court and of the former European Commission of Human Rights, which are considered to be linked by precedents. Obviously, the Court's vision may change over time, and at the same time, the evolution of society and the diversity of issues raised before the Court makes its jurisprudence evolve. By its case-law, the Court has imposed itself, far from the influence of various schools of law which stand for the national law of the Member States, as a factor regulating and creating concepts and principles designed to ensure the protection of fundamental rights and freedoms, independent from the definitions existing in the domestic law of the contracting countries.

The Strasbourg authorities, operating fully independent of any other legal or political institution, enjoying the same independence both with regard to the judicial systems of the Member States and the bodies of the Council of Europe, has increased trust among the justice makers who see The European Court of Human Rights as a true "savior", a last step that can help them prove the truth.

---

<sup>2</sup> Donna Gommien, *Introdúcere in Conventia europeana a Drepturilor Omului*, Ed. All, Bucharest, 1993, p. 172

What makes the Convention an effective means of protecting human rights is the possibility to address to the European Court of Human Rights for every person who considers that a right recognized by the Convention has been violated. But it is not enough for a person to have the opportunity to address the Court. Efficiency goes further until recognition by States acceding to the Convention of the power of the judgments handed down by the Strasbourg Court.

In the Romanian legal system, the Court's jurisprudence, as in the other systems, is on the same position with the Convention's provisions, being directly applicable, having the force of judged matter, as well as interpreted matter. It is known that the Court's rulings are binding, but it is important to know that the Strasbourg court does not repeal by its decisions administrative acts, or abolish court rulings of national courts, nor does it repeal internal legal rules. The court decides for the award of material or moral damages to the victims, yet this done without the possibility of resorting to enforcement procedures. Thus, the state in question, willingly, will have to pay those amounts.

In order not to let the Court's judgments become mere acts of finding a violation of human rights, without any guarantee from the states that they will comply with the decision, the Convention also establishes a form of control over the enforcement of ECHR judgments.

This control rests with the Committee of Ministers of the Council of Europe, which is made up of all the ministers of foreign affairs of the Council Member States, acting in their capacity as representatives of governments and as human rights experts. They meet twice a year, while the main activity is delegated to senior diplomats.



The implementation of European Court judgments, which is exclusively a matter for the States, is not entirely circumscribed to exact parameters; as a rule, only the amount of compensation and the period within which it is to be paid is set by decision. The identification of measures of a general or individual nature arising from conviction falls within the competence of the Committee of Ministers, by interpreting the European Court of Justice's legal reasoning and by dialogue with the authorities of the convicted State.<sup>3</sup>

An essential step in verifying the enforcement of the judgment is to control the adoption of all necessary measures to comply with ECHR rulings. When there is a need for legislative change, but the state condemns the fact that the direct effect of the Convention and of the Court's judgments excludes other violations of the same type, the Committee of Ministers asks for evidence to show that the sums invoked are sufficient, without requiring any changes of the legislation. The evidence takes the form of persuasive authority practice of national courts over several years after the European Court's ruling. For example, in the *Pauwels v. Belgium* case,<sup>4</sup> a legislative reform was expected, but the Committee finally accepted, 13 years after the date of the Court's judgment, to adopt a final resolution in the absence of any legislative amendments, relying on the existing evidence according to which the national courts avoided any further infringement of the same kind of the European Convention.<sup>5</sup>

The Committee of Ministers has various methods of coercion in the event of non-compliance by the State with

---

<sup>3</sup> Titus Corlățeanu, *Protecția europeană și internațională a drepturilor omului*, Ed. Universul Juridic, Bucharest, 2012, p. 194

<sup>4</sup> ECHR, Application no. 10208/82, judgment of 26 May 1988

<sup>5</sup> Resolution Res DH (2001) 67 of 26 June 2001

individual or general measures. Among the usual ones are the adoption of interim resolutions which may be: note that no action has been taken and the State concerned is required to comply with the judgment, to find some progress and to encourage the State to take further measures in the future. In exceptional cases, it is possible to apply Art. 8 of the Statute of the Council of Europe, namely the exclusion of the state from the Council of Europe. The measure has never been used. In *Loizidou v. Turkey*,<sup>6</sup> this possibility was officially evoked, but it was not put into practice.<sup>7</sup>

However, as regards measures of an individual nature, they are, on the one hand, the award of monetary compensations and, on the other hand, the possibility of restoring the previous situation.

According to the Ordinance on the Participation of Romania in the Procedures before the European Court of Human Rights (ECHR) and the Committee of Ministers of the Council of Europe and the regress of the state following the decisions and conventions of amicable resolution,<sup>8</sup> the Ministry of Foreign Affairs is the institution which, on behalf of the Government of Romania has the prerogatives of a government agent before the ECHR, and the Government Agent for the ECHR is the entity that is individualized by law to exercise that role of representation of the Romanian state, as awarded by the Ministry of Foreign Affairs. This institution concludes, on behalf of the Government of Romania, conventions for the amicable settlement of a case based on an individual claim against the

---

<sup>6</sup> ECHR, Application no. 15318/89, Decision of 23 March 1995.

<sup>7</sup> Titus Corlăţeanu, *op.cit.*, p. 201

<sup>8</sup> art. 1 paragraph 1 and 2 of G.O. no. 94/1999

Romanian State after the Court has communicated its application.

In view of the payment of the amounts established by the ECHR, it is necessary to obtain the legality notice from the Ministry of Public Finance. Within 10 working days from the date of registration with the General Legal Directorate of the request of the Ministry of Foreign Affairs as regards the enforcement of ECHR decision already sent to the Ministry of Public Finance, the person designated by the head of the department or his substitute within the General Legal Directorate checks the compatibility with the legal provisions in force of the written decision issued by the Ministry of Foreign Affairs requesting enforcement of ECHR decisions delivered in cases where the Romanian State has been convicted to pay damages, as well as the existence of the necessary documents for the making the payment.<sup>9</sup>

The notice on legality is transmitted together with the proposal for enforcing the ECHR judgment by making the payment of compensation, to the Minister of Public Finance, who, after approval, will send to the General Economic Directorate for the legal implementation of the ECHR decision.

At the same time, the General Legal Directorate will also notify the Superior Council of Magistracy and the competent institutions, as the case may be, requesting to notify the Ministry of Public Finance if the generating damages that led to the conviction of the Romanian State to the ECHR were caused as a result of the investigation of the case in bad faith or serious negligence, with the purpose of analyzing the possibilities of making an action in regress against the guilty persons. If the

---

<sup>9</sup> Order of the Minister of Public Finance No 438 of 2017

information provided by the notified institutions reveals that officials from these institutions, as a result of the investigation of the case in bad faith or through serious negligence, caused the situations that generated damages which led to the Romanian State's conviction at the ECHR, an action in regress will be filed against these persons for the purpose of recovering the damage caused to the State until the time of different regulation is adopted.

But, from a report by APADOR -CH<sup>10</sup> it appears that from 2010 until now<sup>11</sup> no judge or prosecutor has paid for the mistakes made in lawsuits or decisions that later led to Romania's conviction at the ECHR. The reason is that the rules are made so that the limitation period for the magistrates' mistakes is shorter than the period ECHR takes to judge a case. According to the law, regardless of errors / abuses committed in civil or criminal cases, the state can not recover money paid for magistrates' mistakes / abuses unless there is a final decision of disciplinary sanction or conviction (criminal sanction) of the magistrate for committing a disciplinary misconduct or offenses while performing the function in bad faith or serious negligence. However, both criminal and disciplinary liability, have shorter limitation periods than the resolution period for a case at the ECHR.

Recently, a public consultation was launched on a draft decision of the Superior Council of Magistracy for rules on compulsory professional liability insurance for judges and prosecutors. If adopted, judges and prosecutors will be required

---

<sup>10</sup> Human Rights Association - Helsinki Committee - <http://www.apador.org/blog/de-ce-nu-functioneaza-raspunderea-magistratilor/>

<sup>11</sup> Perhaps no such decisions were made before 2010, no practice was found and the report was drawn up only for the period after 2010.

to enter into civil liability insurance. Thus, it would be possible to ensure the payment of damages, if the magistrate's fault was found by the insurance company. But the issue that remains open is the same: how do we determine the magistrate's fault if the limitation period for his (disciplinary or criminal) liability ends before the ECHR judgment.

It is obvious that, as regards the action in regress, we need a legislative change of the terms and conditions under which the state can recover the amounts paid to the plaintiffs at the European Court of Justice.

With regard to the second measure of an individual nature, allowing the possibility of restoring the previous situation, the Criminal Procedure Code introduced among the cases of Review<sup>12</sup> the situation where there is a final conviction ruled in a case in which the European Court of Human Rights found a violation of fundamental rights or freedoms, provided that one of the serious consequences of the violation of the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms continues to occur.<sup>13</sup>

The review case under consideration is double-conditioned and implies:

- the existence of a final judgment of the European Court of Human Rights whereby a violation of fundamental rights or freedoms has been found or a case has been brought to an end as a result of an amicable settlement of the dispute between the State and the applicants;
- any of the serious consequences of breaching the Convention for the Protection of Human Rights and Fundamental Freedoms

---

<sup>12</sup> Extraordinary legal remedy

<sup>13</sup> art. 465 paragraph (1) of Criminal Procedure Code

and the Additional Protocols thereto continue to occur and can not be remedied unless the judgment is reviewed.

This petition for review may be made by the person whose right has been violated, who has been a party to both the case against the Romanian State resolved by the judgment of the European Court of Human Rights and the case settled by the Romanian court.<sup>14</sup>

In judicial practice, the question arises as to whether one of the serious consequences of the breach of the Convention may be considered to occur if the sentenced person has been rehabilitated. In a first opinion it was considered that "if the petitioner's rehabilitation is lawfully restored, the condition required by art. 465 par. 1 of the Criminal procedure code is no longer met; correspondingly none of the serious consequences of the violation of the Convention and Protocols continue to occur."<sup>15</sup>

Having been notified, the High Court of Cassation and Justice established that if the European Court of Human Rights found violation of Art. 6 paragraph 1 of the Convention, establishing that the final conviction has been pronounced in a case that has not been settled in a fair manner, as well as the violation of art. 10 of the Convention, relevant to the determination of guilt, rehabilitation can not serve as a basis for rejecting the application for review, on the grounds that, in the event that the rehabilitation took place, the serious consequences of violations of the Convention do not continue to occur.

Rehabilitation is not provided for in the provisions of art. 465 par. (1) of the Criminal Procedure Code as grounds for

---

<sup>14</sup> ICCJ, Criminal Section, Decision no. 3076 of 2 December 2014, [www.scj.ro](http://www.scj.ro)

<sup>15</sup> Court of Appeal Târgu-Mureş, Criminal decision no. 383A / 2016-

rejecting the application for review and can therefore constitute only one of the circumstances to be assessed by the court in the context of the verification of the condition provided in Art. 465 par. (1) of the Criminal Procedure Code concerning the continued production of the serious consequences of the violation of the Convention.

The moral damage caused by a final conviction, without giving the accused person the opportunity to administer evidence in defense and without the courts' examination of all the defense (Article 6 § 1 of the Convention), as well as by violation of the freedom of expression (art. 10 of the Convention), this moral damage is so serious that neither the judgment of the European Court of Human Rights nor rehabilitation stops the serious consequences of violations of the Convention found in the judgment of the European Court of Human Rights, thus the retrial of the case is required with the guarantee of a fair character for the criminal trial.<sup>16</sup>

Last but NOT least, it is worth noting that a final decision can not be reviewed on the grounds of European Court of Justice rulings against other States in similar cases or as a result of the existence of a breach of the European Convention by a regulation of the domestic law of the convicted state, identical with the Romanian regulation, even if the claim of the injured person against the Romanian state was declared admissible but was not given a final decision.<sup>17</sup>

To conclude, the judgment of the European Court of Human Rights is not, as many consider, the last step in the remedy of the damage caused by the violation of a fundamental

---

<sup>16</sup> ICCJ, Criminal Section, Decision no. 179 February 11, 2016

<sup>17</sup> M. Udriou, *Procedura penala. Partea speciala. Noul Cod de procedura penala*, Editura C.H. Beck, Bucharest, 2015, p. 337

human right by a signatory state of the Convention. The judgment of the Court is just the beginning of the actual reversal to the previous situation. Without an effective applicability of the judgment, this would be considered just a statement. The general measures (legislative amendments, unification of practice) and individual (payment of damages, review) adopted after the Court makes the decision, are the ones that make this Court a living instrument in guaranteeing human rights.





# The insolvency of the natural person in Romanian legislation, between regulation and practice

Ximena Moldovan PH. D. (1)

Initially defined by the legal doctrine as the state of the debtor's patrimony, characterized by the insufficiency of the funds available for the payment of debts progressively, as they become payable, the legal regulation of this institution is found in the provisions of the Law no.151/2015 regarding the insolvency procedure of the natural person<sup>2</sup>.

The necessity of such a regulation was born as a consequence of the need in order to align Romania's legislation with the European one, in the sense of proposing legal instruments that will protect the interests of the natural persons borrowers who do not succeed, for reasons beyond their control, to honor their due debts. At European level, legislation in the field aims at creating a balance between creditors' interest to

---

<sup>1</sup> Assistant professor, University of Medicine, Pharmacy, Sciences and Technology Târgu-Mureş. Faculty of Economics and Law. Lawyer, Mureş Bar.

<sup>2</sup> Published in the Official Journal of Romania no.464 from June 26<sup>th</sup> , 2015, came into force on 1 January 2018.

recover an amount receivable and the financial difficulty of borrowers to honor their obligations<sup>3</sup>.

Until the drafting of Law no.151/2015, there was no such legal regulation, which could support in the interests of the natural individuals seemed to have been in financial difficulty, and the alternatives offered by the banks or other creditors represented only mechanisms for increasing the debts of these people. On the other hand, the individual foreclosure of debtors allowed the creditor to pursue it indefinitely, so that these procedures became cumbersome, difficult and extremely damaging not only to the debtor but also to the creditor, sometimes with the impossibility of recovering the claim. So the Law on the Insolvency of natural persons wants to be, first of all, a social protection law.

Although the regulatory act was published in the Romanian Official Journal in June 2015, its entry into force has suffered multiple delays, which have cumulated over a period of three years, due to the complex character of the legal regulation and the numerous bureaucratic aspects necessary to be settled, so that Law no.151/ 015 on insolvency procedure of natural persons becomes applicable.

Thus, after the publication of Law no.151/2015, through Government Emergency Ordinance no.61 from 2015<sup>4</sup>, issued on the basis of explanatory memorandum which took into account the very short and insufficient deadlines for the elaboration of the law enforcement norms, the necessity of substantial financial

---

<sup>3</sup> C. Pălăcean, The insolvency of natural persons according to the provisions of the Law no.151/2015: The purpose of the law, the principles, the scope, the forms of the procedure and the initiation of the procedure. Some issues regarding the minuses and benefits of the law; article available on [www.universuljuridic.ro](http://www.universuljuridic.ro).

<sup>4</sup> Published in the Official Journal of Romania no.962 from december 24<sup>th</sup>, 2015.

and human resources for the establishment of the central insolvency commission as well as those of 42 insolvency commissions at the territorial level, indispensable structures for the entry into force of the law, and given the need for functional and organizational changes at the level of the National Authority for The Consumer Protection, the public entity that manages this procedure, the sole article of this Emergency Ordinance, envisaged the extension of the term for entry into force, provided for in the first sentence of Article 93 of the Law no.151/2015, from **the 26<sup>th</sup> of December 2015** to the **31<sup>th</sup> of December 2016**.

The same considerations, related to the lack of logistics and human resources, meant to lead to the successful implementation of the provisions of the Law no.151/2015, led to a further postponement of the deadline for implementation of the law for **August the 1st 2017**, on the basis of article IX of the Emergency Government Ordinance no.98/2016<sup>5</sup>.

A last extension of the term for the entry into force of the provisions of Law no.151/2015 took place on the basis of a new Government Ordinance no.6/2017<sup>6</sup> for **January the 1<sup>st</sup> 2018**, within which Law 215/2001 came into force with a delay of over 2 years.

Obviously, a first question that arises about the legal provisions of this law, is about which persons can benefit from its provisions.

Thus, according to the law, "*insolvency is the state of the debtor's patrimony which is characterized by insufficient funds available for the payment of debts as they become due. The insolvency of*

---

<sup>5</sup> Published in the Official Journal of Romania no.1030 from december 21<sup>th</sup>, 2016.

<sup>6</sup> Published in the Official Journal of Romania no.614 from July 28<sup>th</sup>, 2017.

*the debtor is presumed when, after a passage of a period from the due term, he has not paid his debt to one or more creditors, and there is no reasonable possibility of becoming again solvent, within a period of 12 months, -and execute the obligations as they were contracted, while maintaining a reasonable standard of living for himself and the persons he supports "(Article 3, point 12 of the Law no.151/2015)".*

The threshold value for the start of this procedure is represented according to Article 3, point 24 from the Law no.151/2015, by the minimum amount of debtors' due debts, necessary for the request to open the insolvency procedure on the basis of a reimbursement plan of debts or for insolvency proceedings by liquidation of assets, this being 15 minimum wages on the national economy.

Therefore, if the amount of the debts is lower than the amount indicated in the above-mentioned legal regulation, the request to initiate the insolvency of the natural person is *inadmissible*, the same penalty also intervening if the age of the debt is below the 90 days term required by the same legal regulation.

Last but not least, as a condition of the application of the Law no.151/ 2015 provisions, it is necessary that the person in respect of which the insolvency status is required to be a natural person, not belonging to the category of professionals, in good faith, being inapplicable to those who have acted in bad faith in creating their state of insolvency. From this perspective, Romania has aligned itself with the majority of European regulations in the domain, at European level, being applicable the so-called "*fresh-start worthwhile*" system, which provides that in the matter of insolvency of the individual natural person, can benefit from the procedure, only the debtor who finds himself in this situation due to causes independent of his will or due to lack

of prediction, unlike the Anglo-American model that allows any individual debtor to benefit from insolvency proceedings, no matter the way he has reached that situation.<sup>7</sup>

However, the law also establishes some incompatibilities concerning to its applicability, according to Article 4, paragraph 4 of the law, cannot benefit from these regulations the debtor in which case an insolvency proceedings have been closed, for reasons attributable to him, with less than 5 years prior to the filing of a new application for the insolvency proceedings, a provision envisaged by the legislator for avoiding subsequent debt discharges.

Also, cannot benefit from the provisions of the Law no.151/2015 the debtor who has been finally convicted for offenses of tax evasion, forgery or intentional crimes against the patrimony, by failing to trust, or the debtor who for the last 2 years was fired for reasons attributable to him, the one who, although he is fit for duty didn't make reasonable diligences to find a job, or refused a job. The same incompatibility applies to the debtor who has accumulated voluptuous debts while knowing or ought to have known that he is in a state of insolvency, as well as the person who determined or facilitated his or her arrival in insolvency, deliberately or serious misconduct.

The purpose of the law derives from the provisions of art.1, specifically the purpose is the recovery of the financial situation of the debtor, together with the effort to protect the creditors' interests by attempting to cover as much as possible

---

<sup>7</sup> C. Pălăcean, The insolvency of natural persons according to the provisions of the Law no.151/2015: The purpose of the law, the principles, the scope, the forms of the procedure and the initiation of the procedure. Some issues regarding the minuses and benefits of the law; article available on [www.universuljuridic.ro](http://www.universuljuridic.ro).

the liabilities of the debtor, as well as the discharge of the debts, in the case of the debtor which was in bona fide.

Going forward, the provisions of Article 5 of the Law no.151/2015 establishes three types of insolvency procedures of the individual natural person, namely: the insolvency procedure based on a debt repayment plan, the insolvency procedure by liquidation of assets, and the simplified insolvency procedure.

Not by accident, the first of the insolvency proceedings is the one *on the basis of a debt repayment plan*, because the bankruptcy law of the natural person was voted in the Romanian Parliament at a time when the exchange rate of the Swiss franc had risen far more than the leu, the debtors of the banks that had credited in this currency had started a real war against the banks, with the purpose of freezing its exchange rate. Also, although the law does not limit the situations regarding this insolvency procedure, the most frequent situations are found among the indebted individuals natural persons in the banks.

In the case of insolvency proceedings based on a repayment plan, which has the final purpose to recover the debtor's financial standing, he/ she must submit an application accompanied by a debt repayment plan that can be spread over a maximum period of 5 years and a set of documents described in the art.13 of the law, to the insolvency commission operating in the territorial jurisdiction of his/ her domicile.

If the debtor finds that the repayment plan cannot be fulfilled due to the irremediable financial situation in which he is found, he may directly address the request to the competent court, so he can initiate the second form of insolvency proceedings regarding the natural person, namely the insolvency proceedings by liquidation of assets.

The third form of insolvency of the natural person, which is also filed with the territorial insolvency commission to which the debtor's residence belongs, is the simplified insolvency procedure (Article 66) which applies to the debtor who has accumulated a total amount of the at most 10 minimum wages, and also has no traceable goods or income, is over the standard retirement age, or has lost at least half, if not all, of the work capacity.

These restrictive and stringent conditions set by the legislator as terms of applicability for starting the third form of insolvency of the individual natural person will be reflected in the number of such procedures in the sense that it will certainly be extremely limited<sup>8</sup>.

If we were to talk about the advantages and benefits that may arise from the natural person's call to the insolvency proceedings, it is worth pointing out that the *main advantage* is the possibility of **issuing the residual debts**, applicable to debtors who have completed the payment of a 'repayment plan, as well as the debtors to whom all the assets have been liquidated.

It is worth to mention the fact that not all kind of debts can be included in an insolvency procedure of the natural person, the legislator expressly stipulating in article 3 point 14 of the law a series of excluded obligations, which cannot be subject to measures of graduation, reduction or deletion, in particular statutory or conventional maintenance obligations, maintenance may not exceed a threshold of five average salaries per year, as

---

<sup>8</sup> C.B. Nasz, *The insolvency Procedure of the Individual natural person*, Publishing House Universul Juridic, Bucharest, 2016, p.40 and the following.



well as the debts arising from the assumption of responsibility in the case of debtor's criminal or contravention liability.

If, in the case of a reimbursement scheme procedure, the cumbersome regulation and the need to vote the plan by 55% of the creditors representing a minimum of 30% of the level of the debts, as well as the lack of momentum of the administrators, make it temporarily unacceptable this procedure, the one based on the liquidation of assets, managed by the courts, is perfectly functional.

*Another advantage* brought by the initiation of proceedings under the insolvency law of a natural person is determined by the fact that the initiation of any of the three procedural forms leads to the suspension of the foreclosure regarding the debtor and to the suspension of the flow of debts` penalties.

But the law is not free of criticism, the doctrine invoking many gaps that are imputable to it.

Thus, on the one hand, the law omits from the category of the subjects of law to whom it is addressed, the category of freelancers. Thus, neither the Law no.85/2014 concerning the insolvency and insolvency prevention procedures<sup>9</sup> does not include as consignee the category of self-employed persons or the Law no.151/2015, being thus excluded from the social protection offered by these law regulations.

Another criticism brought to the wording of the Law no.151/2015 refers to the category of incompatibilities which lead to the impossibility of appealing to the insolvency proceedings regulated by it. More specifically, the provisions of

---

<sup>9</sup> Published in the Official Journal of Romania no.466 from June 24<sup>th</sup> , 2014, updated by the Law no.312/2015, published in the Official Journal of Romania no.920 from december 11<sup>th</sup> , 2015.

Article 4, paragraph 4, letter b, of the law stipulates that the person who has been finally convicted for a series of offenses, mentioned in the legal text indicated, cannot benefit from insolvency procedures of the individual.

The way of wording of this legal text presumes the total exclusion of these categories of persons from the benefit of the law, even if they have benefited from the judicial rehabilitation, a matter which needs to be explicitly clarified, as the judicial rehabilitation removes the prohibitions and incapacities established by the criminal court decision.

The doctrine<sup>10</sup> also considered that is restrictive to the debtors the incompatibility established in Article 4, paragraph 4, letter c of the law, which prohibits to the natural person who was dismissed in the last 2 years for reasons attributable to him, to have access to the insolvency proceedings.

It was considered that this restraining reason would have to be removed from the law wording, because of the lack of due urgency court proceedings that could be used to challenge such a measure and which would, in the event of success, unduly prolong the period of prohibition of access to insolvency proceedings, and the circumstance that that prohibition persists even if the person concludes a new employment contract.

Nor as regards the category of persons who cannot accede to the insolvency proceedings because of the fact that although they are able to work, they have not done enough diligence to find a job, things are not more explicit because the law does not define the phrase of "*reasonable diligence*."

---

<sup>10</sup> C. Pălăcean, The insolvency of natural persons according to the provisions of the Law no.151/2015: The purpose of the law, the principles, the scope, the forms of the procedure and the initiation of the procedure. Some issues regarding the minuses and benefits of the law; article available on [www.universuljuridic.ro](http://www.universuljuridic.ro).

There are gaps in the procedure from the perspective of designating the administrators of these procedures, both from the perspective of the provisions of the law and from the methodological norms for its application, in the sense that they are randomly assigned by the insolvency committee, through the software technical applications, and there is no possibility for the debtor to choose the administrator, as is the case for legal persons. A legislative change would be appropriate to allow such an option and would certainly facilitate the proper conduct of the procedure.

Among other criticisms brought to the provisions of the Law no.151/2015, there is the fact that the first instance courts have been designated as instances for the insolvency proceedings by the liquidation of assets, at a time when the specialized courts have already the competence to solve the insolvency cases for the legal persons, already pronouncing an extended jurisprudence.

Last but not least, Law no.151/2015 does not regulate the issue of conflict of jurisdiction when a natural person is subject to such a procedure, in several countries.

As also the entry into force of the postponed insolvency law for January 1, 2018, the viability of this legal regulation is still holdong, the first case of insolvency of a natural person in Romania being opened only in June of 2018, by Decision No. 4990 by the Court of Constanța on the 8<sup>th</sup> of May 2018, the court disposing the opening of the insolvency proceedings by liquidation of assets at the request of the applicant debtor.

Therefore, the need to extend the measures of the insolvency proceedings regarding the legal persons also to natural persons was required, following the provisions of Council Regulation (EC) No 1346/2000 of the 29<sup>th</sup> of May 2000 in

order to protect the environment involving the management financial resources belonging to the individual.

In conclusion, the question arises whether "insolvency" is a notion identical to that of "bankruptcy", respectively whether there is an equivalence between the two notions, insolvency being the condition by which the debtor can resort to a reorganization plan, so that it can return all his debts or at least 50% of them, under the conditions accepted by the creditors, while bankruptcy or the procedure for the liquidation of assets is the situation in which take place the sale of all the assets from the debtors` patrimony in order to recover the highest amount of debts.



# Albanian efforts towards European integration

Ledia Hysi (PhD. Cand) <sup>(1)</sup>

### *Abstract*

The process of EU integration for the Western Balkans and its ongoing discourse has remarkably improved the overall political situation in this region and has immensely contributed to the ease of the relations between countries.

It is comprehensively understood and accepted that the European Integration is the main driving force to state-building and regional cooperation. It is not only instrumental to reconciliation and mutual trust amongst our nations, but also to the consolidation of democracy, rule of law, regional stability, peace and security.

Strengthening regional cooperation represents an essential element of the integration process of the Western Balkans into the European Union. Cooperation, connecting and integration in relevant sectoral policies (energy, transport, trade, etc.) should lead to the creation of a positive political climate in the region.

---

<sup>(1)</sup> Ph.D. (Cand) in *Storia dell'Europa*, Sapienza Università di Roma.

The European perspective is a key driver of transformation in the region and thus enhances our collective integration, security, prosperity and social wellbeing. It remains essential for fostering reconciliation and stability. One must also not forget that the reforms that are required in order to prepare the Western Balkan countries for their accession require patience and perseverance, as well as ownership of these reforms by both the governments and the citizens is essential.

On enlargement:

The European perspective of the Western Balkan countries had already been confirmed at the Thessaloniki Summit in 2003<sup>2</sup>, and it has been reconfirmed at the Sofia Summit on 17 May, 2018<sup>3</sup>. The EU enlargement policy aims at exporting stability. The European perspective of the region has helped the countries to achieve overall political and economic reforms with improved democratic processes. It is understood that no candidate country is currently ready to join the European Union, as all the conditions ("Copenhagen criteria") are not yet met<sup>4</sup>.

Accession candidates must give the rule of law, justice and fundamental rights utmost priority in the negotiations.

---

<sup>2</sup> EU-Western Balkans Summit Thessaloniki, 21 June 2003, European Commission, c/03/163, 10229/03 (presse163)

<sup>3</sup> Sofia Declaration of the EU-Western Balkans Summit, 17 May 2018

<sup>4</sup> Commission sets out an ambitious accession strategy and proposes to open accession negotiations with six more candidate countries - European Commission Press Release database, IP/99/751, 13 October 1999.

The General Affairs Council (GAC)<sup>5</sup>, in its enlargement conclusions acknowledged and welcomed Albania's steady progress in pursuing reforms related to the five key priorities: public administration reform, reform of the judiciary, fight against corruption, fight against organized crime and protection of human rights, including rights of persons belonging to minorities and property rights.

The Council's decision to positively respond to the Commission's recommendation and to set out the path towards opening the accession negotiations with Albania, in June 2019, represents a very good and encouraging message, not only for Albania, but also for the Western Balkans as a whole.

The Council's notes and conclusions represent yet another testimony that Albania has embarked on an impressive and irreversible course of transformative reforms that will be further deepened.

Based on the achievement and progress reforms on Albania and North Macedonia, On June 17, the High representative of the EU for Foreign Affairs and Security Policy, Federica Mogherini has urged European leaders to open accession negotiations with Albania and North Macedonia<sup>6</sup>: "We will need to remind ourselves the power of leadership and courage and important steps that have been taken in the Western Balkans. And I hope that member states will remember this and acknowledge the steps forward in particular in the coming days with an important

---

<sup>5</sup> Council Conclusions on Enlargement and Stabilisation and Association Process, 26 June 2018, Council of the European Union, 10555/18, ENLARG 41, COWEB 102



decision to be taken on opening the accession negotiations both for Albania and North Macedonia".

As well, some days before the decision of the Council, on June 11, 2019, the Ministers of Foreign Affairs of Austria, Bulgaria, Croatia, the Czech Republic, Estonia, Hungary, Italy, Latvia, Lithuania, Malta, Poland, Slovakia and Slovenia, endorsed a joint statement on the opening of the European Union accession talks with Northern Macedonia and Albania<sup>7</sup>.

#### On accession talks with Albania and North Macedonia:

The commission has proposed to open accession negotiations with these two candidate countries recognising the progress achieved to date in the area of essential reforms, such as the rule of law, good governance and the judicial system.

However, the commission's report<sup>8</sup> also indicates that much remains to be done in all of these areas as well as other reform priorities. While the commission issues the recommendation on the opening of formal accession negotiations, it is the prerogative of the member states to decide, by unanimity, on the whether and when negotiations will be initiated. The EU foreign ministers will decide on this proposal at their June meeting in Luxembourg.

---

<sup>6</sup> Mogherini statement during Foreign Affairs Council, 17 June 2019.

<sup>7</sup> [www.mzv.sk](http://www.mzv.sk).

<sup>8</sup> European Parliament resolution of 29 November 2018 on the 2018 Commission Report on Albania (2018/2147(INI)), doc A8-0334/2018

Albanian authorities are dedicated to working with all the EU member countries in order to achieve further progress on judicial reform, fight against corruption, organised crime, and also address specific issues such as: the high flow of unfounded asylum applications lodged by Albanian citizens; illegal trafficking of all sorts, etc.

Another aspect of works relays in further enhancing the constructive role in advancing the agenda of regional cooperation and integration and interconnectivity.

### Regional Cooperation

It is always emphasized from the EU institutions the importance of focusing on the positive impact of the enlargement process with western Balkan countries as a process that strongly influences the strengthening of regional cooperation, stability and security of the region and beyond. Albanian authorities share the view that regional cooperation has improved considerably in recent years, especially in terms of political dialogue and communication in many areas.

A major impetus and contribution in this context has undoubtedly been given by the "Berlin Process" where Austria provided a tangible experience with the Vienna Conference. RYCO was the fruit of this conference<sup>9</sup>. RYCO is modelled in the

---

<sup>9</sup> *On 28 August 2018 took place the signing ceremony of Host Country Agreement between the Government of the Republic of Albania and RYCO. It marks a key moment into making RYCO the best example of a genuine contribution that Albania is providing at the regional level*

spirit and vision of Franco-German Youth Office, aiming to strengthen people to people ties, overcoming the painful legacies and animosities of the past, but also taking decisive steps for reconciliation.

Albania is fully committed to play a constructive role in relations with its neighbors on the basis of a fair, balanced and constructive dialogue, where EU integration must remain a driving force for our societies toward a prosperous future.

Regarding the Minorities: Albanian authorities considers the diversity as an integral part and a major asset of our societies. Human rights, including minority rights, can only be ensured and respected in a society where dialogue, understanding and cultural diversity are viewed as sources of enrichment.

While inter-ethnic relations continued to be good, and a climate of respect and tolerance generally prevails, Albania significantly improved the legal and policy framework for the protection of national minorities<sup>10</sup>. In October 2017 a specific law on national minorities was adopted for the first time, based on European standards, international expertise, through a comprehensive and transparent consultation process with different stakeholders, including national minority associations.<sup>11</sup> 2016-2020 Action Plan for the Integration of Roma and Egyptian Communities is being

---

<sup>10</sup> Ligji nr.96, date 13 tetor 2017, "Per mbrojtjes e minoriteteve kombetare ne Republiken e Shqiperise.

<sup>11</sup> Following the adoption of the law, Albanian institutions are working on the preparation of secondary legislation, on the implementation of this framework law and national minority rights in practice

implemented, with improvements introduced in relation to civil registration, education, etc.

### Albania's contribution to European security

In its path to European integration Albania has shown its willingness to adopt all the European decisions in the field of security by 100% alignment with EU foreign and security policy decisions; 100% alignment with sanctions against Russia following the annexation of Crimea; solidarity with the United Kingdom in coordination with the NATO and EU countries for the expulsion of Russian diplomats; including contribution to NATO and EU peacekeeping missions.

On 5 October 2018<sup>12</sup>, during the annual EU-Western Balkans Ministerial Forum on Justice and Home affairs Albania signed two agreements:

- The European Union signed an agreement with Albania on cooperation on border management between Albania and the European Border and Coast Guard Agency (Frontex).

This agreement allows the European Border and Coast Guard Agency to coordinate operational cooperation between EU member states and Albania on the management of the EU's

---

<sup>12</sup> The Ministers of Justice and Home Affairs of Austria, representing the Presidency of the Council of the EU, together with the European Commission, represented by the European Commissioner for Justice, Consumers and Gender Equality, and the European Commissioner for Migration, Home Affairs and Citizenship, met in Tirana, on 4-5 October 2018 with their counterparts from the Western Balkans at the annual EU-Western Balkans Ministerial Forum on Justice and Home affairs.

external borders. The European Border and Coast Guard will be able to take action at the external border involving one or more neighbouring member states and Albania. This can include intervention on Albanian territory, subject to Albania's agreement. Today's status agreement with Albania is the first one being concluded with a third country.

- Eurojust-Albania Cooperation Agreement - The Ministers welcomed the official signature of the Cooperation Agreement between Eurojust and Albania, marking an important milestone in the strengthening of EU relations with the Western Balkans region.

#### Reform Achievements (5 Key Priorities)

Since the Council conclusions in June 2018, Albania has maintained and deepened the reform momentum and consolidated its progress in the fulfilment of the five key priorities. Justice reform is the main instrument driving forward reforms especially the fight against corruption and organised crime. It is the most comprehensive reform undertaken in Albania or in other Western Balkan countries. Following the unanimous vote in the Parliament on the constitutional amendments in 2016<sup>13</sup>, the justice reform has delivered results that confirm its irreversible path. The re-evaluation process for judges and prosecutors (vetting) has delivered tangible results, including on high-ranking members of the judiciary, under the oversight of the International Monitoring Operation.

#### Public Administration Reform

---

<sup>13</sup> Komentar mbi reformen kushtetuese ne sistemin e drejtesise (2016), V nr 114, date 04.05.2017, i Byroze se Kuvendit 'mbi botimet parlamentare'

Following the reorganization of the administrative structures carried out in the last quarter of 2017, in accordance with the Law on Civil Servants, the Albanian Government has started to reorganize institutions and subordinate agencies by clarifying their typology, structures and processes, in accordance with the methodological approach to reorganization of government institutions prepared by SIGMA/UNDP<sup>14</sup>.

The horizontal, vertical and material scopes of the civil service are well regulated. The legal framework provides for merit-based recruitment for civil service positions. Procedures aimed at assessing the professional capacity and performance of civil servants has been formally established. The legal framework on the integrity and prevention of corruption of public officials, including civil servants, is complete. Institutional capacity for asset and conflict of interest declarations has been reinforced.

#### Justice Reform

To date, the Parliament has adopted 20 laws, part of the package of 27 Justice Reform draft laws.

Parliament has approved by the end of 2018:

- Independent Qualifications Commission,
- Special Appeal College
- Public Commissioners, adding to their number of employees.

---

<sup>14</sup> Dap.gov.al

The Independent Qualifications Commission (first instance verification body) has so far adopted 135 decisions, out of which 51 decisions were made for dismissal.

The Special Appeal College has completed 18 cases out of the 55 registered.

In December 2018, the following institutions were established:

- High Prosecutorial Council;
- High Judicial Council;
- The Council of Appointments in Justice (CAJ).

The Council of Appointments in Justice has started the process of verifying the fulfillment of the criteria by all candidates for

- High Inspectorate of Justice
- The Constitutional Court.
- High Inspector of Justice

Vetting<sup>15</sup>:

A thorough and comprehensive justice reform is being implemented, which was launched with a set of amendments that changed one third of the country's constitution. The implementation of the reform has continued, resulting in good progress overall. The re-evaluation of all judges and prosecutors (vetting process) has started and is delivering tangible results. Under the aegis of the European Commission, an International Monitoring Operation has been deployed to oversee the process throughout its implementation. The auxiliary institutions supporting the process have completed their first reports on the

---

<sup>15</sup> <http://csdgalbania.org/sq/wp-content/uploads/2019/06/SPAK-Info->

proficiency assessments, background checks and asset declarations. The re-evaluation process will include over 800 judges and prosecutors, as well as a number of other justice system members. The Independent Qualification Commission (IQC) is the organ which implements the re-evaluation process (vetting process). Although the re-evaluated subjects may challenge the IQC's decision at the Appeals College (AC), in accordance with the procedures established under Annex C (2) of the Constitution<sup>16</sup>.

On 28<sup>th</sup> of February 2018, the Independent Qualification Commission (IQC) and the Organization for Security and Cooperation in Europe (OSCE) signed a Memorandum of Understanding on the implementation of the project "Support to Justice Reform and Legal Process in Albania". This memorandum aims to facilitate mutual cooperation, support and understanding between the parties in the implementation of the project. The particular focus of this project will be assessment and support for the progress of the re-evaluation process, through strengthening the capacities of the Independent Qualification Commission.

De-criminalisation: In January 2018, the Central Election Commission decided the termination of the mandate of 2 MPs, after the General Prosecutor's Office reported that they were affected by the Decriminalization law.

Fight against corruption

Good progress (Commission's assessment<sup>17</sup>) was made, notably with the adoption of amendments to the Criminal Procedure

---

<sup>16</sup> Aneks vleresimi kalimtar I gjyqtareve dhe prokuroreve, Fletorja Zyrtare e Republikës së Shqipërisë nr.133, date 19.06.2017

<sup>17</sup> European Commission, 29.5.2019, SWD (2019) 215, Albania 2019 Report, Communication from the Commission to the European Parliament, the Council, the



Code, the Law on the Declaration and Audit of Assets, Financial Obligations of Elected Persons and Certain Public Officials, the Anti-Mafia Law and the Law on Political Party Financing. Substantial work has been done to improve the legal framework and the institutional set-up (including SPAK) to strengthen the system to prevent and fight corruption. The positive trend of recent years regarding the efforts towards establishing a solid track record in the fight against corruption has continued. The police have increased the number of referrals of corruption cases and the number of corruption cases sent to court also maintained an increasing trend in recent years. The overall number of first and second instance convictions involving junior or middle-ranking officials has constantly increased in recent years. The overall number of referrals to the prosecution has also increased.

#### Fight against organized crime

Fight against the cultivation and trafficking of narcotic plants was the main priority<sup>18</sup> of the Albanian Government for 2017, the year of the decisive blow against the phenomenon of cannabis cultivation. Results in this area, as certified also by international observers, constitute to an undisputed success for the year that just passed. The Action Plan has been revised, including new components and measures, with the assistance of TAIEX experts from the European Commission. The implementation of a plan of measures for territorial control has already begun by prioritizing areas of risk in this activity identified as such during the previous years. Operation "Force of Law" focuses on criminal groups, combating organized crime

---

European Economic and social Committee and the Committee of the regions, 2019 Communication on EU Enlargement policy, COM (2019) 260 final, pg.18

<sup>18</sup> Ref raportet mujore te publikuara nga Ministria e Brendshme

through an interinstitutional, efficient and effective approach. For this purpose, two special structures have been established and are operational: the Central Interagency Task Force (CITF) and the Special Task Force (STF). The "Force of Law" operation has had a significant impact both in terms of combating criminal groups and in increasing the public confidence in the fight against organized crime and in the State Police.

#### Conclusions

It is Albanian firm conviction that the revitalization of the Enlargement policy is the best catalyzer for fast development in our region, as it discourages disintegration narratives fueled by populist ideas. The prospect of keeping Enlargement at the deserved place in the EU agenda is a guarantee for meaningful progress.

Albania is confident that EU member states will recognize its progress by opening accession negotiations on 2019. Albania has fulfilled almost all the recommendations of the EU Council of June 2018 that set out the path towards opening the accession negotiations in 2019.

The challenges that the EU faces today do not stimulate enthusiasm in the Member States for enlargement. However, interdependence and the impact that the current political setting in the region have on the EU, and vice versa, require a serious approach to the issue of redefining the current EU enlargement policy towards the Western Balkans.

If it wants to reaffirm the certainty of future membership of the Western Balkan countries in the EU and the credibility of the new approach, the EU itself must think of ways to include these countries in various sectoral policies and programs of the Union. Participation of representatives of candidates in the working bodies and/or meetings of the Council would contribute

significantly to strengthening the sense of belonging, networking, making contacts and transfer of experience from the Member States to the candidates. Simultaneously, in this way, a clear message would be sent that the Western Balkan countries are in a certain way already “included” in the EU and that their future membership is not in question.

*Note to Sentence / Nota a  
Sentenza / Koment Vendimi*



### **Il diritto di accesso civico alla luce delle recenti riforme legislative**

*(nota a sentenza: Cons. Stato. II Sez., n. 3780 del 05.06.2019)*

**Avv. Antonio Martini <sup>(1)</sup>**

*"Il diritto di accesso civico disciplinato dall'art.5, primo e secondo comma, del d.lgs. n.33/2013 incontra i soli limiti previsti nell'art. 5 bis della stessa norma, tra i quali non rientra la materia degli appalti e dei contratti pubblici. Pertanto il richiamo dell'art. 53 del codice dei contratti alla disciplina ordinaria del diritto di accesso ( art. 22 legge 241/90) deve essere interpretata alla luce della più recente normativa del diritto di accesso civico e non può essere considerata ostativa all'esercizio del diritto di accesso sui documenti della gara, una volta che questa si sia conclusa, compresa la fase esecutiva del contratto, anche da parte di chi non sia portatore di un interesse qualificato" ( Presidente e relatore, Franco Frattini - Annulla Tar Emilia Romagna - sezione staccata di Parma - sezione prima n. 197/2018).*

\*

#### **Il commento.**

---

<sup>(1)</sup> *Avvocato Amministrativista del Foro di Roma.*

Con la decisione in commento la terza sezione del Consiglio di Stato è intervenuta sul delicato tema del diritto di accesso civico, introdotto dall'art. 5 del d.lgs. n. 33/2013, il cui testo è stato completamente riscritto dall'art. 6, comma 1, del recente d.lgs. n. 97 del 2016.

Il primo comma dell'art. 5 disciplina il c.d. "*accesso civico semplice*" che consente a chiunque di richiedere documenti, dati o informazioni che le amministrazioni hanno l'obbligo di pubblicare nella sezione "*Amministrazione trasparente*" dei propri siti istituzionali, nei casi in cui gli stessi non siano stati pubblicati (art.5, c. 1). Per presentare una richiesta di accesso civico semplice alla PCM è disponibile il modulo online nella sezione Amministrazione trasparente da inviare al Responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza.

Il secondo comma, introdotto dalla novella del 2016 (entrata in vigore il 23 dicembre 2016), ha introdotto nel nostro ordinamento l'istituto dell'accesso civico generalizzato (o accesso FOIA - Freedom of information act), che consente a chiunque di richiedere dati e documenti ulteriori rispetto a quelli che le amministrazioni sono obbligate a pubblicare (art. 5, c. 2). Per presentare una richiesta di Accesso civico generalizzato relativa a dati e documenti detenuti dal Dipartimento della funzione pubblica, è disponibile il modulo online nella sezione Amministrazione trasparente.

Si riporta qui di seguito il testo integrale della normativa in commento:

*"Art. 5. Accesso civico a dati e documenti*

*"1. L'obbligo previsto dalla normativa vigente in capo alle pubbliche amministrazioni di pubblicare documenti, informazioni o dati comporta il diritto di chiunque di richiedere i medesimi, nei casi in cui sia stata omessa la loro pubblicazione.*

2. *Allo scopo di favorire forme diffuse di controllo sul perseguimento delle funzioni istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche e di promuovere la partecipazione al dibattito pubblico, chiunque ha diritto di accedere ai dati e ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori rispetto a quelli oggetto di pubblicazione ai sensi del presente decreto, nel rispetto dei limiti relativi alla tutela di interessi giuridicamente rilevanti secondo quanto previsto dall'articolo 5-bis.*

3. *L'esercizio del diritto di cui ai commi 1 e 2 non è sottoposto ad alcuna limitazione quanto alla legittimazione soggettiva del richiedente. L'istanza di accesso civico identifica i dati, le informazioni o i documenti richiesti e non richiede motivazione. L'istanza può essere trasmessa per via telematica secondo le modalità previste dal decreto legislativo 7 marzo 2005, n. 82, e successive modificazioni, ed è presentata alternativamente ad uno dei seguenti uffici:*

*a) all'ufficio che detiene i dati, le informazioni o i documenti;*

*b) all'Ufficio relazioni con il pubblico;*

*c) ad altro ufficio indicato dall'amministrazione nella sezione "Amministrazione trasparente" del sito istituzionale;*

*d) al responsabile della prevenzione della corruzione e della trasparenza, ove l'istanza abbia a oggetto dati, informazioni o documenti oggetto di pubblicazione obbligatoria ai sensi del presente decreto".*

L'art. 6 del decreto legislativo n. 97/2016 ha poi introdotto il nuovo articolo 5 bis, che disciplina le esclusioni ed i limiti all'esercizio del diritto alla ostensione dei dati e documenti in possesso delle Pubbliche amministrazioni, relativamente a specifiche materie ed a tutela di specifici interessi privati.

Qualora la domanda di accesso del richiedente si riferisca alle materie ed agli interessi elencati dall'art.5 bis il diritto di accesso è rifiutato.



Di seguito il testo integrale della norma:

*“Art. 5 bis. Esclusioni e limiti all'accesso civico*

*1. L'accesso civico di cui all'articolo 5, comma 2, è rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno degli interessi pubblici inerenti a:*

- a) la sicurezza pubblica e l'ordine pubblico;*
- b) la sicurezza nazionale;*
- c) la difesa e le questioni militari;*
- d) le relazioni internazionali;*
- e) la politica e la stabilità finanziaria ed economica dello Stato;*
- f) la conduzione di indagini sui reati e il loro perseguimento;*
- g) il regolare svolgimento di attività ispettive.*

*2. L'accesso di cui all'articolo 5, comma 2, è altresì rifiutato se il diniego è necessario per evitare un pregiudizio concreto alla tutela di uno dei seguenti interessi privati:*

- a) la protezione dei dati personali, in conformità con la disciplina legislativa in materia;*
- b) la libertà e la segretezza della corrispondenza;*
- c) gli interessi economici e commerciali di una persona fisica o giuridica, ivi compresi la proprietà intellettuale, il diritto d'autore e i segreti commerciali.*

*3. Il diritto di cui all'articolo 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'articolo 24, comma 1, della legge n. 241 del 1990”.*

**\*\***

Nel caso sottoposto al Supremo Organo della giustizia amministrativa la società ricorrente, che non aveva partecipato alla selezione pubblica, aveva formulato richiesta di accesso agli

atti relativi alla gara espletata dall'Azienda Unità Sanitaria Locale di Parma per l'affidamento del servizio di manutenzione e riparazione di tutti gli automezzi in dotazione dell'Azienda U.S.L. per il periodo dall'1.1.2013 al 31.12.2015, nonché del "Frontespizio Protocollo Generale" allegato a suddetta nota e di ogni altro ulteriore atto presupposto, connesso e/o consequenziale

L'Azienda pubblica rifiutava l'accesso ai documenti richiesti dalla società ricorrente, ritenendo applicabile alla fattispecie il comma 3° dell'art 3 dell'art. 5 bis, introdotto dal d.lgs. n. 97/2016, ritenendo che il richiamo, fatto dall'art 53 del Codice degli appalti e delle Concessioni alla disciplina del diritto di accesso di cui all'art 22 e seguenti della legge 241/90, costituisse uno dei limiti ai diritti di accesso civico generalizzato previsto nel comma 3 dell'art 5 bis del citato d.lgs. n. 97/2016.

Nel respingere tale ricorso, il giudice di prime aveva sposato la motivazione dell'Azienda sanitaria, sostenendo che alla fattispecie andava applicata la disciplina "ordinaria" dell'accesso agli atti di cui all'art. 22 e ss. della Legge n. 241/1990.

Il Tar Regionale, dopo aver richiamato il disposto dell'art 53 del codice degli appalti che prevede: *"il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli artt. 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241"* ha affermato che la lettura combinata del disposto della normativa di cui all'art. 53 del d.lgs. 50/2016 e dell'art. 5-bis, comma 3 del d.lgs. n.33/2013, costituirebbero le *"specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24 della legge 241/90"*, che autorizzerebbero il rifiutare all'esercizio del diritto di accesso civico generalizzato ed

una condizione ostativa al diritto della ricorrente all'ostensione dei documenti richiesti.

\*\*\*\*

Il supremo Consesso giurisdizionale, con una decisione di particolare pregio giuridico, con sintagmi motivazionali e spunti di particolare interesse, chiarezza e portata euristica, che interessano vasti settori del diritto amministrativo, ha ripercorso l'intera trama dei recenti interventi legislativi che hanno investito l'istituto generale dell'accesso ai documenti amministrativi, la complessa finalità delle norme che lo disciplinano, ovvero di realizzare un "*controllo diffuso sul perseguimento dei compiti istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche*" ai fini del perseguimento di procedure di appalto trasparenti, indicandolo come uno strumento di prevenzione e contrasto della corruzione e di stimolo della trasparenza dell'agere pubblico, nell'obiettivo di realizzare una partecipazione orizzontale alla gestazione degli atti di amministrazione della cosa pubblica.

Ha pertanto puntualizzato che il richiamo fatto dall'art. 53 del codice degli appalti esclusivamente al procedimento di cui all'art.22 della legge 241/90, in tema di ostensione degli atti di gara, è il risultato di un difetto di coordinamento della vecchia legge del 1990 con il recente intervento legislativo del d.lgs. n. 97/2016, che, per quanto sopra si è precisato, ha novellato il testo introduttivo dell'istituto dell'accesso civico, il d.lgs. n.33/2013, introducendo l'accesso civico generalizzato, prevendendone al contempo le condizioni ed i limiti.

Ha pertanto richiamato i noti principi in tema di interpretazione costituzionalmente orientata, delle disposizioni vigenti in materia di accesso, per risolvere l'apparente contrasto tra le due norme, qualora, come nel caso di specie, intervenuta la

nuova disciplina di cui al d.lgs. n. 97/2016, cronologicamente successiva al codice degli appalti, essa non risulti correttamente coordinata con l'art.53 del codice degli appalti.

Una interpretazione conforme ai canoni dell'art. 97 Cost. deve pertanto valorizzare l'impatto "orizzontale" dell'accesso civico, non limitabile da norme preesistenti e non coordinate, per difetto della tecnica legislativa, con il nuovo istituto.

Le limitazioni all'accesso civico, semplice e generalizzato, r possono essere previste solo da prescrizioni speciali che, peraltro, vanno interpretate restrittivamente e che la stessa normativa ha introdotto al suo interno, escluso per l'effetto ogni possibile applicazione analogica della loro portata precettiva.

Ha pertanto affermato il seguente principio, rinunciando tuttavia a formulare una puntuale massima giurisprudenziale: *"Il diritto di accesso civico disciplinato dall'art.5, primo e secondo comma, del d.lgs. n.33/2013 incontra i soli limiti previsti nell'art. 5 bis della stessa norma, tra i quali non rientra la materia degli appalti e dei contratti pubblici. Pertanto il richiamo dell'art. 53 del codice dei contratti alla disciplina ordinaria del diritto di accesso ( art. 22 legge 241/90) deve essere interpretata alla luce della più recente normativa del diritto di accesso civico e non può essere considerata ostativa all'esercizio del diritto di accesso sui documenti della gara, una volta che questa si sia conclusa, compresa la fase esecutiva del contratto, anche da parte di chi non sia portatore di un interesse qualificato"*.

Di seguito il testo integrale della decisione.

Pubblicato il 05/06/2019  
N. 03780/2019REG.PROV.COLL.  
N. 09470/2018 REG.RIC.  
REPUBBLICA ITALIANA

IN NOME DEL POPOLO ITALIANO  
Il Consiglio di Stato  
in sede giurisdizionale (Sezione Terza)  
ha pronunciato la presente

SENTENZA

*sul ricorso numero di registro generale 9470 del 2018, proposto dal Consorzio Parts & Services, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Antonio Martini e Antonio Battaglia, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Antonio Battaglia in Roma, piazza della Libertà n. 20;*

*contro*

*Azienda Unità Sanitaria Locale di Parma, in persona del legale rappresentante pro tempore, rappresentato e difeso dagli avvocati Elena Pontiroli e Salvatore Alberto Romano, con domicilio digitale come da PEC da Registri di Giustizia e domicilio eletto presso lo studio dell'avvocato Salvatore Alberto Romano in Roma, viale XXI Aprile n. 11;*

*nei confronti*

*C.A.P.- Consorzio Automanutentori Parmensi, non costituito in giudizio;  
per la riforma della sentenza breve del Tribunale Amministrativo Regionale per l'Emilia Romagna sezione staccata di Parma (Sezione Prima) n. 197/2018, resa tra le parti, concernente il diniego di accesso agli atti relativi all'affidamento del servizio di manutenzione e riparazione di tutti gli automezzi in dotazione all'Azienda Unità Sanitaria Locale di Parma;*

*Visti il ricorso in appello e i relativi allegati;*

*Visto l'atto di costituzione in giudizio di Azienda Unità Sanitaria Locale di Parma;*

*Visti tutti gli atti della causa;*

*Relatore nella camera di consiglio del giorno 30 maggio 2019 il Pres. Franco Frattini e uditi per le parti gli avvocati Antonio Martini e Elena Pontiroli;*

*Ritenuto e considerato in fatto e diritto quanto segue:*

FATTO

*Con la sentenza oggetto dell'odierno gravame, il T.A.R. di Parma respingeva il ricorso proposto dal Consorzio per l'annullamento della nota n.20440 del 23 marzo 2018 dell'A.U.S.L. di Parma relativa al diniego dell'istanza di accesso civico generalizzato in relazione agli atti concernenti l'affidamento del servizio di manutenzione e riparazione di tutti gli automezzi in dotazione dell'Azienda U.S.L. per il periodo dall'1.1.2013 al 31.12.2015, nonché del "Frontespizio Protocollo Generale" allegato a suddetta nota e di ogni altro ulteriore atto presupposto, connesso e/o consequenziale.*

*Nel respingere tale ricorso, il giudice di prime cure ha svolto le seguenti considerazioni: agli atti di cui è richiesto l'accesso (consistenti per una parte nei documenti di gara e per la restante parte in una serie di dati relativi all'esecuzione del rapporto contrattuale scaturito) va applicata la disciplina "ordinaria" dell'accesso agli atti di cui all'art. 22 e ss. della l. 241/1990 e ciò in virtù del combinato dell'art. 53 del d.lgs. 50/2016 con l'art. 5-bis, comma 3 del d.lgs.*

n.33/2013. L'art. 53 a mente del quale "il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli artt. 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241", infatti, è stato considerato dal primo giudice come fonte della esclusione dalla disciplina dell'accesso civico ai sensi del comma 3 dell'art. 5-bis su richiamato, ai sensi del quale "il diritto di cui all'art. 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, della l. 241/1990".

Avverso tale decisione, il Consorzio ha proposto appello, fondato sulle seguenti motivazioni:

1) Error in iudicando. Violazione e/o falsa applicazione degli artt. 5 e 5 bis del d.lgs. n. 33/2013 e dell'art. 53 d.lgs. n. 50/2016; violazione dell'art. 97 Cost.;

2) Riproposizione delle censure non esaminate ai sensi e per gli effetti di cui all'art. 101 c.p.a.; error in procedendo: violazione e/o falsa applicazione del principio di corrispondenza fra chiesto e pronunciato ex art. 112 c.p.a.

In relazione a tale ultimo aspetto, parte appellante ripropone diverse censure sulle quali il giudice di prime cure non si sarebbe pronunciato: illegittimità del diniego impugnato per eclatante ed insanabile difetto di motivazione; illegittimità del diniego impugnato e riconducibilità dell'istanza avanzata dal ricorrente nell'ambito dell'accesso civico generalizzato; illegittimità del diniego e insussistenza di ipotesi di esclusione e/o limitazione in materia di accesso civico generalizzato.

Il 7 gennaio 2019 si è costituita l'AUSL di Parma con riserva di presentare una successiva memoria.

Il 13 maggio 2019 l'AUSL di Parma ha depositato memoria con cui anzitutto vengono ricostruiti i fatti oggetto del contenzioso. Con riguardo alla procedura di gara indetta nel 2012 per il servizio di manutenzione degli automezzi per il triennio 2013-2015, l'A.U.S.L. nega che vi fosse stato un malfunzionamento della piattaforma Intercent che avrebbe impedito all'odierno appellante di presentare l'offerta e che avverso tale malfunzionamento è stato proposto ricorso avverso il TAR Parma culminato con una sentenza (n.163/2014) di improcedibilità a seguito della dichiarata sopravvenuta carenza di interesse di Parts & Services, parte ricorrente del giudizio. L'Azienda espone inoltre di aver bandito una nuova gara avente ad oggetto il medesimo servizio per il triennio 2018-2020 alla quale Part & Services non ha partecipato e avverso la quale è stato proposto ricorso da parte di altra impresa, Auto Service Milano s.r.l., sostenendo che non fossero stati previsti criteri di selezione conformi alla normativa in materia. Tale giudizio è culminato con sentenza di rigetto del TAR di Parma (n. 80/2018), a dimostrazione, secondo parte resistente, della correttezza dell'operato dell'Amministrazione. Con riguardo alle istanze di accesso presentate dall'odierno appellante, l'Azienda riferisce di averle rigettate in quanto nella prima, presentata ai sensi degli artt. 22 e ss della l. 241/90, sarebbe mancato un interesse concreto, diretto e attuale, mentre la seconda, avente ad oggetto un accesso civico generalizzato, non sarebbe stata applicabile alla documentazione richiesta. Successivamente a tale disamina, l'Azienda nella memoria espone diverse considerazioni riguardanti l'inapplicabilità dell'accesso civico generalizzato agli atti di gara, l'inapplicabilità

del d.lgs. 33/2013 ai preventivi e fatture, e sottolinea l'intento emulativo di parte appellante nel richiedere l'accesso agli atti.

#### DIRITTO

L'appello è fondato.

In linea generale va premesso che il legislatore, attraverso l'introduzione dell'accesso civico generalizzato, ha voluto consentire l'accesso ai documenti detenuti dalle pubbliche amministrazioni, ulteriori a quelli oggetto di pubblicazione, a "chiunque", prescindendo da un interesse manifesto. Tale istituto di portata generale, tuttavia non è esente da alcune limitazioni rinvenibili sia in quanto stabilito nell'art. 5-bis, commi 1 e 2 del d.lgs. n. 33/2013, sia nella scelta del legislatore di far rimanere in vita gli artt. 22 e ss. della l. 241/90 relativi all'accesso c.d. "ordinario".

Nella fattispecie in esame la richiesta di accesso civico generalizzato riguarda gli atti di una procedura di gara ormai definita; in particolare il Consorzio ha chiesto l'ostensione dei seguenti documenti: la documentazione dei singoli atti della procedura; il contratto stipulato con l'aggiudicatario; i preventivi dettagliati, i collaudi, i pagamenti "con la relativa documentazione fiscale dettagliata". In casi del genere si tratta di stabilire se l'art. 53 del codice dei contratti il quale stabilisce "il diritto di accesso agli atti delle procedure di affidamento e di esecuzione dei contratti pubblici, ivi comprese le candidature e le offerte, è disciplinato dagli artt. 22 e seguenti della legge 7 agosto 1990, n. 241" possa condurre alla esclusione della disciplina dell'accesso civico ai sensi del comma 3 dell'art. 5-bis del d.lgs. n. 33/2013, ai sensi del quale "il diritto di cui all'art. 5, comma 2, è escluso nei casi di segreto di Stato e negli altri casi di divieti di accesso o divulgazione previsti dalla legge, ivi compresi i casi in cui l'accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti, inclusi quelli di cui all'art. 24, comma 1, della l. 241/1990".

La giurisprudenza amministrativa formatasi innanzi ai TAR, sul punto non è univoca registrandosi diversi orientamenti.

Secondo un primo indirizzo i documenti afferenti alle procedure di affidamento ed esecuzione di un appalto sono esclusivamente sottoposti alla disciplina di cui all'art. 53 d.lgs. 50/2016 e pertanto restano esclusi dall'accesso civico c.d. generalizzato di cui all'art. 5, comma 2, d.lgs. 33/2013 (T.A.R. Emilia- Romagna, Parma, n. 197/18; T.A.R. Lombardia, Milano, I, n. 630/19).

Secondo un diverso orientamento, di contro, dovrebbe riconoscersi l'applicabilità della disciplina dell'accesso civico generalizzato anche alla materia degli appalti pubblici (da ultimo, T.A.R. Lombardia, sez. IV, n. 45/2019).

Ritiene il Collegio che ai fini di una corretta decisione, si debba muovere dalla lettura coordinata e dalla interpretazione funzionale degli art. 53 d.lgs. 50/2016, che rinvia alla disciplina di cui all'art. 22 e seguenti della legge n. 241/1990, e dell'art. 5 bis, comma 3, d.lgs. 33/2013.

L'art. 53 del codice dei contratti pubblici, come già chiarito, richiama al primo comma la disciplina contenuta nella l. 241/90, mentre nel secondo elenca una serie di prescrizioni riguardanti il differimento dell'accesso in corso di gara. L'art. 5 bis, comma 3 del d.lgs. n. 33/2013, stabilisce, invece che l'accesso civico generalizzato è escluso fra l'altro nei casi previsti

dalla legge “ivi compresi i casi in cui l’accesso è subordinato dalla disciplina vigente al rispetto di specifiche condizioni, modalità o limiti”.

Come correttamente ritenuto da parte appellante, tale ultima prescrizione fa riferimento, nel limitare tale diritto, a “specifiche condizioni, modalità e limiti” ma non ad intere “materie”. Diversamente interpretando, significherebbe escludere l’intera materia relativa ai contratti pubblici da una disciplina, qual è quella dell’accesso civico generalizzato, che mira a garantire il rispetto di un principio fondamentale, il principio di trasparenza ricavabile direttamente dalla Costituzione. Entrambe le discipline, contenute nel d.lgs. 50/2016 e nel d.lgs. 33/2013, mirano all’attuazione dello stesso, identico principio e non si vedrebbe per quale ragione, la disciplina dell’accesso civico dovrebbe essere esclusa dalla disciplina dei contratti pubblici. D’altro canto, il richiamo contenuto nel primo comma, del citato art. 53 Codice dei contratti, alla disciplina del c.d. accesso “ordinario” di cui agli artt. 22 e ss. della l. 241/90 è spiegabile alla luce del fatto che il d.lgs. 18 aprile 2016, n. 50 è anteriore al d.lgs. 25 maggio 2016, n. 67 modificativo del d.lgs. 33/2013.

Il d.lgs. 25 maggio 2016 n. 97, che ha introdotto l’accesso civico novellando l’art. 5 d.lgs. n. 33/2013, si è dichiaratamente ispirato al cd. “Freedom of information act” che, nel sistema giuridico americano, ha da tempo superato il principio dei limiti soggettivi all’accesso, riconoscendolo ad ogni cittadino, con la sola definizione di un “numerus clausus” di limiti oggettivi, a tutela di interessi giuridicamente rilevanti, che sono appunto precisati nello stesso art. 5 co. 2 d.lgs. n. 33/2013.

L’intento del legislatore delegato è stato quello di “favorire forme diffuse di controllo nel perseguimento delle funzioni istituzionali e sull’utilizzo delle risorse pubbliche”, promuovendo così “la partecipazione al dibattito pubblico”.

La “ratio” dell’intervento è stata declinata in tutte le sue implicazioni da questo Consiglio di Stato (cfr. *Commis. Speciale* 24 febbraio 2016 n. 515) il quale, nell’esprimere il proprio parere favorevole sullo schema di decreto legislativo, ha apprezzato, tra gli altri, due aspetti, che assumono rilevanza ai fini della presente decisione:

A) Il primo aspetto, cioè la già sottolineata limitazione soltanto oggettiva dell’accesso civico, comporta che, oltre alle specifiche “materie” sottratte – ad esempio quelle relative alla politica estera o di sicurezza nazionale – vi possono essere “casi” in cui, per una materia altrimenti compresa per intero nella possibilità di accesso, norme speciali (ovvero l’art. 24 co. 1 L. 241/1990) possono prevedere “specifiche condizioni, modalità e limiti”.

Deriva da tale principio anzitutto che l’ambito delle materie sottratte debba essere definito senza possibilità di estensione o analogia interpretativa.

In secondo luogo, dal medesimo principio – ricavabile dalla testuale interpretazione dell’art. 5 bis co. 3 d.lgs. n. 33/2013 come novellato – discende la regola, ben chiara ad avviso del Collegio, per cui, ove non si ricada in una “materia” esplicitamente sottratta, possono esservi solo “casi” in cui il legislatore pone specifiche limitazioni, modalità o limiti.

Non ritiene il Collegio che il richiamo, ritenuto decisivo dal primo giudice, all’art. 53 del “Codice dei contratti” nella parte in cui esso rinvia alla disciplina degli artt. 22 e seguenti della l. 241/90, possa condurre alla generale esclusione dell’accesso civico della materia degli appalti pubblici.



*E' evidente che il citato d. lgs. n. 97/2016, successivo sia al "Codice dei contratti" che - ovviamente - alla legge n. 241/90, sconta un mancato coordinamento con quest'ultima normativa, sul procedimento amministrativo, a causa del non raro difetto, sulla tecnica di redazione ed il coordinamento tra testi normativi, in cui il legislatore incorre.*

*Non può, dunque, ipotizzarsi una interpretazione "statica" e non costituzionalmente orientata delle disposizioni vigenti in materia di accesso allorché, intervenuta la disciplina del d. lgs 97/2016, essa non risulti correttamente coordinata con l'art. 53 codice dei contratti e con la ancor più risalente normativa generale sul procedimento: sarebbe questa, opinando sulla scia della impugnata sentenza, la strada per la preclusione dell'accesso civico ogniqualvolta una norma di legge si riferisca alla procedura ex artt. 22 e seguenti L. 241/90.*

*Ritiene, viceversa, il Collegio, che una interpretazione conforme ai canoni dell'art. 97 Cost. debba valorizzare l'impatto "orizzontale" dell'accesso civico, non limitabile da norme preesistenti (e non coordinate con il nuovo istituto), ma soltanto dalle prescrizioni "speciali" e interpretabili restrittivamente, che la stessa nuova normativa ha introdotto al suo interno.*

*B) Il secondo aspetto, che il citato parere Comm. Speciale 515/2016 di questo Consiglio ha sottolineato, e che risulta utile ai fini della presente decisione, è che la normativa sull'accesso civico non ha certo regolato positivamente il diritto di chiunque ad accedere agli atti per mera curiosità o per accaparrarsi dati sensibili a lui utili relativi ad ambiti di una impresa concorrente e coperti dalla ordinaria "segretezza aziendale".*

*Proprio con riferimento alle procedure di appalto, la possibilità di accesso civico, una volta che la gara sia conclusa e viene perciò meno la tutela della "par condicio" dei concorrenti, non risponde soltanto ai canoni generali di "controllo diffuso sul perseguimento dei compiti istituzionali e sull'utilizzo delle risorse pubbliche" (art. 5 co. 2 cit. d.lgs. 33).*

*Vi è infatti, a rafforzare in materia l'ammissibilità dell'accesso civico, una esigenza specifica e più volte riaffermata nell'ordinamento statale ed europeo, e cioè il perseguimento di procedure di appalto trasparenti anche come strumento di prevenzione e contrasto della corruzione.*

*Il richiamato parere n. 515/2016, con argomenti che trovano nella materia degli appalti un terreno privilegiato, ha correttamente osservato:*

*"La trasparenza si pone come un valore-chiave, in grado di poter risolvere uno dei problemi di fondo della pubblica amministrazione italiana: quello di coniugare garanzie ed efficienza nello svolgimento dell'azione amministrativa. Tale valore può essere riguardato [...] come modo d'essere tendenziale dell'organizzazione dei pubblici poteri [...].*

*In altri termini, se l'interesse pubblico - inteso tecnicamente come "causa" dell'atto e del potere amministrativo - non può più essere rigidamente predeterminato e imposto, ma costituisce in concreto la risultante di un processo di formazione cui sono chiamati a partecipare sempre più attivamente i componenti della comunità, occorre anche "rendere visibile" il modo di formazione dell'interesse medesimo, i soggetti che vi concorrono [...] nonché rendere conoscibili i dati di base, i presupposti da cui si muove, i modi di esercizio del potere, ivi comprese le risorse utilizzate".*

*Tali principi trovano, sempre in materia, significativa conferma nella posizione chiara della Commissione Europea, che nella relazione concernente il contrasto alla corruzione in ogni*

*ambito, sottolinea la necessità che l'ordinamento italiano promuova la trasparenza in ogni ambito, e particolarmente negli appalti pubblici "prima" ma anche "dopo l'aggiudicazione".*

*A tali linee, poi, si è ispirato il Piano Nazionale Anticorruzione, proprio a partire dal 2016, anno di entrata in vigore del d.lgs. introduttivo dell'accesso civico.*

*Dal richiamo, sub A) e B) a principi generali ormai applicabili necessariamente a tutti i settori e materie – salve le specifiche esclusioni - dell'azione delle pubbliche amministrazioni, deriva che, contrariamente a quanto stabilito dalla sentenza appellata, l'appellante abbia diritto ad accedere agli atti della procedura di appalto a cui non ha partecipato, per le ragioni che seguono in rapporto agli specifici ostacoli preclusivi posti dalla resistente A.S.L. di Parma:*

*1) Del tutto privo di pregio è il riferimento alla asserita "voluminosità" della documentazione di gara. Anzitutto perché l'appellante ha richiesto di accedere ad una specifica procedura, e poi perché il riferimento a disagi e lunghe tempistiche per l'ostensione degli atti configura proprio quel tentativo di "opaca schermatura", nascosto dietro non dimostrati disagi pratici, che l'accesso civico ha inteso eliminare per sempre;*

*2) La natura degli atti da esibire, consistenti perlopiù nella documentazione amministrativa e contabile, incluse le fatture pagate all'aggiudicatario, esclude qualsiasi compromissione di segreti del processo industriale della società che esegue l'appalto.*

*Per quanto riguarda gli importi liquidati all'esecutore dell'appalto, si tratta di dati che devono essere resi pubblici dalle stazioni appaltanti, sicché altrettanto ostensibili devono ritenersi i documenti contabili da cui si ricavano gli importi stessi.*

*Infine, osserva il Collegio, che l'oggetto dell'appalto in questione si configura come prestazione standardizzata e altamente ripetitiva, giacché nella realtà contemporanea la manutenzione e riparazione dei veicoli avviene con tecniche ed interventi che ciascuna ditta produttrice del veicolo indica con puntualità, a partire dai "libretti di manutenzione" consegnati all'atto della vendita.*

*Pertanto, nessun – dimostrato o ipotizzabile – vulnus a segreti commerciali o industriali può prodursi nella concreta fattispecie all'esame del Collegio.*

*Resta, ovviamente, la cautela che l'Amministrazione dovrà esercitare con specifico riferimento alla "documentazione fiscale" della società aggiudicataria, avendo riguardo l'ostensione consentita soltanto alla documentazione – inclusa quella fiscale – strettamente relativa alla procedura di gara per cui è richiesto l'accesso civico, e alla esecuzione dell'appalto affidata al Consorzio aggiudicatario.*

*Conclusivamente, in relazione alle considerazioni svolte, deve essere accolto l'appello, con la conseguente doverosa ostensione, da parte dell'Amministrazione, della documentazione di gara e della fase esecutiva dell'appalto aggiudicato, per la procedura di gara in questione.*

*P.Q.M.*

*Il Consiglio di Stato in sede giurisdizionale (Sezione Terza), definitivamente pronunciando sul ricorso, come in epigrafe proposto, lo accoglie e per l'effetto, in riforma della sentenza appellata accoglie il ricorso di primo grado ai sensi e per gli effetti di cui in motivazione.*

*Condanna l'Amministrazione resistente al pagamento delle spese del grado nella misura di euro 3.000 (tremila).*

*Ordina che la presente sentenza sia eseguita dall'autorità amministrativa.*

